

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 57/2005

Enero-Febrero-Marzo

ESTUDIOS

Francisco López Menudo
Parques, jardines y otras dotaciones. Su protección urbanística en Andalucía

Jaime Rodríguez Arana
La vuelta al Derecho Administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)

Encarnación Montoya Martín
La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales.
La contratación de las sociedades públicas locales

Eduardo Gamero Casado
El correo electrónico como medio de notificación administrativa
en el Derecho Propio de Andalucía

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado
en el procedimiento administrativo: una visión crítica

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

DOCUMENTOS

La integración de la innovación, el aprendizaje, la dirección del conocimiento y la mejora
continua de la calidad del servicio en la Administración Pública
en el Modelo EFQM de Excelencia

El descarte de las Leyes de Acompañamiento:
¿Un problema de coherencia política o de constitucionalidad?

El nuevo procedimiento disciplinario de los abogados

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

Informes: La Administración Hidráulica de la Junta de Andalucía

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

Revista Andaluza de Administración Pública

Nº 57

Enero-Febrero-Marzo 2005



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

Mariano Marín Patón, Director 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

Avda. Ramón y Cajal nº 35

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>Francisco López Menudo</i> Parques, jardines y otras dotaciones. Su protección urbanística en Andalucía	11
<i>Jaimen Rodríguez Arana</i> La vuelta al Derecho Administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)	37
<i>Encarnación Montoya Martín</i> La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales.	65
<i>Eduardo Gamero Casado</i> El correo electrónico como medio de notificación administrativa en el Derecho Propio de Andalucía	103

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica. <i>(María Jesús Gallardo Castillo)</i>	161
---	-----

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>	185
--	-----

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>)	197
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<i>José L. Rivero Ysern</i>)	219

CRÓNICA PARLAMENTARIA

(<i>Manuel Medina Guerrero</i>)	237
-----------------------------------	-----

DOCUMENTOS

La integración de la innovación, el aprendizaje, la dirección del conocimiento y la mejora continua de la calidad del servicio en la Administración Pública en el del modelo EFQM de Excelencia. (<i>Juan Ignacio Martín Castilla</i>)	255
El descarte de las Leyes de Acompañamiento: ¿Un problema de coherencia política o de constitucionalidad? (<i>José Luis Martín Moreno</i>)	279
El nuevo procedimiento disciplinario de los abogados. (<i>Gloria Ortega Reinoso</i>)	291

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas.	325
Disposiciones Estatales.	353
Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas.	355
Disposiciones generales de la Junta de Andalucía.	359
Índice Analítico.	363
(<i>Lucía Millán Moro</i>)	
(<i>Antonio Jiménez Blanco</i>)	
(<i>Juan Antonio Carrillo Donaire</i>)	

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES: La Administración Hidráulica de la Junta de Andalucía 373

Otras disposiciones de interés para
la Administración Autónoma
(José I. Morillo-Velarde Pérez) 383

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(Jesús Jordano Fraga) 391

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

AVERHAUS, RALF: Gremien in der Telekommunikation. Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung vor Gremien im Bereich der Telekommunikation-unter besonderer Berücksichtigung der wegerechtlichen Problematik, Editor Meter Lang, 2001, 357 pp.
(Antonio Martí del Moral) 403

TETTINGER, PETER J.: Besonderes Verwaltungsrecht/1 Kommunalrecht, Polizei-und Ordnungsrecht
(Lourdes de la Torre Martínez) 410

ESTUDIOS



Parques, jardines y otras dotaciones. Su protección urbanística en Andalucía

Francisco López Menudo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. UNA IMPORTANTE INNOVACIÓN DE LA LOUA PARA LA PROTECCIÓN DE ZONAS VERDES Y OTRAS DOTACIONES URBANÍSTICAS.- II. DEPURACIÓN DE LOS CONCEPTOS O DEPENDENCIAS OBJETO DE LA “MODIFICACIÓN CUALIFICADA”: A. Zonas verdes y Espacios libres. B. Dotaciones y equipamientos.- III. EN TORNO A LOS ESTÁNDARES ESTABLECIDOS POR LA LOUA: A. Un único estándar para todo el territorio (excluido el suelo no urbanizable). B. Los distintos estándares “de sector”.- IV. SOBRE EL CARÁCTER NO INTERCAMBIABLE DE ESTOS ESPACIOS.

I. UNA IMPORTANTE INNOVACIÓN DE LA LOUA PARA LA PROTECCIÓN DE ZONAS VERDES Y OTRAS DOTACIONES URBANÍSTICAS

Una de las novedades más significativas de la Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), ha sido la especial protección que establece frente a la modificación de ciertos espacios y equipamientos que podemos englobar bajo el concepto de “dotaciones”, sin perjuicio de las precisiones que haremos de este concepto más adelante. Se trata de una innovación realmente singular, no sólo por la importancia o intensidad de la previsión legal sino porque no tiene igual en el panorama del derecho urbanístico autonómico. El artículo 36 de la LOUA, referido al “régimen de la innovación de la ordenación establecida por los instrumentos de planeamiento”, en su apartado 2.c.2^a, dice lo siguiente:

“Las modificaciones que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos requerirán el dictamen favorable del Consejo Consultivo de Andalucía”

Se trata, en suma, de la llamada “modificación cualificada” del planeamiento, en la que se exige la intervención del superior Órgano consultivo –no así en el caso de la revisión del Plan¹–, con el alcance previsto en el precepto y la atribución de la competencia para su aprobación definitiva a un órgano superior (el titular de la Consejería de Obras Públicas y Transportes) distinto del que es competente para las modificaciones que pudiéramos denominar “ordinarias”².

¹ Ciertamente, es regla ya muy asentada que el procedimiento “cualificado” sólo procede en los casos de modificación y no de “revisión” del Plan, dos conceptos de confines difusos como se deduce de la abundante jurisprudencia recaída al respecto. La distinción fue introducida por el Reglamento de Planeamiento (art. 154) y acogida por el artículo 126 de la Ley del Suelo, TR 1992. En la misma línea, el art. 36.1 de la LOUA subdivide la “innovación” en dos especies: la “revisión” (art. 37.1) y la “modificación” (art. 38.1), no contribuyendo precisamente a marcar la diferencia de una y otra puesto que considera como revisión no sólo la que afecta a la totalidad del territorio sino también la “revisión parcial” cuando justificadamente “se circunscriba a una parte, bien del territorio ordenado por el instrumento de planeamiento objeto de la misma, bien de sus determinaciones que formen un conjunto homogéneo, o de ambos a la vez” (art. 37.2), lo cual difumina la frontera entre una y otra figura.

Cabe recordar aquí la polémica doctrina que mantuvieron en su día los profesores GÓMEZ FERRER, R. y MUÑOZ MACHADO, S., abogando el primero porque la garantía del procedimiento “cualificado” se siguiera tanto en las modificaciones como en las revisiones, al estimar el primero que no existía razón alguna que justificara la diferencia, teniendo en cuenta que el objeto de tal garantía era defender estos espacios del acoso de los especuladores, tesis que fue seguida por alguna sentencia del TS. El segundo sostuvo la imposibilidad de unificar la garantía pues, además de que la distinción legal entre revisión y modificación era muy clara, la revisión implica un replanteamiento de conjunto, la posible elección de un modelo territorial distinto, opinión que fue avalada por numerosa jurisprudencia y que al cabo es la que se ha impuesto.

No ha sido insensible el Consejo Consultivo de Andalucía al problema de fondo que subyace a esa polémica pues, ciertamente, es posible pensar que en la práctica se acometa en algún caso el cauce de la revisión para eludir el superior control que supone el procedimiento modificador cuando se trata de alterar zonas verdes. Y así, en la Memoria del Consejo del año 2000 éste sugirió a los distintos poderes de la Junta de Andalucía la posibilidad de que se dispusiera la extensión de su competencia a los casos de revisión del planeamiento, justificando su propuesta en el argumento de que “no acaba de entenderse el distinto tratamiento dado a modificación y revisión, que permite, además, el que baste con articular la modificación como revisión del Plan para evitar el dictamen del Consejo Consultivo”. La sugerencia no fue recogida por la LOUA, que reserva el control consultivo sólo para los casos de modificación. Pero no estaba falta de razón dicha sugerencia pues tampoco hay que exacerbar la supuesta discrecionalidad del planificador a la hora de la revisión como si tuviera manos libres para hacer y deshacer lo que desee sin sometimiento a control alguno. Esa discrecionalidad se encuentra comprimida en buena medida por la “exigencia de racionalidad de las nuevas decisiones urbanísticas; por la valoración correcta de las situaciones fácticas; por la coherencia de la utilización del suelo con las necesidades objetivas de la comunidad...” (SSTS 20-7-2001, Ar. 275256; 19-9-1997, Ar. 6598), lo que viene a desmentir la tópica idea de que la revisión sea una operación que necesariamente exija hacer un “borrón y cuenta nueva” del territorio ordenado desde la más pura libertad. Ya veremos más adelante cómo la LOUA comprime la discrecionalidad del planificador de una manera notable, aun en los casos de revisión del Plan, según resulta del art. 36.2.a.2ª.

² Vid. art. 5.3.d) en relación con el 13.2.a) del Decreto 193/2003 de 1 de julio por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Comunidad Autónoma de An-

Debe notarse que el precepto no utiliza la fórmula tradicional “zonas verdes y espacios libres”, que fue la contemplada en la Ley 8/1993 del Consejo Consultivo de Andalucía (que no hizo sino reproducir lo que al respecto establecieron la legislación urbanística estatal y la Ley Orgánica del Consejo de Estado³), sino que añade las “dotaciones o equipamientos”, lo que representa no un mero cambio terminológico sino un verdadero salto cualitativo, una ampliación de notable trascendencia.

En efecto, todas las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que tradicionalmente se han venido suscitando en torno al tema en cuestión no han tenido más objeto que desentrañar las dudas acerca de si el concepto de zona verde se incluye o no en el de espacio libre o si son realidades físicas distintas; y la muy debatida cuestión de si algunos espacios o instalaciones concretos (paseos marítimos, ferias, zoológicos, aparcamientos...) forman parte o no de la categoría del “espacio libre”. Pero lo que nunca ha estado en liza han sido los conceptos de “dotaciones y/o equipamientos”, sencillamente porque estos espacios, dependencias o instalaciones, genéricamente considerados, nunca han sido objeto de una protección como la que ahora les otorga la LOUA. Las restantes leyes urbanísticas autonómicas siguen en este punto sin salirse del contexto de las zonas verdes y los espacios libres, bien considerando los espacios libres como categoría única y comprensiva de todos los terrenos verdes (Aragón, Murcia); o distinguiendo ambas categorías (Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid); o bien añadiendo a dichas categorías alguna precisión, más bien terminológica que sustancial, tal como la expresión “equipamientos deportivos” (Cataluña).

dalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Este procedimiento “cualificado” de modificación del planeamiento tiene su origen en la Ley de Zonas Verdes de 2 de diciembre de 1963 que estableció los siguientes requisitos o trámites: Justificación de que la modificación se debe a razones de interés general; aprobación municipal con un *quorum* de 2/3 del Pleno de la Corporación; informe favorable de la Comisión Central de Urbanismo; informe favorable del Consejo de Estado; aprobación por el Consejo de Ministros.

³ El art. 16.8.d) de la citada Ley de creación del Consejo Consultivo de Andalucía, de 19 de octubre de 1993, dispuso que éste sería consultado preceptivamente en los procedimientos de “modificación de figuras de planeamiento que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de zonas verdes o espacios libres previstos en un plan”. Por su parte, la nueva y reciente Ley 4/2005 de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, recoge ya en su art. 17.10.e) las innovaciones de la LOUA sobre la intervención preceptiva del Consejo: “Modificación de figuras de planeamiento que tengan por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de parques, jardines o espacios libres, dotaciones o equipamientos, previstos en un plan, así como los supuestos de suspensión de instrumentos de planeamiento que competen al Consejo de Gobierno”.

Hay que insistir en resaltar la trascendencia de esta nueva regulación del tema en la LOUA, relevancia que puede concretarse en los puntos siguientes:

a) Un considerable aumento de las dotaciones urbanísticas cuya modificación queda sujeta al dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Andalucía. Desde el punto de vista cuantitativo podría decirse que los nuevos espacios protegidos que ahora se adicionan a las tradicionales “zonas verdes y espacios libres” son de mayor volumen que estos últimos y, en todo caso, más susceptibles de ser alterados con ocasión de la modificación de los planes.

b) No cabe olvidar que dicho dictamen, además de preceptivo tiene carácter vinculante, y su ausencia comporta la nulidad radical de la modificación pretendida, como resulta de la legislación y de una antigua y consolidada jurisprudencia⁴. Es cierto que el carácter preceptivo y vinculante de este dictamen no es algo novedoso pues con esta configuración lo estableció la Ley de Zonas Verdes de 2 de diciembre de 1963, y así ha venido figurando tanto en las sucesivas leyes urbanísticas estatales como ahora en la mayoría de las leyes autonómicas sobre la materia, que generalmente remiten al dictamen de su propio Órgano consultivo. Ahora bien, aunque el carácter vinculante de tal dictamen no constituya en sí mismo una novedad, sí es destacable que ahora quede extendido con ese mismo carácter, en el ámbito andaluz, a una serie tan notablemente amplia de supuestos, quedando así invertida la regla natural de que los informes vinculantes han de ser excepcionales, principio que creemos debe regir del modo más estricto cualquiera que sea el sector o la materia en la que se desenvuelva la actuación administrativa, por razones que aquí no podemos pararnos a considerar. Baste insistir en que, a nuestro juicio, los dictámenes no deben ser vinculantes como regla, sobre todo allí donde quede a favor de la Administración que plantea la consulta siquiera un mínimo margen de discrecionalidad, siquiera una brizna de apreciación basada en criterios no estrictamente jurídicos⁵.

⁴ La Ley de Zonas Verdes sancionaba con la nulidad de pleno derecho los actos de edificación y uso del suelo que constituyeran infracción a los requisitos procedimentales previstos para la modificación de estos espacios, a los que ya hemos hecho referencia en nota anterior. Tal regulación pasó a los textos refundidos de la Ley del Suelo de 1976 (art. 188) y 1992 (art. 255). La LOUA no proclama de manera explícita la nulidad radical de las modificaciones realizadas con infracción del procedimiento especial, aunque ello se deduce implícitamente de su art. 185 al declarar imprescriptible la acción para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística para los “parques y jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones”

⁵ Unas reflexiones sobre los dictámenes vinculantes puede verse en nuestro estudio “El Consejo Consultivo y el sistema jurídico de Andalucía”, en esta misma *Revista*, núm. 45, año 2002, pág. 66.

c) Ese incremento de las circunstancias que dan lugar a tan cualificado control conlleva también una mutación en la teleología tradicional de este mecanismo fiscalizador. Desde sus orígenes, la “modificación cualificada” ha estado concebida con una finalidad que pudiéramos denominar “ecológica”, esto es, la defensa de las “manchas verdes” y de los “terrenos preparados para juegos y ejercicios físicos al aire libre” (Reglamento de Obras, Servicios y Bienes municipales de 1924⁶). Como es lógico, defensa también y paralelamente frente a la especulación⁷, o sea, frente –en palabras de la propia Ley de Zonas Verdes de 1963– al “constante acoso que estos espacios libres sufren de los intereses contrapuestos que tienden a incrementar los volúmenes de edificación”.

Hay que notar que esta estrecha vinculación del mecanismo de la “modificación cualificada” del planeamiento con la defensa de “lo verde” ha sido la que ha venido proporcionando a los órganos consultivos y a la propia Administración de tutela decisora de estos procedimientos el argumento de fuerza para poder sentar con entereza una doctrina contundente frente a los ataques especulativos del sector privado y frente a esa inercia generalizada de los propios Ayuntamientos que trata de encontrar en la desaparición de estos espacios –o en su centrifugación hacia las zonas urbanas más periféricas y menos “suculentas”– el modo de resolver los problemas más variados que la ciudad plantea.

Esta actitud defensora, concentrada en los espacios verdes, se aprecia palpablemente en la doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía que, por una

⁶ Este histórico Reglamento, de 14 de julio de 1924, estableció un verdadero estándar en defecto de lo que dispusiesen las Ordenanzas municipales, a las que se remitía, consistente en un “mínimo de cuatro metros cuadrados por habitante, siempre que la superficie que resulte no sea inferior al 10 por 100 del área total, a parques y jardines y terrenos preparados para juegos y ejercicios físicos al aire libre...” Es de interés resaltar, por una parte, que el estándar viene referido al conjunto de las zonas verdes y de ocio; y, por otra parte, que el propio precepto mandaba a repartir estos espacios por el territorio “a fin de evitar que los núcleos urbanizados tengan excesiva densidad de población”, lo que supone la acogida del principio de que el valor de estos espacios no es sólo cuantitativo, sino cualitativo, un principio presente en los doctrina del Tribunal Supremo y de los Órganos consultivos en esta materia.

⁷ Ciertamente, la lucha contra la especulación constituye la razón originaria de la protección especial a las zonas verdes a la vez que la defensa del medio ambiente, definido entonces (en el Preámbulo de la llamada Ley de Zonas Verdes) como los espacios “para la normal expansión de la vida humana fuera del hogar no sólo por imperativos higiénicos y sanitarios, sino también de convivencia social”. A esta primaria función de las zonas verdes se han unido otras muy relevantes de corte puramente urbanístico, tales como su papel estructurante del tejido urbano y el de elemento útil para hacer posible la equidistribución de beneficios y cargas.

parte, desde siempre ha afirmado que su misión se centra en proteger las zonas verdes con exclusión de otros problemas urbanísticos concomitantes; y, por otro lado, siempre ha apoyado sus decisiones –desde un dictamen 57/1995, y a través de un Fundamento jurídico “de estilo” que se repite en otros muchos posteriores– en el argumento de peso definitivo: la propia Constitución. Así, se proclama que “la protección de las zonas verdes encuentra amparo en las previsiones constitucionales, en el artículo 45, en cuanto reconoce el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado...”. Argumento poderoso que hace difícilmente rebatible cualquier dictamen o decisión inspirados en esa idea “pro natura”⁸.

Pues bien, no cabe duda de que la *ratio essendi* de este procedimiento especial, vinculado tradicionalmente a las zonas verdes y espacios libres, ha cambiado por obra de la LOUA en lo que concierne a la protección de las “dotaciones o equipamientos”. Las razones que puedan fundamentar la protección de estos nuevos elementos añadidos a la vieja fórmula, podrán ser acaso iguales de estimables que las esgrimidas para proteger las zonas verdes, pero no las mismas; como tampoco podrán ser iguales los argumentos a utilizar para la tutela de estas dependencias o instalaciones “no verdes”.

Lo que sí parece claro es que el criterio a manejar por el Órgano consultivo a la hora de dictaminar sobre la procedencia o no de alterar una dotación o un equipamiento no podrá gozar de un armazón argumentativo tan robusto como el que ha servido para defender las zonas verdes. Será sin duda más débil, sencillamente porque será muy difícil resolver desde criterios jurídicos –los únicos de posible manejo por el órgano consultivo– cuestiones donde priman determinaciones esencialmente técnicas o de oportunidad que son –y deben ser en todo caso– de la competencia de la Administración activa. Es evidente que si un órgano llamado a emitir un dictamen de carácter vinculante tiene limitada su cognición a la perspectiva puramente legal del problema –reducida prácticamente al examen de aspectos de forma o procedimiento– siempre será incompleta su aprehensión de la realidad o su posibilidad de emitir

⁸ Resulta decisiva al respecto la STC 119/2001 que vincula el medio ambiente urbano con la protección de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio”. Obviamente, parte esencial de ese medio ambiente urbano son las zonas verdes, consideradas por el dictamen citado en el texto como “enclaves fundamentales ya que contribuyen a conseguir el uso racional del suelo, impidiendo la masificación, favorecen un adecuado desarrollo de la vida ciudadana, facilitando un más cercano contacto con la naturaleza y ofreciendo la posibilidad de contar con áreas de esparcimiento... y favorecen la corrección de los factores contaminantes que invaden las ciudades”.

un juicio integral sobre el asunto, con la consiguiente merma de sustancia en la decisión y con el consiguiente riesgo que ello comporta en todo caso, tanto si su dictamen es favorable –pues en tales condiciones podría legitimar o respaldar, aun sin quererlo, una operación que aunque “legal” pudiera ser contraria al interés público e incluso esconder espúreas finalidades– como si es desfavorable. Si este riesgo ya existe en el caso de los dictámenes que tienen por objeto las zonas verdes estrictamente tales, el riesgo se magnifica en todos los demás supuestos en los que la discrecionalidad técnica de la Administración planificadora tiene un campo propio y amplio de ejercicio, y este mismo campo está cerrado, por mandato de la Ley, a la fiscalización del órgano consultivo, constreñido así a realizar su función de control a través de un dictamen fundado sólo y exclusivamente en Derecho.

II. DEPURACIÓN DE LOS CONCEPTOS O DEPENDENCIAS OBJETO DE LA “MODIFICACIÓN CUALIFICADA”

A. ZONAS VERDES Y ESPACIOS LIBRES.

Es oportuno esclarecer en primer lugar este par de conceptos ya que, como queda indicado, sobre ellos se ha asentado tradicionalmente esta llamada “modificación cualificada” del planeamiento que exige la intervención de los altos órganos consultivos.

Dos afirmaciones al respecto pueden hacerse en pro de la brevedad y la claridad de algo proverbialmente confuso tanto en la legislación como en la doctrina y el lenguaje al uso. Primera, en su origen los espacios a proteger vienen referidos a una sola realidad física: los caracterizados por una vegetación permanente; son, pues, las “manchas verdes”, así se trate de parques o jardines. Segunda, ante la confusión terminológica reinante en la propia legislación (ya visible en la Ley del Suelo de 1956 e incluso en la de Zonas Verdes de 1963), la perspectiva más adecuada es la de considerar el “espacio libre” de titularidad pública como un género y las zonas verdes como una especie de aquéllos. Se trata, pues, de dos conceptos distintos, aunque subsumido uno en el otro, teniendo en común la característica de su inedificabilidad con el fin de destinarlos a usos colectivos y al ocio ciudadano. Dicho de otro modo, hay un concepto amplio de “espacio libre” donde se incardina la categoría de las zonas verdes; y otro concepto estricto que hace referencia a espacios diversos pero que no son verdes. Por tanto, junto a las zonas verdes o parques urbanos públicos, se integran en los “espacios libres” las áreas públicas dedicadas al ocio cultural y recreativo (o “zonas deportivas de recreo y expansión”) en los

que quedan comprendidos ejemplos tales como los paseos, incluidos los paseos marítimos⁹, zonas o parques deportivos, ferias, parques zoológicos o de atracciones, y otras instalaciones análogas como auditorios, acuario, etc.

Ahora bien, aunque ambas categorías pertenezcan al mismo género –espacios libres en sentido amplio– no son (o no debieran ser) libremente intercambiables entre sí puesto que sirven a finalidades diferentes; en todo caso, si se pretende la conversión de algún elemento de una categoría en otra habrá que pasar por los trámites de la modificación cualificada¹⁰. Ello no es óbice para que ambas categorías constituyan lo que el artículo 25.1.c. del Reglamento de Planeamiento de 1978 denomina como “sistema general de espacios libres”, diferenciable de los otros dos sistemas también “generales”: comunicaciones y equipamiento comunitario. En suma, la pertenencia a un mismo sistema no debe suponer la intercambiabilidad de sus elementos con ausencia de los debidos controles y garantías.

Esta distinción entre “sistemas”, a la que acabamos de referirnos, permite resolver como no pertenecientes al concepto de espacio libre algunos supuestos presuntamente “dudosos” que son objeto frecuente de controversias en sede judicial; así, no pueden considerarse incluidos en dicho concepto los terrenos calificados como suelo no urbanizable¹¹; los espacios francos inedificables que han de existir entre edificaciones o entre éstas y las vías públicas en aplicación de los coeficientes de edificabilidad (es decir, que no todo terreno inedificable es un espacio libre); los viales de cualquier clase y sus zonas de protección, aunque éstas sean verdes; así como todo el sistema general de comunicaciones; los aparcamientos, sin perjuicio de que excepcionalmente puedan ubicarse aparcamientos en el seno de zonas verdes –sin que computen como tales zonas verdes– o en su subsuelo; el equipamiento comunitario (servicios culturales, docentes, sanitarios, asistenciales, religiosos, cementerios...).

⁹ STS. 19-9-1997, Ar. 6598; STSJ Galicia 27-6-2002, Ar. 866.

¹⁰ En este sentido, SSTS 11-11-1985, Ar. 5549 y 29-12-1986, Ar. 8123.

¹¹ No obstante, señala GARCÍA MANZANO, P., que si un Plan implanta un sistema de zonas verdes en suelo no urbanizable (lo que es posible, puesto que los sistemas generales son independientes de la clasificación del suelo) su modificación tendría que sujetarse al procedimiento especial; “La subordinación del régimen del suelo al ‘interés general’ establecido en el artículo 128 CE: el supuesto de las zonas verdes”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría*, Vol. V, Edit. Cívitas, Madrid, 1991, pág. 3859.

Tampoco cabe incluir en dicho concepto los parques, jardines y zonas deportivas *privadas*, máxime a partir de lo que dispuso el artículo 29.1.d) del Reglamento de Planeamiento y especialmente el artículo 72.2.d) del TR. de 1992, aunque alguna jurisprudencia anterior a este último texto entendiéndose con alguna parte de razón –y un cierto apoyo en la ambigüedad que ofrecía al respecto el TR. de 1976– que tales terrenos también cumplen una función ecológica al igual que las zonas verdes afectas al demanio y uso público, por lo que podrían formar parte del cómputo a efecto de dar cumplimiento al estándar legal. Pero es evidente que esta tesis se desvanece si la posible alteración de esos terrenos no está sujeta al régimen especial de protección de las zonas verdes públicas¹², como así ocurre, por excepción, en la legislación urbanística de Cantabria.

Una última precisión. Los espacios libres y, por tanto, las zonas verdes, para tener la condición de tales han de estar así previstos por el Plan. Su condición deriva, pues, de su afectación formal a tales destinos; o dicho en otros términos: no hay espacios libres de hecho o por “predestinación natural”. Por ello, los no incluidos por el Plan quedan excluidos del cómputo para alcanzar el estándar legal y de las garantías procedimentales previstas para su modificación.

B. DOTACIONES Y EQUIPAMIENTOS.

Más complicado resulta desentrañar qué elementos deben entenderse comprendidos en tales conceptos. La LOUA es particularmente imprecisa en este punto y plantea graves dificultades para determinar la extensión del precepto clave que estamos considerando. En efecto, debe notarse que el artículo 36.2.c) 2ª, que transcribimos al principio, de entrada ya plantea problemas de orden lingüístico al hablar de “dotaciones o equipamientos”, disyuntiva que, gramaticalmente, conduce a la conclusión de que el precepto los considera como sinónimos ya que si hubiese pretendido referirse a dos categorías distintas hubiese utilizado la copulativa “y”, y no la disyuntiva “o”. Mas la verdad es que no puede haber sinonimia o equivalencia, sencillamente porque se trata de realidades distintas, como resulta de otros pasajes de la Ley.

¹² La *STSJ* de Valladolid 27-3-2002, Ar. 166778, conjugando los preceptos señalados, expresa la solución en términos espacialmente claros: “El procedimiento especial únicamente es exigible cuando la modificación del Plan afecta a parques y jardines públicos”

Por ello resulta necesario desechar toda hermenéutica de carácter literalista, máxime tratándose de una norma como la LOUA, tan abigarrada en lo literario. Baste señalar al respecto el artículo 3.2.b), que hace la interpretación “auténtica” de lo que debe entenderse por suelo dotacional y que viene a desmentir esa presunta equivalencia entre “dotaciones y equipamientos” que podría deducirse del precepto antes transcrito. Así, define el suelo dotacional como

“el que debe servir de soporte a los servicios públicos y usos colectivos; es decir, las infraestructuras, parques, jardines, espacios públicos, dotaciones y equipamientos públicos, cualquiera que sea su uso”.

Se trata, como puede apreciarse, de un concepto amplísimo de “dotaciones” que incluye prácticamente todo espacio o instalación pública, cuya aplicación al pie de la letra haría de cualquier alteración del planeamiento, de la alteración de las redes de cualquier infraestructura, una “modificación cualificada” a efectos del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo.

En otro precepto, de no menor trascendencia que el anterior, la LOUA sigue sin precisar un concepto de “dotación” operativo en términos jurídicos. Así, el artículo 17.1.2ª, referido a los estándares o reservas para “dotaciones” enumera una serie de ellas a título de ejemplo, lo que frustra el valor definitorio del precepto. En efecto, éste habla de dotaciones

“tales como parques y jardines, centros docentes, sanitarios o asistenciales, equipamiento deportivo, comercial, cultural o social y aparcamientos...”

A la vista de esta especie de galimatías se impone la necesidad de realizar un deslinde de esas “dotaciones o equipamientos”, a los que se refiere el art. 36.2.c) 2ª, que ofrezca una cierta seguridad, dada la importancia de tener una idea muy clara de qué alteración del planeamiento debe pasar o no por el procedimiento de una “modificación cualificada”. Pues bien, al igual que antes se dijo sobre que el “espacio libre” constituye un género que engloba dos especies –una de ellas la de “zonas verdes”–, aquí podemos decir que la “dotación” es el supraconcepto que engloba dos especies: los “equipamientos” por un lado (administrativos, docentes, sanitarios, asistenciales, culturales, cementerios...), o sea, dotaciones que en sí mismas constituyen un servicio; y por otro lado las “infraestructuras” que operan como soporte material de servicios públicos, tales como la red viaria, redes de distribución de energía, agua, alcantarillado, gas, alumbrado público, telefonía y, desde luego, los aparcamientos. Y también se incluirían en la categoría de “infraestructuras” los propios espa-

cios libres, si bien con ese carácter de subcategoría separada y autónoma que han ostentando desde siempre, como ya vimos en el epígrafe anterior.

Como puede deducirse de lo expuesto, el panorama es bien complejo. No se puede dar a la expresión “dotaciones o equipamientos” del referido artículo 36.2.c) 2ª una extensión desmesurada que haga intervenir al Consejo Consultivo en todo ese mundo de incidencias, ni tampoco se puede dar al precepto una interpretación restrictiva que le haga decir menos de lo que la LOUA ha querido decir, se comparta o no la solución legal.

Pues bien, en una línea interpretativa que nos atrevemos a calificar de razonable y, desde luego, de manejable desde criterios jurídicos, la conclusión que parece más acertada es la de incluir en el concepto de “dotación” –a efecto, repetimos, del precepto referido a la modificación cualificada– la totalidad de los equipamientos; y en cuanto a las infraestructuras sólo las que tienen señaladas por la propia LOUA estándares mínimos a cumplir, es decir, los “espacios libres” en su sentido amplio –y propio– que antes definimos; y los aparcamientos.

III. EN TORNO A LOS ESTÁNDARES ESTABLECIDOS POR LA LOUA

Dejando al margen las previsiones de la LOUA sobre los estándares relativos a la densidad de la edificación y al número de viviendas por hectárea, aspectos de los que aquí no hemos de ocuparnos, los parámetros que sí hemos de tener en cuenta son los que la propia LOUA refiere, por un lado, a las “dotaciones” en general (con la extensión que ya hemos dado a este concepto en el epígrafe anterior) y, por otra parte a los “parques y jardines”. Por consiguiente, hay que considerar dos estándares superpuestos: el general referido al conjunto de las dotaciones y el específico para los “parques y jardines”, es decir, las zonas verdes *stricto sensu*.

A. UN ÚNICO ESTÁNDAR PARA TODO EL TERRITORIO (EXCLUIDO EL SUELO NO URBANIZABLE).

Para valorar la solución de la LOUA en este punto, la referencia comparativa no puede ser otra que la establecida en su día por el art. 72.2.d) del TR de 1992, según el cual:

“Los Planes –Generales y las Normas Subsidiarias de Planeamiento– deberán incluir los sistemas generales de... espacios libres destinados a parques pú-

blicos y zonas verdes en proporción no inferior a cinco metros cuadrados por habitante”

Hay que observar que este estándar, referido a toda la ciudad con independencia de la clasificación del suelo –excluido el suelo no urbanizable– recaía exclusivamente sobre las “manchas verdes”. Por tanto, éstas serían las únicas superficies a computar para cumplir la *ratio* de 5 m²/hab.

Las Leyes urbanísticas de algunas Comunidades Autónomas han incorporado esta misma solución o con algún pequeño matiz diferencial (Asturias, La Rioja, Navarra, Comunidad Valenciana); otras no establecen ningún estándar de zona verde con este carácter general (Canarias, Cantabria, Castilla–León, Castilla–La Mancha, Cataluña, Extremadura, Madrid, Murcia). Y otras establecen el estándar pero no exclusivamente para las zonas verdes, sino para el conjunto de espacios libres públicos; así ocurre en el caso de Aragón y Galicia y también en el de Andalucía, aunque con una *ratio* m²/habitante distinta en cada caso.

En efecto, el artículo 10.1.A.c.1 de la LOUA prevé que entre las determinaciones estructurales del Plan General quede respetado un estándar *mínimo “de entre 5 y 10 metros cuadrados por habitante”*, a determinar reglamentariamente según las características del municipio, para “*parques, jardines y espacios libres públicos*”. Salta a la vista la diferencia de este régimen respecto a su precedente de la Ley estatal en lo que atañe a la protección de las zonas verdes, dado que la LOUA refiere el estándar no sólo a éstas sino al conjunto de los espacios libres. Por tanto, aunque el porcentaje por habitante puede llegar a ser de hasta 10 metros cuadrados, sin embargo los parques y jardines sólo virtualmente quedan asegurados, pues, en hipótesis, podría ser perfectamente cumplido el estándar aunque para ello se computasen mayormente áreas de recreo (paseos marítimos, zonas de ocio, etc.) y no parques y jardines; o sea, los elementos a computar resultan así intercambiables pues la LOUA no reserva un porcentaje específico para zona verde. Sería conveniente que el desarrollo reglamentario que anuncia el propio precepto estableciera un mínimo de seguridad para los parques y jardines.

En todo caso, la protección de esta reserva juega fundamentalmente en el proceso de su implantación y en el de la revisión del planeamiento ya que al venir esta masa de terreno verde normalmente constituida por espacios asentados en la estructura general del territorio, su alteración tendría que articularse a través de una revisión del Plan, por constituir una mutación sustancial de la ordenación estructural del PGOU (art. 37.1), lo cual implica su exclu-

sión del procedimiento de modificación y, por tanto, la no intervención del Consejo Consultivo. De todos modos este estándar general jugará siempre su papel como elemento de control complementario en los procedimientos de modificación “cualificada”, ya que es condición básica –entre otras– para que pueda autorizarse cualquier alteración de zona verde es que el estándar general se mantenga.

B. LOS DISTINTOS ESTÁNDARES “DE SECTOR”

Son los referidos a las porciones de suelo urbanizable a ejecutar normalmente mediante Planes Parciales; y a los terrenos que han de ser ordenados mediante Planes Especiales de Reforma Interior; y también al suelo urbano no consolidado, por expresa determinación de la LOUA, que sigue en este punto la misma solución que la legislación de Galicia, Madrid, Navarra y Castilla–León¹³. No lo han dispuesto así otras Comunidades Autónomas.

La Ley del Suelo estatal, TR de 1992 (art. 83.2.c), estableció un estándar “de sector” para el conjunto de los *espacios libres* de dominio y uso público, es decir, para la categoría genérica que engloba las zonas verdes y el resto de los espacios libres. Por tanto éstos eran susceptibles de intercambio entre sí¹⁴. Los parámetros a respetar eran: 18 metros cuadrados por vivienda o por cada 100 m² de edificación residencial (si no se hubiera fijado expresamente el núme-

¹³ La LOUA no establece diferencia de tratamiento al suelo urbano no consolidado. Sí lo hace, por ejemplo la legislación de Castilla–León, al gravar menos éste (15 por 100 de la superficie construible de uso predominante) que el suelo urbanizable (20 por 100). Pero el art. 17.2. de la LOUA prevé la posibilidad de eximir parcialmente de este régimen concretos sectores de suelo urbano no consolidado “cuando las dimensiones de éstos o su grado de ocupación por la edificación hagan inviable dicho cumplimiento o éste resulte incompatible con una ordenación coherente”; y también permite tal exención cuando en sectores de dicho suelo “se hayan llevado irregularmente a cabo, total o parcialmente, actuaciones de urbanización y edificación que el Plan General de Ordenación Urbanística declare expresamente compatibles con el modelo territorial que adopte”, supuesto éste que extiende al suelo urbanizable.

¹⁴ No obstante, el art. 49.1 del Reglamento de Planeamiento, RD 23 junio 1978, señala que las reservas de terreno de dominio y uso público que el Plan Parcial debe establecer para jardines, zonas deportivas, de recreo y expansión, se fijarán diferenciando cada uno de estos usos. Y el Anexo del Reglamento (art. 3) al Reglamento de Planeamiento obliga a establecer jardines tanto en suelo residencial como industrial y terciario, lo que supone que esa intercambiabilidad de la que hablamos en el texto no puede ser absoluta. Por otra parte, el apartado 2 de dicho art. 49 hace una llamada a la vertebración racional del territorio: “En la configuración de estas áreas se evitará el fraccionamiento que invalide su finalidad esencial, debiendo justificarse que constituye un sistema coherente”.

ro de viviendas a construir); y en todo caso, nunca inferior al 10 por 100 de la superficie total ordenada.

Con independencia de ese estándar específico para espacios libres la Ley obligaba a que los Planes Parciales contuviesen determinaciones relativas a los *equipamientos* (centros culturales y docentes, templos, centros asistenciales y sanitarios y demás servicios de interés público y social), pero sólo para los *centros culturales y docentes* establecía un estándar propiamente dicho, al cifrar para éstos una proporción mínima de 10 m²/vivienda o por cada 100 m² de edificación residencial si no se hubieran determinado expresamente el número de viviendas que se pudieran construir (art. 83.2, letra d). Del mismo modo resolvía lo concerniente a las *infraestructuras* (red de comunicaciones, galerías y redes de abastecimiento de agua, alcantarillado, energía eléctrica, otros servicios previstos por el Plan y aparcamientos), fijando sólo para éstos últimos un estándar mínimo de una plaza de aparcamiento por cada 100 m² de edificación (art. 83.2, letra f). Por consiguiente, había que distinguir tres bloques de dotaciones: equipamientos, infraestructuras y sistema de espacios libres, en cada uno de los cuales se establecía un estándar específico para alguno o todos de sus elementos; así, respectivamente: centros culturales y docentes, aparcamientos, y la totalidad de espacios libres. En suma, estándares independientes cuya suma constituiría una buena parte de la reserva total destinada a dotaciones públicas del sector de que se trate.

Sobre esta referencia de partida, la legislación urbanística autonómica ha creado un panorama de soluciones muy diversas. Así, el estándar viene referido exclusivamente a las zonas verdes (Castilla-La Mancha); en otros casos comprende el conjunto de espacios libres (Cataluña, Galicia, Navarra); y en otros se le suman a estos últimos los equipamientos, con lo cual disminuye, lógicamente, la calidad de la reserva (Castilla-León).

Desde distintos ángulos podríamos seguir detectando otras diferencias de ese derecho autonómico comparado, tales como los distintos niveles de porcentajes constitutivos del estándar o sus respectivos modos de aplicación. Pero más útil nos parece resaltar las características propias de este régimen en Andalucía, a la vista de lo dispuesto en el art. 17.1.2^a de la LOUA, que transcribimos a continuación:

“Reservas para dotaciones tales como parques y jardines, centros docentes, sanitarios o asistenciales, equipamiento deportivo, comercial, cultural o social y aparcamientos... deben cumplir como mínimo los siguientes estándares”

a) *En suelo con uso característico residencial, entre 30 y 55 metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados de techo edificable con uso residencial, de los que entre 18 y 21 metros cuadrados de suelo, y nunca menos del diez por ciento de la superficie del sector, deberán destinarse a parques y jardines, y además, entre 0,5 y 1 plaza de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.*

b) *En suelo con uso característico industrial o terciario, entre el catorce y el veinte por ciento de la superficie del sector, debiendo destinarse como mínimo el diez por ciento a parques y jardines; además, entre 0,5 y 1 plaza de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.*

c) *En suelo con uso característico turístico, entre el veinticinco y el treinta por ciento de la superficie del sector, debiendo destinarse como mínimo el veinte por ciento del sector a parques y jardines, y además, entre 1 y 1,5 plazas de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.*

Del precepto antes transcrito conviene retener las siguientes notas:

a) Establece estándares distintos para cada tipo de uso (residencial, industrial o terciario y turístico) al igual que ocurre en otras Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Navarra).

b) Incluye dotaciones diversas que componen un círculo notablemente mayor que el de “espacio libre” y, por supuesto, que el de zona verde. Como ya advertimos más arriba el precepto que comentamos no ha cuidado de precisar las dotaciones concretas a las que se está refiriendo, enumerando, sólo de modo ejemplificativo, algunos equipamientos y algunas infraestructuras. Como también antes afirmamos, los ejemplos que cita relativos a infraestructuras (parques y jardines y aparcamientos) prácticamente agotan los supuestos de tal clase cuya alteración ha de ser sometida al procedimiento de “modificación cualificada”, aunque el precepto se olvida de mencionar los demás espacios libres (zonas de recreo, ocio y expansión), que junto a los sí mencionados (parques y jardines) componen el sistema de espacios libres, integrados a su vez en el supraconcepto “infraestructuras”. Por otra parte, hay que tener en cuenta que los equipamientos a tener en cuenta son más de los que menciona el precepto en cuestión, dado que han de entenderse incluidos en él todos los equipamientos.

c) Se establece un doble estándar para cada uno de los tres tipos de uso del suelo que el precepto contempla: uno general para el conjunto de las do-

taciones, y otro paralelo o de seguridad para las zonas verdes, o sea, “parques y jardines”. A diferencia de lo que hemos afirmado en el epígrafe anterior respecto al estándar general para toda la ciudad, la LOUA es aquí notablemente progresiva, precisamente por configurar verdaderos estándares específicos y exclusivos para parques y jardines, y en un estimable nivel porcentual. Ello impide que estas zonas verdes puedan ser confundidas con los demás espacios libres y, por supuesto, con el resto de las dotaciones, lo que implica que no puedan ser sustituidas o suplantadas por éstos.

En suma, las zonas verdes no son convertibles en otros espacios libres “no verdes” ni en otros equipamientos o dotaciones, así que quedan “blindadas” por obra de la LOUA frente a otra de sus tradicionales amenazas: la de su conversión en otros destinos igualmente públicos y, en la mayoría de los casos, análogamente beneficiosos para el interés general; argumento éste muchas veces utilizado para “ablandar” la rigidez de la defensa de los parques y jardines. Pero estas “buenas razones” que han podido justificar la conversión de una zona verde en una infraestructura distinta o en un equipamiento –¿quién no sería sensible ante la demanda de convertir una parcela de zona verde poco atractiva en un centro escolar que fuese necesario?– resultan a la postre indeseables ya que el beneficio que puede derivar de esa conversión es a costa de algo tan difícil o imposible de compensar como es la desaparición de un parque o un jardín; una pérdida que en la práctica será normalmente irreversible, sencillamente porque las zonas verdes, aunque reputadas en abstracto como de trascendencia vital, son al fin y al cabo espacios prescindibles, a diferencia de lo que ocurre con otras dotaciones, a las que siempre habrá de buscárseles un lugar adecuado para su implantación, sea o no a costa de terrenos verdes.

d) La bondad sustancial de la norma que comentamos, al reservar mínimos de zona verde de $18 \text{ m}^2/100\text{m}^2$ de techo edificable (uso residencial), 10 por 100 de la superficie (uso industrial o terciario) y 20 por 100 de la superficie (uso turístico), no excluye que deba ser censurada por su imprecisión, dada la importancia del tema de que trata.

En efecto, hay que insistir en su criticable forma de enumerar las dotaciones públicas que han de reservarse, siendo bastante impropio, a nuestro juicio, que figuren a título de ejemplo y sin orden lógico alguno. En segundo lugar, y tomando como ejemplo el supuesto de la letra “a”, referido al suelo residencial –extiéndase la crítica, *mutatis mutandi*, a los demás supuestos– el precepto abre un abanico de discrecionalidad que puede juzgarse excesivamente amplio –de 30 a 55 m^2 de superficie/ 100 m^2 de techo edificable– ya

que puede dar lugar a notables diferencias entre sectores en cuanto a su nivel de dotaciones ($\pm 25 \text{ m}^2$). Además, como la reserva prevista para parques y jardines, dentro de ese montante global para dotaciones, se mueve en unos márgenes mucho menos elásticos (entre 18 y 21 metros), puede resultar en algún caso que el *quantum* de terrenos a destinar a dotaciones distintas de zona verde pueda ser muy exiguo; así, en el peor de los casos pueden restar sólo 9 m^2 ($30 \text{ m}^2 - 21 \text{ m}^2$ zona verde), y en el mejor 37 m^2 ($55 \text{ m}^2 - 18 \text{ m}^2$ zona verde), es decir, una banda de oscilación entre uno y otro de 28 m^2 ($37 \text{ m}^2 - 9 \text{ m}^2$), lo cual parece excesivo.

Pero sobre todo, la desafortunada redacción de la norma genera una duda absurda en lo que atañe a la reserva para aparcamientos. Debe notarse que la regla 2ª del art. 17.1 que estamos comentando incluye entre las “reservas para dotaciones”, a título de ejemplo, también los aparcamientos. Además de ello debe observarse que en las respectivas letras a), b) y c) de dicha regla, tras establecer los estándares referidos a “parques y jardines” (cuyas superficies se incluyen, sin ninguna duda, dentro de los montantes globales destinados a dotaciones), se dice que “además” –*sic*– deben destinarse plazas de aparcamiento en número respectivamente distinto, según cada tipo de uso del suelo.

Pues bien, a partir de estas premisas pueden haber dos interpretaciones: primera, que estos estándares específicos para aparcamientos estén incluidos dentro del número global de m^2 reservados para dotaciones, al igual que ocurre con los parques y jardines, o sea, que la expresión “además” que utiliza la norma esté sintácticamente unida, en conexión continuativa, con lo previsto para las zonas verdes. Segunda, que los estándares para aparcamientos constituyan reservas distintas e independientes de los globales previstos para el conjunto de dotaciones de cada tipología de uso; es decir, que la expresión “además” lo es respecto de cada reserva global, resultando de ello que la superficie a destinar a los aparcamientos representan una dotación adicional a la referida a las dotaciones genéricamente consideradas, enunciadas *ad exemplum* al comienzo de la regla referida. Podría oponerse a esta última interpretación el hecho de que los aparcamientos ya figuran en el encabezado de la regla como uno de esos ejemplos, lo que conduciría a estimarlos integrados en el conjunto de las dotaciones. Pero parece más correcto considerar que se trata de una reserva propia y autónoma que se añade a la reserva genérica para las dotaciones, interpretación ésta que resulta coherente con las previsiones sobre reservas para aparcamientos que se contiene en el Reglamento de Planeamiento de 1978.

IV. SOBRE EL CARÁCTER NO INTERCAMBIABLE DE ESTOS ESPACIOS.

La doctrina del Consejo Consultivo sobre la tutela de los parques y jardines y demás espacios libres, cimentada en un ya lejano dictamen 14/1994 de 30 de septiembre, puede calificarse en términos generales como muy rigurosa e incluso severa en cuanto a la exigencia del cumplimiento de las formalidades que deben seguirse en la tramitación de estos procedimientos. Cabe recordar aquí sus pronunciamientos –siguiendo la huella de la doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado– sobre la exigencia del procedimiento especial con independencia de que la superficie objeto de la alteración aumente o disminuya; o en los casos de permuta; o aunque se trate de modificaciones reducidas o insignificantes¹⁵. Es obligado destacar la importancia que dicho Órgano concede a la Memoria que ha de figurar en los respectivos expedientes, exigiendo no sólo pulcritud en su motivación, en la acreditación de que la modificación obedece a razones de interés general y en la justificación de que los estándares legales se mantienen tras la alteración de estos espacios (“pues el Consejo no puede presumir que tales estándares se estén respetando, por pequeña que sea la parcela”; Dictamen 8/1995), sino que dicha Memoria conste en el expediente desde su inicio, a efecto de que la participación ciudadana a través de la información pública tenga verdadero valor y sentido pues “resultaría estéril si no se pudiera obtener un concreto conocimiento de los motivos que han alumbrado las decisiones adoptadas” (Dictamen 14/1994).

¹⁵ En contra de esta doctrina, ciertamente rígida aunque a nuestro juicio adecuada y consecuente con la naturaleza “sensible del tema, tan preñado siempre de intereses, podemos registrar soluciones distintas. Así, en la legislación urbanística de La Rioja que no considera modificación los reajustes del Plan General siempre que no se disminuyan las superficies de zonas verdes o espacios libres de dominio y uso públicos. También en la legislación de la Comunidad de Madrid que, por una parte, no considera la disminución de la zona verde como modificación del Plan sino como *revisión* -con lo cual queda excluido el control por parte del Consejo de Estado-, y por otra, las alteraciones que sí se califican como modificaciones (aumentos y permutas) tampoco están sujetas a procedimiento especial, dado que la Ley de Madrid no lo contempla. A la vista de este régimen la STSJ de Madrid de 27-11-2002, Ar. 55216, dice que aunque la modificación del planeamiento produzca una alteración de la calificación urbanística correspondiente a las zonas verdes y espacios libres previstos en el Plan, si la alteración no produce disminución de las mismas no requerirá informe previo del Consejo de Estado.

Un discutible pronunciamiento se contiene en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 30-11-2001. Suprimida una parcela de zona verde que pasó a integrarse en el suelo no urbanizable, la Sentencia no ve anomalía alguna en ello puesto que la parcela “vuelve a su condición original de suelo no apto para urbanizar”.

En cambio, en cuanto a los aspectos sustanciales de las modificaciones mismas, su doctrina puede calificarse como flexible o intermedia pues ni puede reputarse como permisiva antes las modificaciones que los Ayuntamientos proponen ni tampoco cabe decir que dicho Órgano esté afincado en una postura cerrada a toda alteración. Más exactamente podría decirse que existen aspectos sobre los que el Consejo Consultivo mantiene posturas muy firmes, mientras que en otros se muestra muy permeable, quizás excesivamente.

En su faceta “severa” cabe recordar, si bien muy sucintamente, sus pronunciamientos sobre la improcedencia de aceptar la supresión de una zona verde cuando el argumento que se esgrime para ello es simplemente que el espacio en cuestión es inútil como zona verde, pues declara el Consejo –en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo– que no puede presumirse que el planeamiento que así la calificó fue irracional, ni es aceptable que la modificación del planeamiento pueda servir para reparar decisiones irregulares o anómalas. También ha declarado dicho Órgano la improcedencia de admitir necesariamente la modificación por el hecho de que la zona verde que se pretende reubicar en otro lugar lo sea con mayor tamaño, pues “el concepto de zona verde no es simplemente cuantitativo, sino cualitativo, y no debe tenerse sólo en cuenta su extensión superficial sino también el resto de las circunstancias que concurren en cada caso”. Estos criterios han llevado al Consejo a proscribir que las zonas verdes se reubiquen junto al suelo no urbanizable, o al lado de una carretera peligrosa, o en terrenos escarpados, o lejos del núcleo de población, o que quede desarticulada impidiéndose que cumplan su función ya que el espacio ha de ser idóneo y útil como objeto de uso y elemento integrador de una trama territorial racionalmente organizada.

Sin embargo, junto a esta línea doctrinal rígida, ciertamente impecable, discurre otra mucho más liviana, sin duda atenta o sensible a necesidades manifestadas por las Corporaciones locales promotoras de las modificaciones sometidas a dictamen, pero que dicho Consejo tendrá que rectificar sobre todo a la vista de la nueva regulación que la LOUA ha ofrecido en esta materia.

El germen de esta postura permisiva a la que nos referimos puede hallarse en una consideración “de estilo”, visible en no pocos pronunciamientos del Órgano consultivo, expresiva de que “el control reforzado que se ejerce sobre estos espacios no significa que no puedan ser alterados, pues el interés público no exige la petrificación para siempre de una determinada trama urbana, y puede demandar tanto el mantenimiento de las zonas verdes como su modificación, permuta o incluso supresión, en función de las circunstancias especí-

ficas de cada caso”. En la práctica, esta filosofía se ha venido materializando en dos vertientes distintas que examinamos a continuación:

a) De una parte, se aprecia una postura del Órgano consultivo bastante condescendiente con alteraciones de zonas verdes que se justificaban por su conversión en otros espacios libres y en equipamientos, dando con ello incluso por demostrada la concurrencia de la causa de interés público que ha de exigirse, como premisa mayor, en toda modificación. Desde esta actitud permisiva ha sido reconocida la pertinencia de convertir zonas verdes no sólo en espacios libres (así, en zonas para instalaciones recreativas o deportivas) con los que ciertamente guarda esa cierta “relación familiar” que ha posibilitado tradicionalmente su confusión y por ello su respectiva fungibilidad o intercambiabilidad, sino sobre todo con genuinos equipamientos (así, supresión o permuta de la zona verde para establecer la sede de la policía local, para cementerios, centros de salud, centros escolares, viviendas de protección pública, ampliación de la red de saneamiento, usos sociales, etc.), dotaciones éstas que, en puridad, en ningún caso deben ser implantadas a costa de la zona verde puesto que pertenecen a otro “sistema”, esto es, al sistema de equipamientos que tiene su propio régimen y sus propias previsiones.

Esta postura abierta, visible en la doctrina del Consejo Consultivo, podía encontrar algún apoyo en el TR de 1992, pues como ya observamos más arriba, la forma de regular éste el “estándar de sector” hacía viable el intercambio entre zonas verdes y el resto de espacios libres (no, desde luego, el intercambio con los equipamientos). Pero ahora la LOUA ha hecho desaparecer esa permutabilidad: las zonas verdes no pueden ser sustituidas por nada, puesto que recae sobre ellas un estándar específico y singular no compartido por ningún otro espacio distinto del de zona verde.

b) La otra vertiente por donde discurre esa postura del Consejo Consultivo que podemos calificar como permeable a las alteraciones de zonas verdes hay que centrarla en una pregunta que vendría a ser el lógico complemento de las consideraciones que venimos de exponer y de cuya respuesta depende, en definitiva, si se puede sentar la categórica afirmación de que los parques y jardines no pueden ser objeto de transformación en ningún caso en otros espacios o dotaciones que no sean zona verde. La pregunta es muy simple: en el caso de que los estándares de zona verde se encuentren sobradamente cubiertos en un supuesto determinado ¿cabe reducir libremente la zona verde siempre que se mantenga el mínimo legal?

La respuesta a esta importante cuestión aconseja hacer una aclaración previa que no por obvia es menos necesaria. Sabemos que los estándares le-

gales tienen valor de mínimos de cumplimiento inexcusable por los planes; pero, lógicamente, no existe óbice para que el planeamiento pueda destinar un porcentaje superior, o sea, pueda aumentar el nivel de la dotación. Pues bien, en tal caso se plantean dos cuestiones: primera, si la alteración posterior de la zona verde –en la parte que excede del estándar legal– exige el procedimiento de “modificación cualificada”; segunda, si el nivel de la masa de zona verde constituida por el Plan (superior al mínimo legal) constituye, *per se*, un nuevo estándar “de hecho” que se sobrepone al estándar legal y lo desplaza.

La primera cuestión es de fácil respuesta: siempre será exigible el procedimiento de “modificación cualificada”¹⁶, tanto por el hecho de que la Ley no distingue como porque, en cualquier caso, habrá que controlar si efectivamente con la reducción de la zona verde se sigue respetando o no el mínimo legal.

Sobre la segunda y más crucial cuestión existen dos posturas o doctrinas muy distintas que exponemos seguidamente.

a) una doctrina permisiva, actualmente minoritaria, que es la que viene sosteniendo el Consejo Consultivo de Andalucía. Se encuentra claramente expresada en no pocos de sus dictámenes. Basta con transcribir lo que afirma el dictamen 29/1998:

“La reducción del espacio libre puede ser posible, siempre que se respeten los mínimos legales. No cabe, por tanto, establecer reglas generales, pudiendo admitirse como perfectamente lícita la reducción o supresión de un espacio libre, aunque no se compense con una superficie de igual extensión con diferente ubicación territorial (siempre que se respeten los estándares), en cuanto medie una justificación cumplida que acredite el carácter prescindible del espacio en relación con los intereses generales”.

La postura es bien clara: hay que respetar rigurosamente los mínimos legales; pero a partir de este respeto el resto de la zona verde existente es en principio disponible por lo que puede ser “perfectamente lícita” la reducción o supresión de un espacio.

b) Una postura diametralmente contraria es la que sostienen expresamente algunas leyes autonómicas que ante las alteraciones de las zonas verdes

¹⁶ En este sentido, la STS de 7-6-1989, Ar. 4513

exigen el mantenimiento de la superficie y que la nueva zona sea de igual calidad y en condiciones topográficas similares (Aragón, Canarias, Cantabria, Galicia, La Rioja, Murcia; con ligeras matizaciones entre sí que no alteran la idea básica). Asimismo, siguen esta doctrina algunas Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y, sobre todo, es doctrina consolidada del Consejo de Estado, patente en dictámenes tales como los de 17 de octubre y 19 de diciembre de 2002 (2292 y 3297, respectivamente):

“A la hora de modificar los instrumentos de planeamiento, la potestad de la Administración no es omnimoda cuando recae sobre zonas verdes. Debe respetar siempre el arquetipo (standard) mínimo legal en cuanto a su superficie... Pero además este Consejo de Estado ha sentado el criterio de que aunque se supere dicho arquetipo (standard), la modificación no puede comportar disminución de las superficies totales destinadas a zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula stand still propia del Derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Sólo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga”.

No es difícil adscribirse a esta última doctrina por su superioridad no sólo teórica, sino práctica. En el plano teórico porque no hay razón que impida suscribir una solución que trata de evitar la disminución del nivel de calidad alcanzado de hecho por una ciudad en lo que atañe a sus parques y jardines, máxime si se tiene en cuenta –amén de innumerables razones que tienen que ver con la habitabilidad de las ciudades, con la estética, desahogo de la circulación, etc.– que este nivel está muy por debajo, dicho sea en términos generales, de lo que recomienda la Organización Mundial de la Salud, que cifra el objetivo a alcanzar en los 11,5 m² de zona verde por habitante, al menos para poblaciones de más de un millón de personas. Y desde una perspectiva práctica porque a efecto del control del Órgano consultivo, la referencia cercana de la zona verde “de hecho” como punto de partida inmediato, real y concreto que hay que respetar aporta un dato directo y decisivo a la hora de comprender el alcance de cada operación urbanística modificatoria de la zona verde, dato mucho más próximo y fiable del que puede extraerse de las motivaciones administrativas –contenidas en la Memoria– prestas a demostrar que la alteración pretendida no infringe el estándar mínimo legal, cálculo éste de mucha más difícil apreciación –y, por tanto, de fiscalización– por venir referido casi siempre a un ámbito físico superior al de la propia parcela verde cuya modificación se pretende.

Con esta doctrina se consume de modo prácticamente absoluto la regla de la intangibilidad abstracta del *quantum* de zonas verdes, sin perjuicio de que, eventualmente, éstas puedan ser cambiadas de ubicación. Por tanto, alterabilidad *in loco*, no *in substantia*. Una doctrina, en suma, que debiera ser acogida por el Consejo Consultivo de Andalucía.

Es cierto que esta consideración como un “mínimo sin retorno” de los niveles de zona verde alcanzados de hecho puede resultar una regla excesivamente rígida en algún supuesto, de ahí que la propia doctrina del Consejo de Estado no se exprese en términos absolutos dejando una válvula de escape que permita dar salida a algún caso en que concurra un “*interés público especialmente prevalente, acreditado y general*”, aunque ya hemos visto que en alguna legislación autonómica la prohibición de retroceder es absoluta. Y esta última es la solución que nos parece más correcta aunque pudiera ser juzgada, *prima facie*, como una postura integrista en pro de las zonas verdes que pudiera chocar con la flexibilidad aconsejable en casos excepcionales, pues debe tenerse en cuenta que lo que se exige no es que se mantenga el tamaño de la parcela verde que se pretende modificar sino el nivel ya alcanzado por el conjunto de las zonas verdes, y esto aporta de suyo un factor de flexibilidad que hace innecesaria la previsión de excepciones a la regla del “mínimo sin retorno” como la que hace la propia doctrina del Consejo de Estado.

Lo importante es que la tesis del “mínimo sin retorno” constituya una regla del sistema –incluso aunque no sea absoluta– y no una excepción. Ciertamente, puede confiarse en que una regla así expresada podrá ser aplicada en la inmensa mayoría de los casos dado el valor nuclear que encierra, tanto en el plano legal como en la convicción social, la defensa de los parques y jardines como algo especialmentepreciado en cuanto relacionado con la salud y con un ideal de calidad de vida que es visualizable y anhelable por todo sujeto sin excepción, al menos en su dimensión de individuo aislado que se relaciona con el entorno.

Por el contrario, difícilmente podría ser trasladada esa misma regla a los restantes espacios libres pues ello introduciría un factor de rigidez en el diseño de la ciudad que sería insostenible en la mayoría de los casos. En efecto, no podría comprenderse la razón que sustentara el designio de que un paseo no pueda ser remodelado aun perdiendo superficie o que una zona cualquiera de ocio no pueda ser reducida en beneficio de otras atenciones prioritarias. Pero mucho más difícil, por no decir imposible, sería tratar de aplicar esa regla al caso de los equipamientos pues parece claro que la inmutabilidad o la fijeza no puede erigirse en un valor absoluto en este caso. Los equipamientos debe-

rán estar dimensionados en cada momento en función de lo que demanden las necesidades públicas, y por ello podrán crecer o disminuir, siendo por tanto irrazonable cualquier postura apriorística que postulara el mantenimiento a ultranza de la configuración que hubiesen alcanzado de hecho, sin retorno posible. Aquí se pone de manifiesto la dificultad que ha de representar para el Consejo Consultivo el ejercicio de su función controladora sobre la modificación de estos “equipamientos”, para la cual carece de cualquier parámetro jurídico mínimamente seguro, como dijimos al principio. La tarea en estos casos no puede penetrar más allá de la epidermis de los asuntos, circunscrita al control de los meros elementos reglados externos, de pura forma y procedimiento, de la operación de que se trate.

En cualquier caso, aun con sus dificultades de aplicación en la práctica –no, desde luego, en el caso de las zonas verdes– la línea de principio a seguir no puede ser otra que la de instalarse en la tesis del “nivel de hecho sin retorno” y ello incluso en relación con todas las dotaciones, al menos como punto de partida, salvo en el caso de los parques y jardines en que debe ser no sólo regla sino objetivo final a conseguir. Cierto es que la LOUA no explicita directamente una regla de tal calado y de alcance tan general. Ya hemos visto que sí la proclaman y de manera terminante otras leyes autonómicas, si bien sólo en relación con las zonas verdes. Pero esta línea de principio sí puede inducirse de algunas determinaciones de la propia LOUA. Así, esa cláusula *stand still* a que hace referencia el Consejo de Estado se encuentra realmente presente en el artículo 36.2.a.2ª de la LOUA al decir que

*“Toda innovación que aumente el aprovechamiento lucrativo de algún terreno, desafecte el suelo de un destino público a parques y jardines, dotaciones o equipamientos, o suprima determinaciones que vinculen terrenos al uso de viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública, deberá contemplar las medidas compensatorias precisas para mantener la proporción y calidad de las dotaciones previstas respecto al aprovechamiento, sin incrementar éste en detrimento de la **proporción ya alcanzada** entre unas y otro”*

El precepto transcrito viene a ser trasunto de otro contenido en el art. 128.2. de la Ley del Suelo, TR 1992, según el cual “cuando la modificación tendiera a incrementar el volumen edificable de una zona, se requerirá para aprobarla la previsión de los mayores espacios libres que requiera el aumento de la densidad de población”, precepto que generó una doctrina jurisprudencial que, en el aspecto que aquí nos interesa, vino a relativizar la importancia del hecho de que se cumplieran los estándares legales, pues lo importante en tales casos es que se mantuvieran las proporciones de hecho alcanzadas de tal modo que el au-

mento de densidad de población debía llevar automáticamente aparejado un correlativo aumento de los correspondientes espacios libres, solución ésta que no es sino la expresión de un principio de irrenunciabilidad a las calidades preexistentes *de hecho* que habrían de regir por encima del mero respeto a los mínimos legales.

No debe merecer duda la aplicabilidad de este principio por vía analógica al precepto del artículo 36 de la LOUA que ha constituido el objeto de estas reflexiones. Y hay que confiar en que el Consejo Consultivo de Andalucía, depositario de una carga tan pesada como la que dicho precepto supone, acierte con la línea interpretativa a seguir; y que para ello sirva, como pequeño grano de arena, esta modesta aportación. Todo sea por la firme defensa de los parques y jardines urbanos de Andalucía, al menos.

Francisco López Menudo

La vuelta al Derecho Administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)*

Jaime Rodríguez-Arana

Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad de La Coruña y actual Presidente del
Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. INTERÉS GENERAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO. III. EL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. IV. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. V. NUEVAS TENDENCIAS EN CIENCIAS SOCIALES. VI. LA FUNCIÓN GARANTIZADORA DE LOS PODERES PÚBLICOS. VII. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL. VIII. LA VUELTA AL DERECHO ADMINISTRATIVO.

I. INTRODUCCIÓN

En la década de los ochenta del siglo pasado, sobre todo, empezó a utilizarse por parte de la doctrina un término bien expresivo de un fenómeno que ciertamente había producido una cierta confusión y no poca inquietud en cuantos se dedican al estudio de nuestra disciplina: la huida del Derecho Administrativo. Expresión, me parece, con la que se pretendía, y todavía se pretende hoy, llamar la atención sobre la pérdida de influencia del Derecho Administrativo como Ordenamiento matriz a partir del cuál debía regirse jurídicamente toda actuación del aparato público, sea cual sea su caracterización normativa. En el fondo, se añora la posición del Derecho Administrativo como Derecho Único sobre el que debe girar el régimen jurídico de la Administración pública, olvidando, con más o menos intensidad, que existe un núcleo básico de principios constitucionales vinculados a las actividades administrativas y a los fondos públicos vinculados al interés general, que con su manto trascienden la naturaleza del Derecho de que se trate en cada caso.

* Texto de la conferencia impartida en la Universidad Externado de Colombia el 25 de febrero de 2005 en el Master de Derecho Administrativo.

Las líneas que siguen, escritas en diferentes momentos, tienen, sin embargo, un hilo conductor: la caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional, lo que trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios, que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferente en su configuración, y en su presentación, al del nacimiento del Estado-Providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, objetiva o mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al Derecho Administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto Mayer que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también “*mutatis mutandis*” a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses.

Como veremos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Quizás, la perspectiva iluminista

del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente que dirigió con mano de hierro la burocracia, hoy ya no es compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quien la compone, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su “status quo”, debe estar plena y exclusivamente a disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino de repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto administrativo, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés público que, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución “in toto” de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará en su momento, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo por parte de González Navarro como el Derecho del poder para la libertad.

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todas aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen con la existencia de una auténtica Administración pública cada vez más consciente de su posición institucional en el sistema democrático.

II. INTERÉS GENERAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía— finales del siglo XVIII— que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución “sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984 a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y del control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, “potestas variandi”, potestad sancionadora...) requieren de nuevos plantea-

mientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia, llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático que se agotó en si mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de la intervención total en la vida de los particulares.

Hace algunos años, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la fetén, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse en cada momento por interés general. Más que en la presencia de una Administración pública, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia de un interés general que regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distin-

guía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucían algunas novelas de Pío Baroja sobre la actuación de funcionarios que disfrutaban vejando y humillando a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pudiera afirmar sin titubeos que la Administración ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

En este sentido, siempre me ha parecido de clarividente y pionero un trabajo del profesor García de Enterría de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes, desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues como sentenció hace tiempo Ihering, el gran problema de las reformas administrativas se haya en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de las gentes. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusividad) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el de-

bate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

III. EL ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El marco en el que debe explicarse el Derecho Administrativo Español, se encuentra en la Constitución de 1978. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece sentenció con su habitual perspicacia Otto Mayer, tal y como hemos recordado con anterioridad. Y, como señalara el juez Werner, en esta línea, el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado.

Un vez superadas las lógicas polémicas iniciales que se produjeron entre nosotros tras la aprobación de la Constitución entre el Derecho Administrativo y el Constitucional, debe reconocerse que las líneas maestras sobre las que debe pivotar el Derecho Administrativo del presente se encuentran en el conjunto de criterios, parámetros, vectores y principios que están reconocidos en nuestra Carta Magna.

En el caso que nos ocupa, me parece que es menester citar, que no analizar dada la naturaleza de este trabajo, los artículos 9, 10, 24, 31 y 103, como los preceptos en los que encontramos un conjunto de elementos constitucionales que nos ayudan a reconstruir las categorías, conceptos e instituciones deudores de otros tiempos y de otros sistemas políticos a la luz del marco constitucional actual. Cualquiera que se asome a la bibliografía española del Derecho Administrativo, encontrará un sinfín de estudios e investigaciones sobre la adecuación a la Constitución de las principales instituciones que han vertebrado nuestra disciplina, que a las claras demuestra como la doctrina tiene bien presente esta tarea.

Entre estos preceptos, ocupa un lugar destacado el artículo 103 que, en mi opinión, debe interpretarse en relación con todos los artículos de nuestra Carta magna que establecen determinadas funciones propias de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho, como suelo apostillar, dinámico. Dicho artículo, como bien sabemos, dispone, en su párrafo primero, que “La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentraliza-

ción, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

La Administración pública (estatal, autonómica o local porque se usa deliberadamente el singular para referirse a todas), sirve con objetividad el interés general. Me parece que es difícil haber elegido mejor la caracterización de la función administrativa en el Estado social y democrático de Derecho. Primero, porque la expresión servicio indica certeramente el sentido y alcance del papel de la Administración en relación con la ciudadanía. En sentido contrario, bien se puede afirmar que la Administración en una democracia no es, ni mucho menos, ni la dueña del interés general, ni la dueña de los procedimientos, ni la dueña de las instituciones públicas. Está a disposición de la mejor gestión de lo común, de lo de todos. Segundo, porque la instauración del sistema constitucional en las democracias supone un paso relevante en orden al necesario proceso de objetivización del poder que trae consigo la victoria del Estado liberal sobre el Antiguo Régimen. La referencia, pues, a la objetividad es capital. Tiene dos dimensiones según la apliquemos a la organización administrativa en general, a los empleados públicos o funcionarios en particular. En todo caso, lo que me interesa destacar en este momento y en estas circunstancias es que se pretende eliminar del ejercicio del poder público toda reminiscencia de arbitrariedad, de abuso; en definitiva, de ejercicio ilimitado y absoluto del poder. Por eso, el poder debe ser una función pública de servicio a la comunidad, en la que hay evidentes límites. Claro que al ser hombres y mujeres quienes ordinariamente son titulares del poder, las grandezas y servidumbres de la condición humana según la categoría moral de quién lo ejerza arrojarán distintas posibilidades. Ahora bien, la objetividad entraña, como hábito fundamental, la motivación de la actuación administrativa, impidiendo la existencia de espacios de oscuridad o de impunidad, áreas en las que normalmente florece la arbitrariedad, sorprendentemente “in crescendo” a juzgar por las estadísticas de actuaciones administrativas merecedoras de tal calificación por los Tribunales de Justicia.

Y, en tercer lugar, la referencia central al interés general me parece que ofrece una pista muy pero que muy clara sobre cual pueda ser el elemento clave para caracterizar la Administración pública hoy y, en el mismo sentido, el Derecho Administrativo. Entiendo que la tarea de servicio objetivo a los intereses generales es precisamente la justificación esgrimida para comprender los cambios que se están produciendo, pues no parece compatible la función constitucional por excelencia de la Administración pública actual con los privilegios y prerrogativas de una Administración autoritaria que vivía en un contexto de unilateralidad y de, escrito en castellano castizo, ordeno y mando. Por

eso, como señalé en el epígrafe anterior, el entendimiento abierto, plural, dinámico y compatible del interés general está ayudando sobremedida a construir nuevos espacios de equilibrio sobre los que hacer descansar este nuevo Derecho Administrativo.

Por otra parte, no podemos dejar sin considerar, tratándose del artículo 103 de nuestra Constitución, que la Administración está sometida a la Ley y al Derecho. La llegada del Estado liberal, como sabemos, supone la victoria del principio de legalidad y la muerte del capricho y la ilimitación como fundamentos de un puro poder de dominio. El poder no es absoluto, está limitado y sea cual sea la versión del principio de legalidad que sigamos, lo cierto es que la Administración debe actuar en el marco de la Ley. Además, con buen criterio se consagra el principio de sometimiento total de la actividad administrativa y, también, de proyección de todo el Ordenamiento en sentido amplio sobre dicha actuación administrativa. Esto quiere decir, en mi opinión, que junto a las Leyes, también los jueces, al analizar la adecuación a Derecho o no de la actividad administrativa, pueden echar mano de otras fuentes del Derecho que, como los principios generales, han ocupado, como sabemos, un lugar destacado por derecho propio en la propia historia del Derecho Administrativo.

Además, la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el Ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el Ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho Administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil. Eso sí, hay un límite que no se puede sobrepasar sea cuál sea el Derecho elegido, que no es otro que el del pleno respeto al núcleo básico de lo público que siempre está ínsito en la utilización de fondos de tal naturaleza para cualesquiera actividades de interés general. Por eso, aunque nos encontremos en el reino del Derecho privado, la sociedad pública o ente instrumental de que se trate deberá cumplir con los principios de mérito y capacidad para la selección y promoción de su personal, así como con los principios de publicidad y concurrencia para la contratación.

Por tanto, la pretendida huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado no ha sido tal y, en todo caso, la necesidad de servir objetivamente los intereses generales también se puede hacer en otros contextos siempre que la Administración justifique racionalmente porqué en determinados casos acude al Ordenamiento privado.

El artículo 103, para terminar el epígrafe, debe ser el precepto de cabecera de los reformadores de la Administración pública. Cuestión que, en España, todavía precisa de nuevos impulsos pues, a pesar de que todos los gobiernos han intentado mejorar el funcionamiento del aparato administrativo, la realidad, mal que nos pese, nos enseña que todavía que la realidad y la opinión de la ciudadanía en relación con la Administración pública dista de ser la que cabía esperar del marco constitucional y del tiempo transcurrido desde 1978.

La idea de servicio tiene mucho que ver, me parece, con la crisis fenomenológica de este concepto en un mundo en el que prima ordinariamente el éxito económico, la visualización del poder y el consumo impulsivo, que traen consigo esta especie de capitalismo insolidario que aspira a manejar como marionetas a los ciudadanos. Hoy, estar al servicio de los ciudadanos parece tantas veces algo ingenuo, que no reporta utilidad y que, por ello, es un mal que hay que soportar lo mejor que se pueda. La inversión del problema, insisto, es una cuestión cultural en la que se trabaja poco porque requiere desarrollos de largo plazo poco atractivos para el hoy y ahora en el que vive sumida una clase política que renuncia normalmente a proyectos de largo alcance. Promover el valor del servicio público como algo positivo, incardinado en el progreso de un país, como algo que merece la pena, como algo que dignifica a quien lo practica...constituyen reflexiones que se deben transmitir desde la educación en todos los ámbitos. Si estas ideas no se comparten, no sólo en la teoría, por más normas, estructuras y funcionarios que pongamos en danza estaremos perdiendo el tiempo derrochando el dinero del común. De ahí que este criterio constitucional que define la posición institucional de la Administración pública sea central en la reforma y modernización permanente de la Administración pública.

La caracterización de objetivo de ese servicio es otra nota constitucional de gran alcance que nos ayuda a encontrar un parámetro al cuál acudir para evaluar la temperatura constitucional de las reformas emprendidas. La objetividad supone, en alguna medida, la ejecución del poder con arreglo a determinados criterios encaminados a que resplandezca siempre el interés general, no el interés personal, de grupo o de facción. Lo cuál, a pesar del tiempo transcurrido desde la Constitución de 1978, no podemos decir que se encuentre en una situación óptima pues todos los gobiernos han intentado, unos más que otros, abrir los espacios de la discrecionalidad y reducir las áreas de control, por la sencilla razón de que erróneamente se piensa tantas veces que la acción de gobierno para ser eficaz debe ser liberada de cuantos más controles, mejor. Es más, existe una tendencia general en distintos países a que el gobierno vaya creando, poco a poco, estructuras y organismos paralelos a los

de la Administración clásica con la finalidad de asegurarse el control de las decisiones que adoptan. En el fondo, en estos planteamientos late un principio de desconfianza ante la Administración pública que, en los países que gozan de cuerpos profesionales de servidores públicos, carece de toda lógica y justificación.

Por otra parte, no se puede olvidar que las reformas administrativas deben inscribirse en un contexto en el que la percepción ciudadana y, lo que es más importante, la realidad, trasluzcan el seguimiento, siempre y en todo caso, del interés general como tarea esencial de la Administración pública, en general, y de sus agentes, en particular. Pero interés general no entendido en las versiones unilaterales y cerradas de antaño sino desde la consideración de que el principal interés general en un Estado social y democrático dinámico reside en la efectividad del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos. El aseguramiento y la garantía de que tales derechos se van a poder realizar en este marco ayuda sobremanera a calibrar el sentido y alcance del concepto del interés general en el nuevo Derecho Administrativo.

IV. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Seguramente, desde que se abren las puertas de la Administración pública al Derecho Privado con ocasión de la prestación de forma indirecta de determinados servicios públicos, la pretendida huida del Derecho Administrativo late sobre las diferentes explicaciones que podemos encontrar en la historia de nuestra área de conocimiento.

Para unos, que pueda siquiera mentarse en el ámbito de la Administración pública el Derecho Privado, o de mercaderes, como se le tilda en ocasiones desde estas doctrinas, constituye una grave traición a los orígenes y tradición de un Derecho que ha sido, es y debe seguir siendo el Ordenamiento propio, privativo y específico de la persona jurídica Administración pública. Para otros, la eficacia y la eficiencia exigible también a la Administración pública, prácticamente ausentes de un Derecho Administrativo de corte autoritario que bascula únicamente sobre los privilegios y prerrogativas, no es congruente con lo que la sociedad espera y exige de la Administración pública.

Frente a ambas posiciones extremas, surge una nueva perspectiva, en mi opinión con base suficiente en el artículo 103 de la Constitución, según la cuál, lo determinante no es la naturaleza del Ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los de-

rechos de los ciudadanos. El artículo 103 se refiere a sometimiento al Derecho. Lógicamente, no dice a cual, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión como esta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las ciencias sociales, con todos los respetos, ya pasó de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el Derecho Privado. Eso sí, cuando la Administración acuda al Derecho Privado debe explicar porqué lo hace porque, evidentemente, el Derecho común sigue siendo el Derecho Administrativo.

Es bien sabido que en la década de los setenta, ochenta y noventa del siglo pasado, el descubrimiento de la eficacia, de la eficiencia, del “management”, encontró en la Administración un terreno bien abonado para el florecimiento del estudio y de la práctica de los entonces modernos enfoques de la dirección por objetivos y otras tantas maneras, legítimas y positivas, de introducir en el aparato público una sana competencia y una razonable reflexión sobre la evaluación de los resultados. Esto, que objetivamente pudo haber sido un paso muy relevante en orden a realizar las reformas normativas que fuera menester, sin embargo desembocó, en alguna medida, fruto del pensamiento único, en una relativa absolutización de los objetivos a alcanzar prescindiendo, en tantas ocasiones, de los procedimientos administrativos. Lógicamente, en este contexto, la corrupción estaba servida como desgraciadamente la realidad demostró en tantos países durante los años en los que reinó sin problemas la idea de que mercado era igual a eficiencia y eficacia, y lo público sinónimo de ineficiencia e ineficacia.

Como suele ocurrir, nunca se producen los fenómenos por una sola causa, por lo que quizás se pueda afirmar que, en efecto, algo de esto puede estar detrás de la radical seducción que las bondades del mercado provocó en no pocos gestores y administradores públicos durante esta época: destierro del Derecho Administrativo, preferencia por el Derecho Privado, constitución de todo un entramado de entes públicos y sociedades públicas creadas precisamente para operar en el nuevo mundo de la eficacia y de la eficiencia. En fin, en esos años sí que se produjo una masiva huida del Derecho Administrativo con la correspondiente, a su vez, ida al Derecho Privado.

El fenómeno se manifestó, pues, en el gusto por la gestión de lo público a través de la flexibilidad y eficiencia del Derecho Privado, bien sea relajando los sistemas de control de la intervención del Estado, bien sea creando toda suerte de sociedades y entes públicos sometidos al Derecho Privado, o bien asumiendo “in toto” los paradigmas de la gestión privada para la dirección y gestión de lo público.

Por lo que se refiere a la relativización de los sistemas de control interno de la actividad administrativa, los resultados no dejan demasiadas dudas sobre el tema. Es verdad que la actividad de intervención debe reducirse a su ámbito propio, que no es desde luego el jurídico ni el político o de oportunidad, pues no pocas veces en los informes de algunos interventores se encuentran resquicios de esta forma anticuada de entender lo público. En mi caso personal, tras catorce años de experiencia en actividades de dirección pública debo manifestar que, a pesar de los pesares, los interventores con los que me he encontrado siempre han expuesto sus razones para sus informes y siempre, y esto era para mí lo más importante, siempre, si había algún error de naturaleza financiera, contable o presupuestaria, buscaban la manera de ofrecer alternativas de gestión. En cualquier caso, el dilema que tantas veces se plantea al directivo público en el marco de la tensión entre legalidad y eficacia, se resuelve no desde el pensamiento único, sino desde la complementariedad, lo que requiere no poco talento.

La proliferación de entes instrumentales para la gestión de actividades públicas con sometimiento al Derecho Privado no sólo debe entenderse como un notable aumento de influencia del Derecho Privado en lo público, que lo es, sino, sobre todo, como algo profundamente paradójico en la medida que a través de esta vía se ha producido un sobresaliente incremento de la presencia de los poderes públicos en la sociedad. Es decir, mayor intervención de los poderes públicos en la vida social con el concurso del Derecho Privado. En este sentido, puede comprenderse bien la afirmación de algunos analistas sociales cuando señalan que ha sido precisamente el Estado de bienestar, en su concepción clásica, quién más ha tenido que ver con la desafortunada invasión de lo privado en lo público. Claro que muchas actividades económicas que están en manos públicas debieran pasar al sector privado. Claro que es necesario un razonable proceso de simplificación y refundición normativa, y, si se quiere, un proceso de revisión de la normativa existente en muchos aspectos. Todo ello, por supuesto, sin olvidar que de lo que se trata es de que se presten mejor los servicios de interés general y que, a la vez, se promuevan los derechos de los ciudadanos.

La introducción de los sistemas de gestión privada en el ámbito público, siempre que se produzcan de manera coherente con la propia esencia y naturaleza de la gestión pública, no ofrecen mayores problemas. Es más, me atrevería a afirmar que existe un núcleo básico de la gestión y dirección de organizaciones e instituciones que es común a la dimensión privada y a la pública. Lo que, sin embargo, no siempre se tiene presente es que el ciudadano no es cliente al modo empresarial privado, que la concurrencia y transparencia tie-

ne una caracterización singular en lo público y, sobre todo, que la selección del personal debe hacerse en un contexto de mérito y capacidad.

Por tanto, hemos de registrar un proceso de huida del Derecho Administrativo a través de diferentes caminos especialmente destacado en las décadas de los ochenta y noventa del siglo pasado. En el presente, parece que está volviendo al primer plano un nuevo Derecho Administrativo que es, en alguna medida, reacción ante los desaguisados producidos por esta alocada huida y también consecuencia de una nueva forma de aproximarse a los problemas que hoy se plantean en las ciencias sociales, especialmente en nuestra disciplina.

V. NUEVAS TENDENCIAS EN LAS CIENCIAS SOCIALES

Hace unos años Michael Crozier señaló que, a su juicio, todos los procesos de reformas y modernización de la Administración pública fracasados tenían un denominador común: la escasa preocupación por el papel central en el sistema del ciudadano. Es más, quienes hemos tenido cierta experiencia en la conducción de la reforma administrativa bien podemos atestiguar la verdad de este aserto y, también, las dificultades prácticas para su cumplimiento. El ciudadano, en efecto, debe ser el centro de las reformas administrativas y, también, debe ser el centro del Derecho Administrativo desde un entendimiento equilibrado y razonable del interés general en los términos ya planteados en este trabajo.

Hasta ahora, bien lo sabemos y bien lo hemos experimentado años atrás, el papel protagonista lo tenía la propia Administración y sus fenomenales privilegios contemplados tantas veces desde la unilateralidad y desde una peculiar manera de entender el interés general. Así, no era infrecuentemente que la interpretación en cada caso de lo que deba ser el interés general se cerrara sobre el entramado burocrático expulsando cualquier posibilidad de apertura a la vitalidad de lo real. Así las cosas, hoy las modernas tendencias para el estudio y análisis de las ciencias sociales parecen situarse en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, lo que para el tema que ahora nos ocupa tiene, también, gran relevancia en la medida que nos ayuda igualmente a acercarnos al Derecho Administrativo sin prejuicios.

El pensamiento abierto está en las antípodas del pensamiento único, por esencia cerrado, propio de las versiones petrificadas del Derecho Administrativo que son patrocinadas desde el inmovilismo y la resistencia a los cambios que la realidad, la testaruda realidad, una y otra vez se encarga de ponernos

delante de nuestros ojos. El pensamiento abierto me parece que mucho tiene que ver con una actitud metodológica de generosidad para aceptar la realidad tal y como es, sin pretender leerla desde diferentes teorías que buscan que la realidad se adapte a ellas. De ahí que un excesivo apegamiento a las teorías que tradicionalmente han explicado el sentido y alcance de muchas instituciones, hoy es probable que dificulten el entendimiento de los cambios y la presentación. Quizás, también en el Derecho Administrativo Español, como en tantas otras manifestaciones de la ciencia jurídica sea preciso una cierta liberación de prejuicios o estereotipos propios de otras épocas y otros momentos en los que, insisto, su itinerario se asentaba sobre un modelo de Estado y sociedad bien distintos a los de hoy.

Lógicamente, el pensamiento abierto es un pensamiento plural en el que el ejercicio de la libertad del investigador, le llevará por el camino que sea menester, sin que la existencia de dogmas que mutilen su tarea científica, siempre en el marco de las técnicas propias del Derecho Administrativo. El pluralismo es el resultado del ejercicio de la libertad de investigación y es una expresión de la vitalidad y dinamismo de la realidad. Dinamismo que, hoy por hoy, no es sólo una característica cierta del mundo en que vivimos, sino que, además y lógicamente, impregna el ambiente de las instituciones, categorías y conceptos de las ciencias sociales, el Derecho Administrativo entre ellas. Quizás, en ocasiones ese dinamismo sea un tanto desproporcionado y, en ocasiones, de al traste con aproximaciones razonables del sentido y alcance de determinados conceptos. Es decir, el dinamismo no justifica por sí mismo el cambio de orientación y de rumbo de la funcionalidad de numerosas instituciones del Derecho Administrativo, puesto que los cambios y reformas que contemplamos casi a diario no son ni certificados de calidad ni patentes de curso de legitimidad académica. Es más, tantas veces no son más que la expresión de una manera radical de entender los cambios, que lejos de postular, cuando proceda, determinados aspectos susceptibles de mejora, propician transformaciones radicales, hoy sin sentido. De todas maneras, es conveniente, a mi juicio, registrar que el pensamiento dinámico puede suministrar buenos caminos para entender la proyección del Derecho Administrativo sobre el mundo en que vivimos. Además, no podemos olvidar que el llamado pensamiento estático debe ser puesto en cuestión ya que, de alguna manera, las instituciones operan sobre la realidad, no sobre la abstracción, y el investigador del Derecho Administrativo debe navegar en el mundo real, sin que, por otra parte, la realidad le condicione del tal manera que pierda el sentido crítico necesario para señalar las tachas que, tantas veces, el BOE expresa como consecuencia de lo apresurado de la producción normativa de la Administración.

En España tenemos un modelo de Estado compuesto, coloquialmente denominado Estado de las Autonomías, en el que efectivamente existe una pluralidad de Administraciones con competencias propias para la gestión de sus respectivos intereses. Siendo de competencia estatal las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, dice el artículo 149.1.18 de nuestra Constitución, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas. Igualmente, es de competencia del Estado el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, así como la legislación sobre expropiación forzosa, legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas. Por tanto, a la hora de estudiar las instituciones en el marco constitucional, como se viene haciendo desde 1978, es necesario tener muy presente este precepto de forma y manera que se preserve, en el contexto de las especialidades organizativas de cada Comunidad Autónoma, el tratamiento común que se debe ofrecer a los administrados, cuya regulación, por razones obvias, se encuentra en manos del Estado.

Otra característica, a mi juicio relevante, de las nuevas tendencias observadas en las ciencias sociales, se refiere al pensamiento compatible o complementario que, ciertamente, se encuentra en las antípodas de lo que hemos llamado pensamiento único. Sistema que, en el caso que nos ocupa, reclama la existencia del Derecho Administrativo clásico como único Ordenamiento aplicable a cualquier relación jurídica en que tome parte la Administración pública como tal o en perspectiva instrumental. Para esta manera de contemplar la realidad administrativa, la Administración en cuanto dueña del interés general, requiere un Derecho construido para diseñar los privilegios y prerrogativas que acompañan su existencia y que le permiten la gestión de los intereses generales. Desde este punto de vista, la unilateralidad del privilegio y la prerrogativa se extiende sobre todo el amplio mundo de la acción administrativa originando un conjunto de relaciones jurídicas peculiares que han tenido en la exorbitancia la nota más características. Es decir, lo importante y relevante del Derecho Administrativo en esta concepción es la Administración y sus privilegios. Sin embargo, la llegada de la Constitución y del sistema democrático a España en 1978 han abierto quiebras bien amplias en todo esta construcción de forma que, al entenderse el interés general hacia los ciudadanos, nos encontramos con que, efectivamente, el nervio que ha de discurrir por todos los conceptos, categorías e instituciones del Derecho Administrativo pasa de la prerrogativa a la garantía de los derechos de los ciudadanos, particulares o administrados. No es que se anulen, sólo faltaría, las potestades, que no prerrogativas o privilegios de la Administración, sino que precisamente esas po-

testades se van a justificar en la medida en que garanticen o aseguren los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto el Derecho Administrativo, como ha señalado agudamente González Navarro, es el Derecho del Poder para la libertad, sintetizando certeramente el sentido del Derecho Administrativo en el marco constitucional y teniendo presente el sistema del pensamiento compatible o complementario.

Desde esta metodología del pensamiento moderno puede entenderse bien que entre conceptos que enfrentó en su día el pensamiento ideologizado, variante del pensamiento único, como lo público y lo privado, hoy, más que barreras infranqueables, encontramos puentes que ayudan a entender en clave de complementariedad dichas realidades. Es más, me atrevería a firmar que incluso el concepto moderno de libertad lleva ínsito, en su misma esencia, la idea de solidaridad.

Desde los postulados de las modernas tendencias de las ciencias sociales encontramos nuevos caminos para buscar los espacios de equilibrio entre poder y libertad sobre los que asentar las modernas instituciones del Derecho Administrativo Constitucional. En esta tarea llevamos ya algunos años trabajando. No es fácil ni sencilla porque el peso del pasado y el necesario sentido del principio de conservación y continuidad de las instituciones demandan planteamientos abiertos, plurales, dinámicos y complementarios en el marco del servicio objetivo al interés general, principal tarea que la Constitución encomienda a la Administración y que tanto tiene que ver con el Derecho Administrativo

VI. LA FUNCIÓN GARANTIZADORA Y ASEGURADORA DE LOS PODERES PÚBLICOS

Siendo, como es, el interés general el elemento clave para explicar la funcionalidad de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho, interesa ahora llamar la atención sobre la proyección que la propia Constitución atribuye a los poderes públicos.

Si leemos con detenimiento nuestra Carta Magna desde el principio hasta el final, encontraremos una serie de tareas que la Constitución encomienda a los poderes públicos y que se encuentran perfectamente expresadas en el preámbulo cuando se señala que la nación española proclama su voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”. Más ade-

lante, el artículo 9.2 dispone que los poderes públicos remuevan los obstáculos que impidan el ejercicio de la libertad y la igualdad promoviendo dichos valores constitucionales. En materia de derechos fundamentales, también la Constitución, como lógica consecuencia de lo dispuesto en el artículo 10 de la Carta Magna, atribuye a los poderes públicos su aseguramiento, reconocimiento, garantía y protección. En el mismo sentido, por lo que se refiere a los principios rectores de la política económica y social, la Constitución utiliza prácticamente las mismas expresiones anteriores.

Estos datos de la Constitución nos permiten pensar que, en efecto, el Derecho Administrativo en cuanto Ordenamiento regulador del régimen de los poderes públicos tiene como espina dorsal la contemplación jurídica del poder para las libertades.

Esta función de garantía de los derechos y libertades define muy bien el sentido constitucional del Derecho Administrativo y trae consigo una manera especial de entender el ejercicio de los poderes en el Estado social y democrático de Derecho. La garantía de los derechos, lejos de patrocinar versiones reduccionistas del interés general, tiene la virtualidad de situar en el mismo plano el poder y la libertad, o si se quiere, la libertad y la solidaridad como dos caras de la misma moneda. No es que, obviamente, sean conceptos idénticos. No. Son conceptos diversos, sí, pero complementarios. Es más en el Estado social y democrático de Derecho son conceptos que deben plasmarse en la planta y esencia de todas y cada una de las instituciones, conceptos y categorías del Derecho Administrativo.

En materia de derechos fundamentales, el artículo 27.3 dispone que “los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Precepto que expresa la dimensión de la libertad educativa aplicada sobre los padres. Garantizar el ejercicio de un derecho fundamental, siguiendo el artículo 9.2 de la Carta Magna, implica una disposición activa de los poderes públicos a facilitar la libertad. Es decir, se trata de que la Administración establezca las condiciones necesarias para que esta libertad de los padres se pueda realizar con la mayor amplitud posible, lo que contrasta, y no poco, con la actividad de cierta tecnoestructura que todavía piensa que el interés general es suyo, encomendando el ejercicio de dicha libertad a órganos administrativos. Promover, proteger, facilitar, garantizar o asegurar las libertades constituye, pues, la esencia de la tarea de los poderes públicos en un Estado social y democrático de Derecho. Por ello, la actuación administrativa de los poderes públicos debe estar presidida por estos criterios.

Más intensa, todavía, es la tarea de garantía y aseguramiento de los principios rectores de la política económica y social. En este sentido, el artículo 39 de la Constitución señala en su párrafo primero que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Es decir, el conjunto de los valores y principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra la familia, deben ser garantizados por los poderes públicos, ordinariamente a través de la actividad legislativa y, sobre todo, desde la función administrativa pues la ley está para lo que está, y no se puede pedir al legislador que contemple todos los supuestos habidos y por haber. Protección de la familia, promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (artículo 40). Garantía de un sistema público de Seguridad Social (artículo 41), protección de la salud (artículo 43), derecho al medio ambiente (artículo 45), derecho a la vivienda (artículo 47)... En todos estos supuestos se vislumbra una considerable tarea de los poderes públicos por asegurar, garantizar, proteger y promover estos principios, lo que, pensando en el Derecho Administrativo, supone un protagonismo de nuestra disciplina desde la perspectiva del Derecho del poder para la libertad, insospechado años atrás.

En este capítulo interesa llamar la atención sobre el contenido del párrafo tercero del artículo 53 de la Constitución, en materia de garantías de las libertades y derechos fundamentales: “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (de los principios rectores de la política social y económica) informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Pienso que para un profesor de Derecho Administrativo no debe pasar inadvertido que dicho precepto está redactado bajo la rúbrica de la protección de los derechos fundamentales, lo cuál nos permite señalar que en la tarea de promoción, aseguramiento y garantía de los principios rectores de la política social y económica, los derechos fundamentales tienen una especial funcionalidad. Es decir, la acción de los poderes públicos en estas materias debe ir orientada a que se ejerzan en las mejores condiciones posibles todos los derechos fundamentales por parte de todos los españoles.

Esta reflexión engarza perfectamente con el sentido y alcance del interés general en el Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que, como señalé con anterioridad, hoy el interés general tiene mucho que ver con los derechos fundamentales de las personas.

Como es sabido, los derechos fundamentales “constituyen la esencia misma del régimen constitucional”(sentencia del Tribunal Constitucional de 21

de febrero de 1986) y son “elementos esenciales del Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica” (sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981). Como nervio central de la Constitución que son los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no duda en reconocer “el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales” (sentencia de 16 de octubre de 1984), por lo que, lógicamente, la acción netamente administrativa de los poderes públicos debe estar orientada a que precisamente los derechos fundamentales resplandezcan en la realidad, en la cotidianeidad del quehacer administrativo.. En este sentido, una parte muy considerable del Derecho Administrativo que denomino Constitucional debe estar abierto a proyectar toda la fuerza jurídica de los derechos fundamentales sobre el entero sistema del Derecho Administrativo: sobre todos y cada uno de los conceptos, instituciones y categorías que lo conforman. Obviamente, la tarea comenzó al tiempo de la promulgación de la Constitución, pero todavía queda un largo trecho para que, en efecto, las potestades públicas se operen desde esta perspectiva. Ciertamente, las normas jurídicas son muy importantes para luchar por un Derecho Administrativo a la altura de los tiempos, pero las normas no lo son todo: es menester que en el ejercicio ordinario de las potestades, quienes son sus titulares estén embebidos de esta lógica constitucional, pues, de lo contrario, se puede vivir en un sistema formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Los derechos fundamentales, como sabemos bien, han jugado un papel de primer orden en la configuración del constitucionalismo. En origen, cumplían su papel como espacios exentos a la intervención del poder, lo cuál ha sido relevante para, sobre esta formulación, construir una nueva funcionalidad desde su inserción en el Estado social y democrático de Derecho entendido desde una perspectiva dinámica. Así, además de barreras a la acción de los poderes públicos, empezaron a entenderse, también, como valores o fines directivos de la acción de los poderes públicos como bien apuntara entre nosotros Pérez Luño. Quizás, como apuntaba antes, sea la consecuencia de la interpretación del artículo 53 de la Constitución en su aplicación dinámica sobre la acción administrativa.

Ahora, cuando la Administración actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo profesional la sensibilidad constitucional, por lo que debe acostumbrarse a asumir su papel de poder comprometido en la efectividad de los parámetros constitucionales, entre los que los derechos fundamentales encuentran un lugar muy destacado.

Los derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional desde el principio, “son los componentes estructurales básicos, tanto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política” (sentencia de 11 de abril de 1985). Es decir, informan el conjunto del Derecho Público y, por tanto, la construcción del nuevo Derecho Administrativo debe partir de su consideración, lo que trae consigo, como sabemos, la necesidad de releer y replantear tantas y tantas instituciones que, entre nosotros, se han explicado desde una perspectiva demasiado, en ocasiones, pegada a la prerrogativa y al privilegio.

En este contexto, se entiende perfectamente que el ya citado artículo 9.2 de la Constitución implique, no sólo el reconocimiento de la libertad e igualdad de las personas o de los grupos en que se integran sino que, y esto es lo relevante en este momento, demanda de los poderes públicos la tarea de facilitar el ejercicio de las libertades, lo que poco tiene que ver con una Administración que se permite, nada más y nada menos, que interferir en el ejercicio de determinadas libertades públicas y derechos fundamentales.

Quizás algún lector podrá pensar que aquí se mantiene una posición absoluta sobre los derechos fundamentales. En modo alguno. Los derechos fundamentales, salvo el derecho a la vida, pueden estar sometidos, en determinados casos, a límites derivados del orden público, porque aunque sean muy importantes, no pueden ser el expediente para la comisión de delitos, obviamente. También pueden delimitarse por razones de interés general: es el caso, dudoso, de la propiedad inmobiliaria y el plan urbanístico. Igualmente, expropiación forzosa, puede ser que su ejercicio deba ceder ante relevantes exigencias de la denominada utilidad pública o interés social. Se puede afirmar, en este contexto, que ni el interés general, ni los derechos fundamentales son absolutos. A renglón seguido es menester matizar que lo que es absoluto, en la mejor tradición kantiana, es la persona humana, que nunca puede tener la condición de medio porque no lo es; es una realidad a la que el Derecho Público debe prestar atención para que el conjunto de la acción administrativa esté dirigida precisamente a hacer posible el ejercicio efectivo de todos los derechos fundamentales por todos los ciudadanos, especialmente los más desfavorecidos.

VII. EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

El marco del Derecho Administrativo, ya lo hemos señalado, no puede ser otro que la Constitución, de manera que las instituciones, categorías y con-

ceptos que configuran nuestra disciplina encuentran sus pilares y fundamentos en la Constitución de 1978. Pilares y fundamentos que, en mi opinión, se encuentran en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 9, 10, 24, 31, 53 y 103.

Del preámbulo, pienso que podemos entresacar algunos conceptos jurídicos indeterminados que la soberanía nacional ha querido que quedaran para la posteridad, tales como “orden económico y social justo”, “imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”, “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”, o “asegurar a todos una digna calidad de vida”. Se trata de que en el desarrollo del Derecho Administrativo moderno se tenga bien presente que la economía esta modulada por la justicia, que el principio de legalidad es columna vertebral del sistema sin que, por ello, los supuestos de deslegalización o la proliferación de reglamentos independientes produzca una desnaturalización de la sustancia constitucional del Derecho Administrativo. Igualmente, la facultad de dictar Decretos-Leyes debe operarse de forma extraordinaria, la urgencia en las expropiaciones también debe ser excepcional y, en general, el sometimiento de la Administración a los procedimientos ordinarios establecidos en las Leyes ha de ser el supuesto normal, evitando que la urgencia trastoque el régimen ordinario de algunas instituciones. También en el preámbulo se reconoce la protección de los derechos humanos, elemento central del Ordenamiento jurídico. Se prevé, en el mismo preámbulo, la protección de los pueblos de España en el ejercicio de su identidad colectiva, expresada en los hechos diferenciales derivados de la lengua, la cultura, la lengua o las instituciones propias. Llama la atención que el párrafo en que se trata de los derechos humanos es el mismo que el dedicado al reconocimiento de las singularidades de los Entes autonómicos, como si el constituyente quisiera advertir la necesidad del pensamiento abierto y plural que hace compatible el derecho fundamental de la persona con los derechos derivados de las identidades colectivas. Finalmente, por lo que se refiere al preámbulo, deberemos de referirnos a esa magna tarea que la Constitución encomienda a los poderes públicos, cuál es la de asegurar a todos una digna calidad de vida.

Por lo que se refiere al artículo 1, debemos destacar que en él se recoge la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que, como queda señalado, debe entenderse, desde mi punto de vista, de acuerdo con los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. De ahí que, en esta perspectiva, la tendencia del Estado a apropiarse de la sociedad a través de la interpretación unilateral y tecnoestructural del interés general, debe superarse hacia planteamientos en los que la función de los poderes públi-

cos asuman posiciones de búsqueda compartida del propio interés general teniendo presentes cuantas instituciones sociales se encuentran comprometidas por el bienestar integral de los ciudadanos. Los tiempos de las versiones autoritarias del interés general ya han pasado y, por ello, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, entendida desde estos parámetros encuentra su lógico desarrollo, por lo que se refiere a nuestro tema, en algunos de los preceptos ya aludidos, como el 9.2 o el 53 de la Constitución.

Por lo que se refiere al artículo 9, a lo ya comentado anteriormente señalar que en el párrafo primero se consagra el sometimiento pleno y total de la actividad de los poderes públicos a la Ley y al resto del Ordenamiento jurídico, eliminando cualquier vestigio que pudiera quedar de la etapa preconstitucional en relación con la existencia de espacios opacos al control judicial o exentos del mismo, tal y como ha venido ocurriendo hasta la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con los llamados actos políticos. Sin embargo, lo más relevante a los efectos de este trabajo, se encuentra en el párrafo segundo pues establece el llamado principio promocional de los poderes públicos. Principio que tiene una dimensión positiva y otra negativa. La negativa se refiere a la remoción de obstáculos que dificulten el ejercicio de la libertad y la igualdad por los ciudadanos individualmente considerados o en los grupos en que se integren. Y la positiva alude a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

Ambas dimensiones, la positiva y la negativa, tienen tanta trascendencia, que, en alguna medida, puede decirse que ayudan a entender el sentido del nuevo Derecho Administrativo que la propia realidad nos muestra cotidianamente. Primero, porque el precepto encomienda al Derecho Administrativo el establecimiento de las condiciones que hagan posible la libertad y la igualdad, comprometiéndose en la promoción de dichos valores constitucionales. Y, de otra parte, el precepto establece un límite a la acción de los poderes públicos en cuanto manda a la Administración, y por ende al Derecho Administrativo, impedir u obstaculizar a las personas y grupos en que se integren el ejercicio de la libertad y la igualdad por parte de los ciudadanos. En otras palabras, el Derecho Administrativo Constitucional debe, a través de sus fuentes, facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales, singularmente la libertad y la igualdad. A la misma conclusión llegaremos a partir del artículo 53.3 de la Constitución tal y como, en algún sentido, se ha comentado ya con anterioridad.

En el artículo 10.1 encontramos una declaración solemne en la que el constituyente señala, con toda solemnidad, cuales son los fundamentos del or-

den político y la paz social, conceptos obviamente estrechamente vinculados a lo que puede entenderse por interés general constitucional: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás. Por tanto, desde otra perspectiva, nos encontramos con que, efectivamente, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y sus derechos fundamentales se nos presentan en el marco de lo que puede entenderse por interés general y, por ello, como componentes esenciales de un Derecho Administrativo concebido como Derecho del poder para la libertad. Quizás, así pueda comprenderse mejor el alcance de la jurisprudencia constitucional citada así como algunas afirmaciones de la doctrina científica que no han dudado en destacar el interés general en la promoción y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

El artículo 24. 1 de la Constitución española es, probablemente, uno de los preceptos que más incidencia ha tenido y está teniendo en la adecuación del Derecho Administrativo a la Constitución. Esto es así porque un Derecho Administrativo montado sobre la autotutela necesariamente choca, y a veces frontalmente, con una disposición que reza: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Los términos del artículo son bien claros y requieren de la revisión de algunos dogmas del Derecho Administrativo en que se confiere a la propia Administración pública la condición simultánea de juez y parte. Ahora, la tutela más importante está radicada en los tribunales y, por otra parte, la prohibición de la indefensión nos plantea no pocos problemas con interpretaciones unilaterales de la ejecutividad y ejecutoriedad administrativa. De ahí, por ejemplo, el impacto que ha tenido este precepto en la construcción de una justicia cautelar que sitúe en un contexto de equilibrio estos principios.

El artículo 31.2 dispone “ el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. Traigo a colación este precepto porque desde el punto de vista jurídico establece algunos criterios constitucionales que están muy conectados con el funcionamiento de la Administración pública, y por ello, del Derecho Administrativo. La equidad en la asignación del gasto público trae consigo muy importantes consideraciones en toda la teoría de la planificación. En el mismo sentido, los criterios de eficiencia y economía ayudan a entender el significado de determinadas políticas públicas instrumentadas a través del Derecho Administrativo que desconocen el contenido general de estos principios o parámetros constitucionales.

Por su parte, el artículo 53.3 ya aludido anteriormente, como corolario necesario de la cláusula del Estado social de Derecho, dispone, en sede de garantías de libertades y derechos fundamentales, nada menos que los principios rectores de la política social y económica “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Es decir, los poderes públicos, además de estar vinculados por los derechos fundamentales (artículo 53.1 CE) deben tener presente en su actuación los principios rectores señalados en los artículos 39 a 52 de la Constitución.

Y, finalmente, el artículo 103. 1 dice, como bien sabemos, que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. En este precepto se encuentran, a mi juicio, los elementos centrales que deben integrar las matrices del Derecho Administrativo Constitucional: instrumentalidad, objetividad e interés general. Por lo que se refiere al sometimiento a la Ley y al Derecho; esto es, al entero sistema jurídico, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 106. 1, también de la Constitución: “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Así, puede decirse que, en efecto, el Derecho Administrativo bascula sobre el concepto del interés general que, además de definir esencialmente lo que debe ser la actuación administrativa, constituye, igualmente, un relevante patrón de enjuiciamiento de la actividad administrativa. No es baladí, pues, que el interés general adquiera tal protagonismo porque, como veremos enseguida, el Derecho Comunitario Europeo acaba de alumbrar algunos nuevos conceptos rubricados con esta metodología que vienen a ser, en alguna medida, conceptos deudores de una nueva interpretación y entendimiento de lo que está empezando a ser el nuevo Derecho Administrativo.

VIII. LA VUELTA AL DERECHO ADMINISTRATIVO

En efecto, la realidad nos está mostrando hasta qué punto hoy emerge con fuerza un nuevo Derecho Administrativo como Derecho del poder para la libertad. Sólo con situarnos en el mundo del denominado del servicio público de naturaleza económica, comprobamos el alcance y la dimensión de la eclosión de una nueva regulación que surge por la necesidad de preservar y asegurar el interés general en entornos abiertos a la libertad, antaño objeto de monopolio.

La consecuencia de los cambios viene, insisto, de la mano de la realidad y de la fuerza de la libertad solidaria en el contexto del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario. Por ello, en el marco de la Unión Europea, el concepto tradicional de servicio público al que acompañan los dogmas de la titularidad pública y la exclusividad tenía poco que hacer porque el espacio europeo hoy es un espacio que no comulga ni con los monopolios ni con una consideración unilateral del interés general. Probablemente por eso, cuando se alumbra el concepto de servicio de interés general para caracterizar los nuevos servicios públicos europeos susceptibles de explotación económica, una parte significativa de la doctrina científica pensó que el cielo se nos venía encima, que había que preparar ya un digno funeral al Derecho Administrativo y que tendríamos que defendernos con uñas y dientes frente a un invasor dispuesto a desmontar, uno por uno, todos los conceptos, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Sin embargo, para sorpresa de propios y extraños, nos encontramos con una mayor regulación administrativa consecuencia de la necesidad de garantizar las denominadas obligaciones de servicio público de dichos servicios de interés general.

Lo que está pasando en este sector demuestra, a mi juicio, que estamos ante un nuevo Derecho Administrativo más sensible a la realidad y más comprometido con la libertad. En el caso europeo, es bien sabido que cuando se estaba buscando una denominación adecuada para configurar el concepto de los nuevos servicios públicos en un mundo de libre competencia, no pareció oportuno ni mantener la expresión francesa, porque ya no respondía a la realidad, ni tampoco el término anglosajón “public utilities” en la medida en que tampoco se era partidario de la regulación mínima. Se encontró un concepto que recogió la mejor de la tradición francesa y lo mejor de la tradición anglosajona y, así, desde una perspectiva de integración apareció el nuevo concepto.

Es verdad que al principio la jurisprudencia comunitaria se dejó guiar quizás por una interpretación demasiado economicista, para, más adelante, emprender un camino, espero que sin retorno, en el que el equilibrio libertad económica-interés general es la línea fundamental de interpretación.

En el Derecho Administrativo español nos encontramos, en materia de sectores regulados, además que con la existencia de Administraciones independientes encargadas de velar por la competencia en el sector, con normas administrativas que establecen obligaciones de servicio público. Esto es, Derecho Administrativo para preservar el interés general.

En la medida en que se abren a la libertad espacios antes dominados por el monopolio, el Derecho Administrativo está llamado a jugar un importante papel. En la medida en que ahora la Administración, y todos los poderes públicos, tienen la misión constitucional de hacer posible la libertad y la igualdad, aparece un nuevo Derecho Administrativo. En la medida en que la autotutela administrativa ha de ser compatible con la tutela judicial cautelar, nuevo derecho Administrativo. En la medida en que la autonomía y la unidad, junto a la integración y a la solidaridad, caracterizan nuestro modelo de Estado, nuevo Derecho Administrativo. En fin, en la medida en que la acción pública ha de estar impregnada por la promoción de los derechos fundamentales y los principios rectores de la política social y económica, nuevo Derecho Administrativo.

Vuelve el Derecho Administrativo, eso sí, con nuevos contornos y perfiles, con un nuevo colorido que deriva de la Constitución española y europea. La huida del Derecho Administrativo de décadas atrás pasó a la historia porque incluso cuando aparece el Derecho Privado como Ordenamiento al que se sujeta la Administración, hay materias que mantienen su dependencia de los principios básicos de lo público tal como la selección del personal y la contratación.

Sí, nuevo Derecho Administrativo, pero desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales

Encarnación Montoya Martín

Profesora Titular de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y SUS MODOS DE GESTIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LEY 57/2003: el art. 85.2 LBRL. A) Uniformidad con el modelo estatal. B) Especialidades del régimen de los Organismos autónomos (OA) y Entidades públicas empresariales (EPES) en el ámbito local: el art. 85 bis LBRL. C) La Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma (art. 85. ter LBRL). D) La Gestión indirecta: remisión a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el art. 156 TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RDL 2/2000, de 16 de junio (TRLACP). E) La reordenación de las sociedades mercantiles locales: Disposición Adicional Duodécima de la LMMGL. III. EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL Y DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA: A) Los contratos de la empresa pública mercantil con terceros: 1. El concepto de Organismo de Derecho público en el Derecho comunitario. 2. La reforma del TRLCAP por el art. 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. 3. La jurisdicción competente para fiscalizar los requisitos de capacidad, publicidad, procedimientos y formas de adjudicación de los contratos de las sociedades mercantiles públicas. B) Las encomiendas o encargos de la Administración matriz con las empresas públicas mercantiles: Contrato *versus* consideración de medio propio: 1. Desde la vertiente del ordenamiento jurídico interno. 2. Desde la vertiente del Derecho comunitario: la STJUE de 13 de enero de 2005. C) La modificación del TRLCAP por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La reforma de los servicios locales y sus formas de gestión tiene como presupuesto una definición positiva y actualizada de las competencias locales, en

línea con la Carta Europea de la Autonomía Local¹ y las Recomendaciones del Consejo de Europa para su aplicación en España. Así se ha puesto igualmente de manifiesto en el Primer borrador del Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España² estos días sometido a intenso debate y discusión.

Dado que en la Constitución la autonomía que se predica de los municipios, provincias y CCAA que se constituyan lo es para la gestión de sus intereses respectivos, y no cabe hablar de gestión de intereses sin que se ostenten las competencias necesarias para ello, debemos concluir que la autonomía local proclamada en nuestra Carta Magna presupone un contenido competencial sobre el que proyectarse. El problema deriva de que la autonomía local se ha desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico centrado en la posición formal de la Administración local respecto de las demás Administraciones, incluso desde una óptica meramente defensiva en virtud de la doctrina de la garantía institucional elaborada por el Tribunal Constitucional, dando lugar a un concepto de autonomía local hoy por hoy notoriamente insuficiente.

Se trata de llenar de contenido positivo las competencias que conforman la autonomía local y evitar la actual remisión en blanco a las leyes sectoriales para determinar discrecionalmente su contenido. El principio de subsidiariedad desarrollado en el Derecho comunitario aparece como un instrumento adecuado en esta tarea. Además urge actualizar la lista de las competencias y servicios locales a los tiempos que vivimos y despojarlos del sabor decimonónico que tienen algunos de los servicios enumerados por ejemplo en art. 86.3 de la Ley 7/1985, de dos de abril, de Bases de Régimen Local (en adelante LBRL) como mataderos. Hay que hacer notar que el propio concepto de servicio público local que maneja la LBRL está necesitado de *aggiornamento*, dado la era privatizadora y liberalizadora en la que nos encontramos y que ha transformado el concepto clásico subjetivo de servicio público en la noción de servicio universal y en obligaciones de servicio público. Esto conlleva asimismo un cambio en el papel de la Administración local que ha de tener potestades ordenadoras y de control sobre tales actividades cuya satisfacción ha de garantizar en niveles de universalidad, regularidad y calidad.

¹ Adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de junio de 1985 y abierta a la firma de los Estados miembros el 15 de octubre del mismo año. Ha sido ratificada por España el 20 de enero de 1988.

² Art. 2, apartado 2º, de la Orden APU/2648/2004, de 27 de julio (BOE de 4 de agosto).

II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y SUS MODOS DE GESTIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LEY 57/2003: el art. 85.2LBRL

A) Uniformidad con el modelo estatal.

La LBRL, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno local (LMMGL), ha supuesto la incorporación a nivel local de la clasificación que de los organismos públicos ha realizado la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE). Esta opción viene a confirmar que el Título III de la LOFAGE debería haber tenido la calificación de legislación básica en virtud del art. 149.1.18CE³. En definitiva, la finalidad de la reforma ha sido uniformar las modalidades organizativas instrumentales a imagen y semejanza de la LOFAGE, pero desde perspectivas distintas, pues mientras que la LOFAGE se sitúa en el Título III desde la vertiente de las modalidades de organización de la Administración institucional del Estado, en definitiva, la teoría de la organización, en cambio los arts. 85, 85 bis y 85 ter (tras la LMMGL) se posicionan exclusivamente desde la más estrecha perspectiva de las modalidades de gestión de los servicios públicos⁴. A nuestro juicio este enfoque explica la llamativa ausencia de un concepto de empresa pública local, por contraste con la legislación estatal y autonómica. Esta perspectiva más encorsetada de la normativa local provoca algunas confusiones en particular por lo que se refiere a la necesidad de seguir o no el denominado *expediente de municipalización* (art. 97 TRRL en todos sus trámites) para todo tipo de actividades, también para la prestación de servicios públicos locales estricto sensu, incluidos los servicios mínimos obligatorios del art. 26 LBRL y los

³ Vid. la STC 14/1986, de 5 de marzo, caso de la “*Sociedad pública especial Vasca*”, una sociedad mercantil nueva y distinta de la SA, regulada en la Ley 12/1983, de 22 de junio, de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, en la que el TC afirmó: “la regulación que de las sociedades especiales se realiza en la Ley impugnada, posee un notorio carácter público, en cuanto rectora de la actuación de entes de tal naturaleza, merced a la creación de una forma societaria atípica, como instrumento de acción administrativa, lo que en esencia no es otra cosa que incidir en el régimen jurídico de las Administraciones públicas, lo que está reservado en exclusividad al Estado- en cuanto al establecimiento de sus bases- en el art.- 149.1.18 de la CE (...) porque si existe alguna institución cuyo encuadramiento pueda realizarse del modo más absoluto dentro de la amplia rúbrica “régimen de las Administraciones públicas” ésta es precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación, en cualquiera de sus posibilidades legales, una de ellas la que aquí se contempla”.

⁴ Vid. Romero Hernández, F. “Los modos de gestión de los servicios públicos en el Proyecto de Ley de Medidas para la Modernización del Gobierno local (PLMGL)”, *Cosital*, nº 69, 2003, págs.15 y ss.

reservados (art. 86.3 LBRL), o sólo para el ejercicio de la iniciativa pública en la economía⁵. El TS ha mantenido criterios dispares, pero más recientemente ha sostenido en la sentencia de 1 de febrero de 2002 (Arz. 1590) que la creación de empresas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales exige asimismo un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida. En el pleito se discutía si la creación de una sociedad mercantil municipal, –en el caso la Sociedad Municipal Residuos Sólidos Urbanos, SL–, que tenga por objeto un servicio público local esencial, como sostenía el Ayuntamiento de Marbella, implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 CE y, en consecuencia, exige como presupuesto, la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida a que se refiere el art. 86.1 LBRL y 97 TRRL⁶.

Esta exportación del régimen estatal a la Administración local lleva aparejado el traslado de las virtudes, pero también de los defectos del régimen de los organismos públicos efectuada por la LOFAGE.

En nuestra opinión, en el haber de la trasposición del modelo estatal se encuentra el criterio de racionalización aportado por la LOFAGE consistente en el establecimiento de una correspondencia entre forma jurídica elegida y

⁵ Como afirma Del Guayo desde la autonomía local y de acuerdo con las tendencias descentralizadoras “parece conveniente que se reconozca a las EELL su condición de agentes de promoción económica y es necesario destacar que los entes locales puedan desarrollar todo tipo de iniciativas económicas en beneficio de los vecinos. Sin embargo, el ámbito de la libre iniciativa económica está oscurecido en la legislación de régimen local, pues se mezcla con el ámbito de los servicios esenciales reservados o servicios públicos, (...) resulta conveniente seguir clarificando la distinción entre los dos grandes ámbitos de la actividad local, en beneficio, simultáneamente, de ambas perspectivas, porque si se acierta a separar de la categoría de los servicios públicos locales las actividades o servicios económicos propios de la iniciativa local se liberará a estos últimos de ciertas limitaciones que las normas imponen, tanto en la creación como en la gestión de los servicios públicos, y, desde la perspectiva de la libertad de empresa, surgirán igualmente beneficios si se clarifica definitivamente la distinción entre ambas cosas, pues los monopolios y formas asimiladas serán posibilidades abiertas, exclusivamente, en aquellas actividades que sean, en sentido estricto, servicios públicos locales” en “La gestión de servicios públicos locales”, *RAP*, nº 165, 2004, pág.129.

⁶ El TS ha afirmado a este respecto: “En el caso examinado, (...) el expediente cuya tramitación exige la Ley no ha existido, como expresamente reconoce el Ayuntamiento. **La naturaleza y finalidad de dicho expediente lo convierten en presupuesto procedimental esencial para legitimar la inmisión del poder público en la actividad económica privada, tal como aparece configurado en la Ley de acuerdo con los principios constitucionales. Por ello, (...) la ausencia de expediente previo implica la nulidad de pleno derecho a que se refiere el art. 62.1 e) de la Ley 30/1992**”.

fin o actividad como límite a la discrecionalidad de la Administración en la elección de los ropajes jurídicos⁷. Así pues a tenor del art. 45.1 LOFAGE la fórmula del Organismo Autónomo (OA) ha de ser utilizada para la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos. En cambio, las actividades propias de las Entidades públicas empresariales (EPES) a tenor del art. 53 LOFAGE son la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. A sensu contrario, el OA no puede ser utilizado para actividades de producción bienes o gestión de servicios en régimen de mercado, toda vez que al tratarse de una fórmula de Derecho administrativo no es apta para el ejercicio de la potestad de iniciativa pública en la economía (art. 128.2CE)⁸. Por su parte, las EPES no pueden tener encomendadas actividades administrativas de fomento.

El criterio implantado por la LOFAGE se ha visto completado desde la vertiente presupuestaria por el art. 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria que clasifica a las entidades integrantes del sector público según su naturaleza económico-financiera en los siguientes sectores: sector público administrativo, sector público empresarial y el sector público fundacional. A tal efecto, la referida ley establece como características determinantes de la pertenencia al sector empresarial el que la actividad principal consista en la producción de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, y que mayoritariamente se financien con ingresos comercia-

⁷ Vid. Pérez Moreno, A-Montoya Martín, E. "Formas jurídicas del sector empresarial del Estado en la era de las privatizaciones", *RAAP*, nº 39, 2000, págs 53-103.

⁸ No compartimos el criterio del profesor Mestre Delgado, J.F. cuando afirma que el Organismo autónomo resulta útil no sólo para la prestación de servicios públicos, sino también para el desarrollo de actividades económicas como resultado de la iniciativa pública en la actividad económica, posibilidad que se encontraría limitada sólo por la necesidad de respetar las reglas de la competencia, toda vez que del art. 45 LOFAGE al que reenvía expresamente el art. 85.bis LBRL, no se desprende dicha posibilidad. Además el constituir una fórmula de Derecho Administrativo la convierte en un ropaje poco ágil para actuar en el mercado según las reglas de la competencia y de la igualdad con la empresa privada que impone nuestra CE. A ello se añade que en el ámbito local que aquí nos importa, el art. 85 bis 1.LBRL contempla las modalidades organizativas de los OA y EPES **para la gestión directa de los servicios de la competencia local** –insisto– remitiendo su régimen jurídico a lo dispuesto en la LOFAGE con las especialidades previstas en el precepto. "Las formas de prestación de los servicios públicos locales tras la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno local", *iustel.com RGDA*, nº 7, dic. 2004, pág. 12. Idem en "Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión", *Tratado de Derecho Municipal*, AA.VV, Muñoz Machado, S. Director, Civitas, Madrid, 2ª edic. 2003, Tomo II, pág. 1460.

les, entendiéndose por tales, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios (art. 3.1.b).

Asimismo, la LOFAGE ha contribuido a fijar con nitidez los límites de la Administración institucional, quedando extramuros las sociedades mercantiles públicas que, al no ser Administración pública, no pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad (DA Duodécima LOFAGE). De ahí que con acierto el art. 85.3 LBRL reformado por LMMGL disponga:

“En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”.

En cambio, en el debe o lista de desaciertos de la LOFAGE se encuentra la significativa ausencia de las fundaciones, cuya omisión se reproduce en el ámbito local, entre las modalidades de gestión de los servicios públicos locales. Hay que tener en cuenta que el art. 3 de la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones contiene una habilitación legal genérica en el art. 8 para que las personas jurídico-públicas constituyan fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario. Además, el Capítulo XI de la Ley lleva a cabo una regulación específica para las denominadas “Fundaciones del sector público estatal”. Por todo ello, ninguna duda cabe de que las Entidades locales pueden crear y participar en fundaciones, cuestión distinta es si pueden ser utilizadas como una modalidad de gestión de los servicios locales. Y, en principio, ninguna objeción se suscita para ello, aunque la legislación local ha de contemplar las especialidades de la utilización de esta fórmula de Derecho privado por la Administración local, en particular su régimen de control.

Centrados en los modos de gestión de los servicios públicos locales la LMMGL se ha caracterizado por su inmovilismo, toda vez que pese a lo que se anuncia en su Exposición de Motivos, el reformado art. 85 LBRL continua con las viejas categorías y no introduce ni una sola referencia a los conceptos de servicios de interés general, servicio universal, servicios de interés económico general u obligaciones de servicio público. Como ha señalado con acierto MARTÍNEZ PALLARÉS⁹ las razones del inmovilismo del legislador estatal

⁹ Martínez Pallarés, PL. “Los servicios públicos locales en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Especial referencia a su incidencia en la legislación de Administración local de Aragón”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 24, 2004 pág. 299.

pueden responder a la conversión de un texto legal inicialmente previsto para la reforma organizativa de los municipios de gran población en una reforma de más amplia incidencia, si bien de manera sobrevenida. En efecto, el art. 85 LBRL en su nueva redacción dispone:

“1.Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia entidad local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma.

B)Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el art. 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”.

B) Especialidades del régimen de los Organismos autónomos (OA) y Entidades públicas empresariales (EPES)en el ámbito local: el art. 85 bis LBRL.

La creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la Entidad local, que aprobará sus estatutos. Hay que recordar que el proceso de creación de un organismo público en la LOFAGE pasa por dos momentos diferenciados: acuerdo de creación y aprobación de sus estatutos. Ambos momentos se distinguen en el art. 61 LOFAGE sobre la base de la Ley de creación del organismo y los estatutos que son aprobados por Decreto del Consejo de Ministros. Lógicamente este planteamiento vertebrado sobre la iniciativa legislativa del Gobierno no puede trasladarse sin más a la esfera local. En el ámbito local la competencia corresponde al Pleno que la ejerce a través de un acuerdo normativa de constitución que deberá contener como mínimo:

- expresión del tipo de organismo que se crea, Organismo Autónomo o entidad pública empresarial;
- indicación del área de actividad encomendada y sus finalidades generales, cumpliendo estrictamente con el principio de especialidad;
- indicación de la Concejalía u órgano equivalente de la corporación local u organismo de adscripción. Al órgano u organismo de adscripción corresponde: ejercer los controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos; autorización para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas y control de eficacia;
- establecimiento de los objetivos que la entidad ha de alcanzar en el área de actividad encomendada, acompañada de una estimación de los recursos humanos, financieros y materiales precisos para su funcionamiento.

En un segundo momento, que puede darse conjunta o sucesivamente, deberá procederse a la aprobación expresa de los correspondientes estatutos, con el contenido mínimo que proclama el art. 85.2 bis LBRL:

- Determinación de los máximos órganos de dirección, ya sean unipersonales o colegiados, forma de designación e indicación de aquellos cuyas resoluciones agotan la vía administrativa. El titular de los máximos órganos de gobierno ha de ser funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos y con más de 5 años de ejercicio en el segundo¹⁰. En los municipios de gran población tendrán la consideración de órganos directivos (art. 130.2 LBRL). Por ende, están sujetos al régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas y al resto de las normas que resulten de aplicación (art. 130.4 LBRL).

En los OA deberá existir un Consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos.

En las EPES deberá existir un Consejo de Administración cuya composición se determinará en sus estatutos. El secretario del Consejo de Administración deberá ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titula-

¹⁰ La norma no especifica la necesidad de vinculación material entre la actividad desarrollada y el objeto del OA en el que se pretende integrar, lo que suscita lógicamente algunas dificultades aplicativas y de control.

ción superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.

- Funciones y competencias, con indicación de las potestades administrativas generales que ésta puede ejercitar. En caso de las EPES, órganos a los que se confiera el ejercicio de potestades administrativas. A este respecto hay que tener en cuenta que el régimen del personal de las EPES por remisión a la LOFAGE, art. 55 es personal laboral y con carácter excepcional personal funcionario. Si el régimen general de su personal es el propio del Derecho laboral se plantea el problema del ejercicio de funciones públicas que las EPES tengan atribuidas por dicho personal laboral, sobre todo, su confrontación con el art. 92.2 LBRL en interpretación dada por la STC 37/2002, de 14 de febrero ¹¹.

¹¹ STC 37/2002, de 14 de febrero, cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas contra el art. 92.2. LBRL y preceptos de la Ley 17/1985 de la Función pública de Cataluña. En el F.J. 5 el TC afirma la opción de la Constitución en los arts. 103.3 y 149.1.18 por el régimen estatutario de los servidores públicos bajo la garantía formal de la reserva de ley, garantía que no excluye el reglamento ejecutivo.

El art. 92.2 LBRL dispone: “Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”. La Sala que plantea la cuestión de inconstitucionalidad se centra en el inciso final al considerar que puede ser contrario a la reserva de ley del art. 103.3CE, en cuanto comprensiva, entre otros aspectos del estatuto funcionarial, de los modos de provisión de los puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas. Considera la Sala que aquí el legislador ha incumplido su función irrenunciable al efectuar en esta materia un apoderamiento a la facultad reglamentaria que excede de los límites permitidos por aquella.

La técnica en cambio del art. 15 de la Ley 30/1984 modificada es la inversa, porque tasa precisamente los puestos que pueden ser ocupados por personal laboral, reservándose todos los demás a personal funcionario. Recuérdese que la versión originaria del art. 15.1 Ley 30/1984, 2 de agosto, encomendaba al Ministerio de la Presidencia determinar los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo, “debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos” se declaró inconstitucional por STC 99/87, al considerar en razón del ámbito objetivo de la reserva de Ley del art. 103.3CE que sólo a la Ley corresponde la regulación del modo de provisión de los puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas. Esto se desprende de la CE, y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador, garantizándose una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo pueden ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionario.

En el F.J 6 de la meritada Sentencia 37/2002 el TC examina el art. 92.2LBRL a la luz de la doctrina expuesta. En efecto, el precepto enumera las funciones que están reservadas a funcionarios,

- Patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y recursos económicos que hayan de financiar el organismo.
- Régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.
- Régimen presupuestario, económico-financiero, contabilidad de intervención, control financiero y control de eficacia, que será en todo caso conformes con la legislación de Haciendas Locales y con lo dispuesto en el Capítulo III Título X de esta Ley¹².

Finalmente, los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público correspondiente (art. 85.bis.3LBRL).

Por su parte, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 57/2003 manda que en el plazo de 6 meses desde su entrada en vigor los plenos de los ayuntamientos deberán adecuar los organismos autónomos y adaptar sus estatutos al régimen del art. 85.bis LBRL. Este mandato de adaptación, por cierto al día de hoy, incumplido de manera generalizada por las Entidades locales, implica:

- adecuación de los actuales organismos autónomos administrativos al organismo autónomo local previsto en la ley, pues la LOFAGE ha suprimido la clasificación de los OA en administrativos y comerciales, industriales, financieros o análogos que proviene de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977.

y que son las funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional. El TC no considera inconstitucional el art. 92.2LBRL pues afirma que en su totalidad y no aislado el precepto contiene una determinación material que sería, por sí suficiente, de las funciones que han de ser ejercidas por funcionarios públicos y, a sensu contrario, de las que no pueden ser encomendadas al personal contratado, el cual no podrá ocupar aquellos puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de las funciones enumeradas en el primer inciso del art. 92.2, esto es, las que impliquen ejercicio de autoridad y las clasificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, ni las que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de función pública.

¹² El Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 23/2004, de 5 de marzo, todavía no ha incluido a las EPES, por lo que ha de estarse a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 57/2003, de 16 de noviembre, que establece: "En tanto no se modifique la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, en las materias previstas en el art. 85 bis, apartado segundo, párrafo f de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, será de aplicación a las entidades públicas empresariales lo dispuesto en la citada Ley 39/1988 en referencia a las sociedades mercantiles locales cuyo capital pertenezca íntegramente a las entidades locales".

- adecuación de los actuales organismos autónomos comerciales industriales financieros o análogos a la fórmula del OA o EPES regulado en el art. 85 bis LBRL.

Por cierto que, aunque no lo prevé expresamente así la Ley, del nuevo art. 85.3 LBRL se desprende con toda claridad que las sociedades mercantiles locales que a la entrada en vigor de la LMMGL ejercen de forma puntual funciones de autoridad deberán adaptarse a la fórmula de la EPES siempre y cuando se quieran mantener las correspondientes potestades y prerrogativas públicas. De ahí la necesidad de haber previsto expresamente este supuesto por el legislador a efectos de conceder el oportuno plazo para la correspondiente adaptación.

C) La Sociedad mercantil local, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local o a un ente público de la misma (art. 85. ter LBRL).

Desde la perspectiva terminológica ahora recibe en sentido estricto el nombre de sociedad mercantil local aquella compañía mercantil de responsabilidad limitada¹³ participada en exclusiva de manera directa o indirecta por la entidad local y que se configura como un modo de gestión directa de los servicios públicos locales.

El art 85 ter LBRL introducido por LMMGL establece:

“1. Las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

2. La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de la misma”.

¹³ Entre las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada queda excluida la Sociedad limitada Nueva Empresa, regulada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, pues esta fórmula limita la posibilidad de ser socio sólo a las personas físicas.

El art. 85 ter viene a transcribir casi literalmente la Disposición Adicional 12 de LOFAGE, en la redacción dada por la Disposición Final Primera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) pero hay algunas diferencias dignas de notar:

- el art. 85 ter añade a la normativa pública el control de eficacia, lo que no significa que antes no estuviesen sujetas a este control en virtud de los arts. 220 y 221 TR Ley de Haciendas Locales (TRLHL) referidos a todas las sociedades dependientes de las Entidades Locales.

- en cambio, el art. 85 ter olvida toda referencia a la normativa patrimonial pública contenida en la LPAP. Esta Ley trata de crear una peculiar especie de SA de capital íntegramente público estatal a las que la Ley reconduce al ámbito público por mor del art. 166.2 y del Título VII. Empero, hay que notar que el referido Título VII no es básico y sólo es aplicable a la Administración General del Estado. Mas no hay que olvidar que en la LPAP sí hay preceptos básicos como los principios aplicables a los bienes y derechos patrimoniales que enumera el art. 8, toda vez que los títulos representativos de capital en sociedades mercantiles son bienes patrimoniales¹⁴.

Con todo, las novedades más significativas que aporta el art. 85 ter son:

- posibilidad de que las sociedades mercantiles locales se constituyan con capital aportado por un OA o EPES local, es decir, se incorpora la participación exclusiva indirecta de la Entidad local;

- remisión a los estatutos para la configuración de la forma de designación y funcionamiento de los órganos de la entidad, con lo que el precepto parece acabar con la especialidad orgánica más característica de las sociedades mercantiles de capital exclusivo local (en la terminología tradicional sociedad privada municipal): que el Pleno de la Corporación se constituya en Junta general de la compañía, que a su vez designa el Consejo de Administración (arts. 90 a 94 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955). Estimo que en el caso de la participación exclusiva directa en la sociedad mercantil local por parte de la Administración municipal continua rigiendo dicha especialidad organizativa. Abogar por su mantenimiento refuerza y subraya la proximidad de la dependencia entre la sociedad mercantil

¹⁴ Vid. Arts. 76 TRRL y 6 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

local como puro ente instrumental en manos de la Administración municipal. Sólo cuando la sociedad mercantil local está participada íntegramente por un OA o EPES se justifica la derogación de dicha especialidad.

-prohibición expresa de desempeñar funciones de autoridad a tenor del art. 85.3 LBRL. Como ya se ha visto, este precepto hay que ponerlo en relación con el art. 92.2 LBRL que produce la identificación del ejercicio de funciones públicas y el ejercicio de autoridad con reserva de su cumplimiento al personal sujeto a estatuto funcionarial. El art. 85.3 LBRL conlleva la necesidad de aclarar la situación de determinadas sociedades de capital exclusivo local que realizan por ejemplo la gestión del sistema tributario, utilizando fórmulas de dudosa legalidad por medio del artificio técnico de considerar a la empresa como un ente de cooperación del tesorero en el ejercicio de sus funciones públicas; o actos de inspección en el caso de sociedades municipales de abastecimiento de aguas; o resolución de expedientes de desahucio administrativo en caso de sociedades promotoras de viviendas sociales; o, actividad subvencional llevada a cabo por las numerosas sociedades de desarrollo local.

Finalmente, hubiera sido conveniente establecer para las sociedades mercantiles locales en el art. 85.ter la exigencia de la aprobación y publicación de sus estatutos (BOP) con carácter previo al inicio de su funcionamiento efectivo como así se prevé por el art. 85.bis.3LBRL para los OA y las EPES.

D) Gestión indirecta: remisión a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el art. 156 TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RDL 2/2000, de 16 de junio (TRLACP).

Se trata de una remisión coherente dado que en dicho precepto se prevén las modalidades de contratación, es decir, los casos que caen bajo la órbita de los contratos, entre ellos las sociedades de economía mixta.

Si alguna duda había durante la redacción originaria art. 85 LBRL sobre la posibilidad de formas de gestión indirecta distintas de las enumeradas, se han despejado. Ahora las modalidades que pueden utilizarse son sólo las recogidas en art. 156 TRLCAP, dado su carácter básico. Por lo que se ha suprimido el arrendamiento como forma de gestión indirecta de los servicios públicos locales, sin perjuicio de que las normas vigentes sobre esta antigua forma de gestión sigan siendo aplicables para los arrendamientos que tengan contratados las Entidades Locales a la fecha de entrada en vigor de la LMMGL.

E) La reordenación de las sociedades mercantiles locales: Disposición Adicional Duodécima de la LMMGL.

Se trata de una previsión inspirada en el art. 168 LPAP, sobre reestructuración del sector público empresarial del Estado, y que deriva a su vez, de las contenidas en la Ley 7/2001, de 14 de mayo, que introdujo un art. 104 bis en LPE hoy derogada, relativo a la reestructuración de empresas en el seno de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

Curioso es que en el ámbito local la enmienda nº 160 que propuso su inclusión en LMMGL contemplaba la figura de las EPES locales sólo para municipios de gran población, y el régimen de reorganización empresarial también sólo para estos municipios. Dicha enmienda disponía: “En el caso de que los municipios de gran población pretendan, en el marco de la modernización y racionalización de su sector público empresarial para coordinar las sociedades mercantiles, municipales o mixtas, debe establecerse una previsión que facilite el procedimiento de transferencia de las participaciones accionariales a la entidad empresarial”.

En cambio, la redacción resultante en la DA Duodécima es aplicable a todos los municipios sin distinción, lo cual podría considerarse en parte en contradicción con la filosofía que inspira LMMGL de establecer regímenes municipales distintos en función del tamaño de municipios.

III. EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL Y DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

En el régimen jurídico de la contratación de las sociedades mercantiles públicas hay que diferenciar de una parte, el régimen de los contratos de dichas sociedades con terceros, y de otra parte, el régimen propio de las relaciones entre la sociedad mercantil y la Administración pública matriz que participa en ellas como socio.

A) Los contratos de la empresa pública mercantil con terceros.

Las relaciones contractuales de las sociedades mercantiles públicas locales (sociedad mercantil local y empresa mixta mayoritariamente pública) *ad extra* se regulaban por la DA Sexta TRLCAP que establecía:

“Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos

autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

Por su parte, el art. 1.3 TRLCAP relativo al ámbito de aplicación subjetivo de la Ley ordena:

“Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público”.

El concepto de Entidades de Derecho público utilizado en el TRLCAP ha de reinterpretarse adecuándolo a la noción de Organismo de Derecho público propio de la normativa comunitaria de la contratación pública.

1. El concepto de Organismo de Derecho público en el Derecho comunitario:

Hay que tener en cuenta la vigente Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y servicios y el concepto de organismo de Derecho público como poder adjudicador que se define sobre la base de los siguientes requisitos: a) que haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) dotado de personalidad jurídica y c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia está compuesto por miembros de los

cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido aquilatando la noción de Organismo de Derecho público afirmando que se trata de un concepto comunitario, del que es indiferente la fórmula jurídica de Derecho público o de Derecho privado al que esté sujeto el organismo. Asimismo, basta que una parte de su actividad sea de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil para que se aplique en bloque a todo su objeto social la normativa de la contratación pública. Como criterios indiciarios de la naturaleza mercantil o industrial de la actividad se encuentran el ánimo de lucro, el que la actividad se desenvuelva en régimen de mercado y que otros empresarios privados desempeñen la misma actividad. Con todo, el criterio determinante del carácter mercantil o industrial de la actividad es la asunción del propio riesgo en la gestión empresarial, y con ello, la imposibilidad de enjugar las pérdidas por los presupuestos de ninguna Administración¹⁵.

Con este bagaje sólidamente asentado por el Tribunal de Luxemburgo, era un hecho que la letra del TRLCAP no se acomodaba a la norma y ni a los criterios comunitarios de la contratación pública. Esta situación ampliamente denunciada por la doctrina se ha visto confirmada por las recientes sentencias condenatorias de España por el Tribunal de Justicia.

- La *STJUE de 16 de octubre de 2003* Comisión contra R. de España, resuelve el recurso que tiene por objeto que se declare que, con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciaria Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, SA (SIEPSA) el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva de contratos públicos de obra. Según el TJ:

“Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitencia del Estado. Con este fin realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a

¹⁵ Véase Montoya Martín, E. “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de “Poder adjudicador” en las Directivas de la contratación pública de servicios, suministros y obras”, *RAAP*, nº 41, 2001, págs.121-154, y la doctrina allí citada.

efectos de la construcción, gestión, y liquidación del patrimonio penitenciario del Estado” (Cdo 84).

“Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado” (Cdo 85).

Así pues, actividades como la amortización y creación de centros penitenciarios, que figura entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos, por lo que constituye un Organismo de Derecho público a efectos de la contratación pública.

-La *STJUE de 15 de mayo de 2003* Comisión contra Reino de España, asunto 214/00, declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/665/CEE del Consejo de 21 de diciembre, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y obras, cuyas reglas son también aplicables a los contratos de servicios por previsión expresa del art. 41 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio, relativa a tales contratos.

En esta sentencia se aborda una vez más el ámbito subjetivo de las Directivas de la contratación pública, toda vez que la Directiva de recurso define su ámbito material por referencia a éstas y al concepto de entidad adjudicadora y organismo de Derecho público. En definitiva, la primera cuestión de fondo se refiere a la adaptación del Derecho interno en lo relativo al ámbito de aplicación personal de la Directiva 89/665. A tal efecto el TJ afirma una vez más que ha quedado acreditado que en virtud de los arts. 1.3 y DA Sexta del TRL-CAP los organismos públicos que tienen estatuto de Derecho privado, categoría constituida en Derecho español por las sociedades mercantiles bajo control público, quedan fuera del ámbito de aplicación personal de la normativa española sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, y por tanto, del régimen de recursos en materia de contratación pública.

El TJUE declara una vez más que **no cabe interpretar el concepto de organismo de Derecho público en el sentido de que los Estados pueden excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público del ámbito de aplicación personal de estas Directivas**, y en consecuencia de la Directiva

89/665. La normativa española en la medida en que excluye del ámbito personal de aplicación de la Directiva 89/665 a las sociedades de Derecho privado, no incorpora correctamente el concepto de entidad adjudicadora. En conclusión, el TJ condena a España por no haber extendido el sistema de recursos garantizados en dicha Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado que cumplan los tres requisitos exigidos para tener la consideración de Organismo de Derecho público; b) al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

2. La reforma del TRLCAP por el art. 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social.

Las precedentes sentencias condenatorias han motivado la reforma puntual del TRLCAP. Así la nueva redacción del art. 2.1 reza como sigue:

“Las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior y las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que, además, concurra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del impuesto sobre el Valor Añadido de 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 derechos especiales de giro), si se trata de contratos de obras, o a 249.681 euros (equivalente a 200.000 derechos especiales de giro), si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados”.

Por su parte, se ha modificado igualmente la letra de la DA Sexta de la Ley en los términos siguientes:

“Las sociedades a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en el mismo, ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”.

De lo que se infiere que en el art. 2 bajo la rúbrica de adjudicación de determinados contratos de Derecho privado se consagra para las sociedades mercantiles públicas que constituyan poderes adjudicadores la teoría de los actos

separables, quedando sometidas al TRLCAP en lo relativo a la publicidad, capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos y formas de adjudicación, para los contratos citados, que resultan ser los contratos administrativos típicos según el propio TRLCAP siempre que alcancen las cuantías que señala el precepto. Para el resto de los contratos que celebren las sociedades mercantiles públicas que constituyan Organismo de Derecho público por mor de la DA Sexta, no se aplica ni siquiera la teoría de los actos separables de la legislación de contratos.

3. La jurisdicción competente para fiscalizar los requisitos de capacidad, publicidad, procedimientos y formas de adjudicación de los contratos de las sociedades mercantiles públicas.

El Derecho positivo no lo resolvía expresamente, toda vez que el art. 2.b de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) dispone que este orden jurisdiccional conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas.

Mas el art. 67.Cuatro de la Ley 62/2003 ha añadido al TRLCAP una DA Décimo Sexta que bajo la rúbrica *Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta ley* ordena:

“A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del art. 2 de esta Ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el art. 51 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación de los sectores excluidos”.

Es decir, se atribuye la competencia a la jurisdicción contencioso administrativa, ampliándose el ámbito de la LJCA. En cambio, el conocimiento de los restantes contratos celebrados por estas mismas sociedades, no se olvide, en cuanto poderes adjudicadores, corresponde a la jurisdicción ordinaria, sistema de dualidad de jurisdicciones que estimo, crea confusión.

B. Las encomiendas o encargos de la Administración matriz con las empresas públicas mercantiles: Contrato *versus* consideración de medio propio.

Respecto a las relaciones entre Administración pública y sus sociedades mercantiles la cuestión que hay que resolver es si en este caso la adjudicación de proyectos, obras, servicios que constituyan su objeto ha de someterse a los

procedimientos públicos de licitación regulados por el TRLCAP y el Derecho comunitario de la contratación pública. Esta cuestión, que suscita posturas encontradas entre la doctrina¹⁶ ha de recibir respuesta en función no sólo de nuestro Derecho interno, sino también de los imperativos del Derecho comunitario, así como en función del tipo de contrato o encargo de ejecución que se encomiende. Nos referimos a lo que en la jerga comunitaria se conoce como los “contratos in house”.

1. Desde la vertiente del ordenamiento jurídico interno.

Respecto a las relaciones entre Administración pública y sus sociedades mercantiles la cuestión que hay que resolver es si en este caso la encomienda o encargos¹⁷ han de someterse a los procedimientos públicos de licitación re-

¹⁶ Carbonell Porras, E. “Título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructura viaria ¿Convenio o contrato administrativo?”, *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, AA.VV. Coordinador Cosculluela Montaner, L., Civitas, Madrid, 2003. págs. 377-394, mantiene una postura restrictiva según la cual las Administraciones públicas no pueden atribuir a sociedades mercantiles públicas la ejecución directa de obras o la construcción y explotación de una obra por encima del umbral comunitario sin respetar los principios de publicidad y concurrencia previstos en el Derecho comunitario. Y por debajo de dicho umbral, entra en aplicación el art. 3.1.d) TRLCAP, se trataría de un convenio prohibido toda vez que su objeto sería el propio de un contrato administrativo. Las sociedades públicas de infraestructura pueden concurrir a los procedimientos de selección de los concesionarios de obras públicas, conforme a las reglas generales que regulan este contrato administrativo. Quiere decirse que, salvo en el caso del contrato de servicios, donde la propia Directiva 92/50/CEE, excluye su aplicación a las prestaciones encomendadas a las empresas públicas siempre que no se violen otras reglas comunitarias. El resto de los contratos han de someterse a los procedimientos públicos de licitación. No obstante, entiendo que dicha opinión sumamente restrictiva se ha visto afectada por la reciente STJU de 13 de enero de 2005.

¹⁷ Véase como ejemplo, la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, del Presupuestos de la Comunidad autónoma de Andalucía para 1999 cuyo art. 19 regula el régimen de financiación de la actividad de las empresas de la Junta de Andalucía con cargo a aportaciones de la propia Junta de Andalucía y sus Organismos autónomos, distinguiéndose entre las aportaciones para financiar la gestión de las empresas, que se efectuarán mediante subvenciones de explotación y de capital, de acuerdo con el art. 57 de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y los casos de gestión de las actuaciones de competencia de las Consejerías u Organismos autónomos de la Junta de Andalucía, que serán financiados con cargo a los créditos establecidos en las distintas secciones presupuestarias y se formalizarán a través de **encargos de ejecución**. Se pretende así -según manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley- un tratamiento uniforme a las distintas situaciones derivadas. En efecto, el art. 19 Tres introduce la figura de los denominados “**encargos de gestión**” al disponer: “Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior y lo dispuesto en sus normas específicas, las empresas de la Junta de Andalucía, en el marco de sus estatutos y objeto social, podrán gestionar actuaciones de competencia de las Consejerías u Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía, que serán financiados con cargo a los créditos establecidos en las distintas secciones presupuestarias”.

gulados por el TRLCAP cuando se califica de medio propio o instrumental. Pese a gozar de personalidad jurídica diferenciada, y centrados en el ámbito local, la sociedad mercantil local, que constituye un modo directo de gestión, no puede considerarse un tercero a efectos de la Administración local matriz, sino una simple opción organizatoria no desvinculada de la organización de la propia Entidad local. De ahí que no tenga sentido que si una Entidad local crea una sociedad mercantil pública para la gestión de competencias, funciones o servicios municipales se le imponga que se someta a la legislación de contratos toda vez que ha creado una organización *ad hoc* para ello. En otras palabras, se trata de **un medio propio de la Administración**¹⁸, calificación que con creciente frecuencia se encuentra en el Derecho positivo¹⁹.

¹⁸ Sosa Wagner, F. *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, 6ª edic. Madrid, 2004, págs. 167-174. Véase el interesante trabajo de Ortiz Mallol, J. “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas”, *RAP*, nº 163, 2004, págs. 245-278, afirma igualmente que “es acorde con nuestro marco constitucional que la Administración Pública satisfaga sus necesidades (en el cumplimiento de los fines que le han sido atribuidos) a través de sus propios medios productivos. (...) la razón de instrumentalización, derivada de la decisión de autoorganización de la matriz, supera por entero a la idea de personificación, abriendo camino a una interpretación de lo que haya de entenderse por “medio propio” que sea comprensiva tanto de los órganos o servicios sin personalidad como de las entidades instrumentales con personalidad jurídica propia”.

¹⁹ Abunda esta calificación en la normativa autonómica. Como ejemplos podemos citar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía: Decreto 384/1996, de 2 de agosto que modifica el D 86/1992, de 19 de mayo relativo a la sociedad Gestión de Infraestructuras de Andalucía, SA (GIASA) cuyo art. 7 dispone: “1. La atribución a la Sociedad de la gestión de actuaciones se realizará por la Consejería de Obras Públicas y Transportes mediante resolución del Consejero en la que se determine las actuaciones a desarrollar y los compromisos para ambas partes. 2. Las relaciones que la Sociedad establezca con otras Administraciones, Organismos, Entidades o Empresas Públicas en relación con las actuaciones atribuidas por la Consejería de Obras Públicas y Transportes, deberán formalizarse mediante contrato o convenio en el que se determine todos los compromisos para cada parte y especialmente los relativos a garantías de cumplimiento de las obligaciones de pago. 3. A los efectos del art. 153 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Sociedad tendrá la consideración de medio propio de la Administración”.

Decreto 117/1998, de 9 de junio, que modifica el Decreto 17/1989, de 7 de febrero, de constitución de la Empresa de Gestión Medioambiental, SA. El artículo 7 queda redactado en los siguientes términos: “1. EGMASA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar los trabajos que, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa y, especialmente, aquellos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren, le encomienden: La Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los organismos públicos dependientes de ella, así como las Corporaciones Locales en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía que suscriban a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía. 2. Las Administraciones Públicas de las que EGMASA resulte ser medio propio instrumental podrán realizar abonos a cuenta de la empresa, en concepto de anticipo de los trabajos cuya realización le encomiende. 3. En las

La relación de instrumentalidad tiene como esencial la dependencia de la entidad matriz, por lo que sería una contradicción admitir que pueda existir una relación jurídica en la que matriz e instrumental ocupen posiciones de igual rango, premisa que define el negocio convencional o contractual. Por consiguiente, entre la matriz y la instrumental sólo caben relaciones de subordinación, a través de la potestad de dirección, como forma de articular el cumplimiento de fines de la matriz a través de la instrumental²⁰. A lo que habría que añadir, como ha destacado el profesor REBOLLO PUIG, que la parte esencial de su actividad consista en la que se deriva de ser “medio propio de

actuaciones en que EGMASA actúe como medio propio de la Administración, al tiempo de que se le encomienden los trabajos por las distintas Administraciones Públicas, se designará al personal de dicha Administración o de EGMASA que deba actuar como Director Facultativo, quien certificará la aplicación de las tarifas aprobadas por la Administración a las unidades efectivamente producidas, sirviendo dicha certificación, a los efectos de fiscalización, como justificante de la inversión o de los servicios realizados. 4. En las actuaciones en que EGMASA actúe como medio propio de la Administración, y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 153 y 195 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, si la ejecución de obras o la fabricación de bienes muebles por EGMASA se verifica con la colaboración de empresarios particulares, el importe de ésta será inferior a 799.882.917 pesetas con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o inferior al importe señalado en el artículo 178.2 de la referida Ley, cuando se trate de la fabricación de bienes muebles. Lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, será de aplicación a lo dispuesto en el presente apartado. 5. Ni EGMASA ni sus filiales o participadas mayoritariamente podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las Administraciones Públicas de las que sea medio propio. No obstante, cuando no concurra ningún licitador podrá encargarse a EGMASA la ejecución de la actividad objeto de licitación pública. 6. El importe de las obras, trabajos, proyectos, estudios y suministros realizados por medio de EGMASA se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración competente. Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización y su aplicación a las unidades producidas servirá de justificante de la inversión o de los servicios realizados. 7. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores, EGMASA podrá realizar actuaciones, trabajos, obras, asistencias técnicas, consultorías, prestación de servicios y comercialización de sus productos dentro o fuera del territorio nacional, directamente o a través de sus filiales o participadas”.

²⁰ Vid. Ortiz Mallol, J “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas”, ob. cit. que analiza los rasgos definidores de la relación de instrumentalidad con los que estamos de acuerdo: el fin o servicio no es propio del ente instrumental, sino de la Administración matriz, quien mantiene su titularidad y sobre la que recae la responsabilidad política de su organización y de su rendimiento; la conformación de un complejo organizativo unitario entre la Administración matriz y el ente instrumental quedando éste adscrito a aquélla; la relación jurídica naciente no es asimilable a la jerarquía; la dependencia y comunicabilidad se extienden a la esfera económico financiera; la dependencia tiene su particular consecuencia en las relaciones entre el patrimonio de la Administración matriz y de la entidad instrumental. Asimismo, véase el estudio de Rebollo Puig, M. “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, nº 161, 2003, en particular págs. 376 y ss.

su Administración matriz”, o en términos de la STJUE de 18 de noviembre de 1999, caso Teckal, que el ente instrumental realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan²¹.

La cuestión es determinar las consecuencias que tiene la utilización de los medios propios para los terceros potencialmente interesados en la concurrencia a tal objeto prestacional, y si así se vulnera algún derecho o interés amparado por el ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento interno, los posibles bienes jurídicos afectados por tal proceder son: derecho a ser contratista de la Administración, contenido esencial de la libertad de empresa, y la libre competencia.

Pero, de una parte, ni hay un derecho constitucional a ser contratista de la Administración, no le es aplicable el art. 23.2 CE, y de otra, por lo que se refiere a la libertad de empresa de la jurisprudencia del TC se infiere que su contenido esencial no comprende un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado a los empresarios privados en todos los sectores, y menos aún el deber de garantizar un determinado nivel de contratación con las Administraciones públicas. Como ha manifestado HUERGO LORA²² una interpretación de la libertad de empresa garantizada en el art. 38 CE en el sentido de implicar una reserva incondicionada al sector privado de cuantas oportunidades de contratación o negocio surjan en la actuación administrativa, de tal modo que sería inconstitucional toda norma que reserve alguna de esas oportunidades para la gestión directa por parte de la Administración, por sí o a través de una sociedad en mano pública, carece de fundamento, pues supondría extraer del Texto Constitucional la regla del contratista interpuesto²³.

²¹ Pues el peligro está en que el ente instrumental haga simultáneamente las tareas como medio propio y concurra a la vez en el mercado para ofrecer bienes y servicios a los particulares en competencia con las empresas privadas. Pues si al mismo tiempo que actúan y obtienen financiación como medio propio de la Administración, concurren en el mercado, es difícil evitar que la entidad instrumental no parta con ventaja sobre las empresas privadas, y que se rompa la real igualdad con las que compete. En cualquier caso, casi inevitablemente habrá una competencia con cierta ventaja de quien tiene la subsistencia asegurada gracias a su trabajo para la Administración, lo que le permite costear sus gastos de personal y amortizar fuertes inversiones, en “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, ob. cit., pág. 388.

²² Consúltese el trabajo de Huelgo Lora, A. “Libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas” *RAP* nº 154, 2001, págs. 129-171, en particular págs. 151-157 y 168-171.

²³ En este mismo sentido se manifiesta acertadamente Rebollo Puig, M. “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, ob. cit. y subraya el profesor

Supondría asimismo una restricción a la potestad de iniciativa pública económica y a la potestad autoorganizatoria de la Administración carente de fundamento en nuestro orden económico constitucional que por ejemplo reconoce la potestad de reserva de recursos y servicios esenciales, lo cual se configura como una potestad “más” que la potestad “menos” de actuar sus competencias, funciones y actividades de su titularidad a través de sus propios entes personificados, sean éstos de Derecho público o de Derecho privado.

Por ello, manifiesta certeramente ORTIZ MALLOL “la Administración puede decidir si actúa con medios propios (orgánicos o personificados) o requiere de la colaboración de un tercero para la realización de sus competencias y la consecución del interés general. Precisamente, el hecho de que la Administración persiga un interés general que se sobrepone frente al interés particular del interesado en contratar con ella es el que determina la negación de un derecho subjetivo a “ser contratista”. Lo que sí existe es un derecho subjetivo a que, cuando la Administración decide acudir a la contratación, se produzca la misma con concurrencia, publicidad y que, luego del procedimiento que se realice, se decida en adjudicación motivada y objetivamente”²⁴.

El TRLCAP da sólidos argumentos para esta solución lógica. De una parte, porque en virtud del art. 154.2 sólo se excluye del contrato de gestión de servicios públicos la creación de Entidades de Derecho público o de una sociedad mercantil de capital exclusivo de la Administración o de un ente público de la misma. Y de otra parte, en el seno de la regulación del contrato de concesión de obra pública pues el art. 237 dispone que:

“2. El concesionario deberá someter los contratos que celebre con un tercero a las normas de publicidad establecidas en el art. 135.2, salvo cuando mediare cualquiera de las circunstancias siguientes: (...)

Rebollo Puig que en estos supuestos no tiene que haber ningún contrato o convenio, ni tiene sentido que lo haya, pues todo se produce en virtud de la decisión unilateral de la Administración matriz, que es determinante de la relación que surge. La decisión de realizar la obra, el suministro, el estudio o el proyecto por medio del ente institucional es exclusiva de la Administración matriz. Por ende no es necesario el consentimiento del ente institucional, que, como mero instrumento que es, está obligado a realizar lo que se le ordene, exactamente igual que lo está un servicio no personificado. Hay sólo un acto administrativo con una serie de efectos que no son contractuales (págs. 383-384).

²⁴ Ortiz Mallol, J. “La relación de dependencia de las entidades instrumentales ...”, ob. cit. págs. 270-271.

A efectos de lo establecido en el apartado anterior, **no se considerarán terceros** aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, **ni las empresas vinculadas a ellas** (...).

De nuevo en Derecho Administrativo surge la noción de vinculación que define el art. 234.1 y 2 TRLCAP así^{24bis}:

- “1. Se entiende por empresas vinculadas aquellas en las que el concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante o aquellas que puedan ejercerla sobre él o que, del mismo modo que el concesionario, estén sometidas a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulen.
2. Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, con relación a otra:
- a) Esté en posesión de la mayoría del capital suscrito.
 - b) Disponga de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa.
 - c) Pueda designar más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o control de la empresa”.

De tal manera que si en estos supuestos el concesionario queda liberado del mandato de publicidad con más razón cuando se trate de la propia Administración.

Distinto es el caso de las relaciones con las sociedades mixtas, es decir, aquellas en las que junto a la Administración participan sujetos privados que persiguen sus propios intereses que no tienen que ser coincidentes con el interés general. Aquí las relaciones entre la Administración y la sociedad mercantil se sujetan a los procedimientos de licitación que regula el TRLCAP. Con la redacción del art. 154.2 TRLCAP no es posible adjudicarles directamente un contrato de gestión de servicios públicos²⁵.

^{24bis} Por vez primera se emplea en Derecho Administrativo la noción de entidades vinculadas o dependientes en la LPAC para definir en su art. 2.2 su ámbito subjetivo de aplicación. Véase acerca de su interpretación Montoya Martín, E. *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 480 y ss.

²⁵ En el mismo sentido, Sosa Wagner, F. *La gestión de los servicios públicos locales*, ob. cit. págs.174-176. Rebollo Puig, M. “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, ob. cit. págs. 385-386.

2. Desde la vertiente del Derecho comunitario: la STJUE de 13 de enero de 2005.

Desde el plano del Derecho comunitario de la contratación pública procede dilucidar si se acomoda al ámbito de aplicación de las Directivas la figura de las encomiendas o encargos directos de los poderes adjudicadores a sus empresas públicas. Cuestión que a su vez remite al *status* de instrumentalidad o dependencia de la empresa pública mercantil respecto de la Administración matriz en aras de determinar si en estos supuestos existe o no verdadero contrato entre dos partes según la normativa comunitaria.

Destaca sobre este asunto la reciente Sentencia TJUE de 13 de enero de 2005 Comisión contra el R. De España (asunto C-84/03) que tiene por objeto un recurso por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/ CEE relativas respectivamente a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y obras, al excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP en el art. 1.3 a las entidades de Derecho privado; y de otro, que es lo que ahora nos importa, al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación material del TRLCAP en el art. 3.1.c los convenios de colaboración que celebren las Administraciones públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de las Directivas. A juicio de la Comisión se trata de una exclusión absoluta puesto que algunos de estos convenios pueden tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las referidas Directivas, además de tratarse de una exclusión que no figura en las mismas.

Para el TJUE basta en principio que **el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.** Así con invocación de la doctrina anteriormente asentada en la sentencia de 18 de noviembre, de 1999 (asunto C- 107/98) caso Teckal²⁶ concluye en el Cod 40 que al excluir “a

²⁶ La sentencia trae causa en la cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el Tribunal administrativo regional para L'Emilia-Romagna en el litigio pendiente entre Teckal Srl y el municipio de Viano y la Azienda Gas- Acqua Consorziata (AGAC) de Regio Emilia acerca de la adjudicación, por parte de este municipio, de la gestión del servicio de calefacción de determinados edificios municipales. Los hechos que dieron lugar al litigio se centran en el acuerdo del Ayuntamiento de Viano en virtud del cual confió a la AGAC la gestión del servicio de calefacción de determinados edificios municipales, acuerdo que no estuvo precedido de ningún procedimiento de

priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37". Por ende, el fallo declara el incumplimiento de España de las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE al excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP en el art. 1.3 a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el art. 1.b de cada una de las mencionadas Directivas; al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido y en concreto del art. 3.1.c) de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas.

C) La modificación TRLCAP por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

Esta modificación ha supuesto de una parte, la incorporación al ámbito subjetivo del TRLCAP de las fundaciones del sector público cuando reúnan

licitación. La misión de AGAC consiste específicamente en la explotación y mantenimiento de las instalaciones de calefacción de diversos edificios municipales, incluidas las intervenciones de mejora necesarias, así como el suministro de combustible. Por su parte Teckal es una empresa privada que desempeña sus actividades en el ámbito de los servicios de calefacción, suministrando a particulares y a organismos públicos el gasóleo que compra previamente a las empresas productoras. Además de ocuparse del mantenimiento de instalaciones de calefacción que funcionan con gasóleo y con gas. En definitiva, el municipio de Viano confió mediante un acto único, tanto la prestación de determinados servicios como el suministro de determinados productos. Al ser superior el valor de los productos se rige por la Directiva 93/36 relativa a los contratos públicos de suministro. Según el TJ el municipio como ente territorial es una entidad adjudicadora y por consiguiente corresponde al juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministros. Así será siempre que se trate de un contrato celebrado por escrito a título oneroso que tiene por objeto, en el caso de la Directiva 93/36, en particular, la compra de productos. Consta que la AGAC suministra combustible al municipio de Viano mediante pago de un precio. Y por lo que se refiere a la existencia de contrato, es decir, un convenio entre dos personas distintas manifiesta el TJ que: **"basta, en principio con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (Cdo 51).**

Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que **la Directiva 93/36 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora (Cdo 51)".**

los requisitos definidores del concepto de Organismo de derecho público, y de otra parte, la adecuación del TRLCAP a la citada sentencia de 13 de enero de 2005 por lo que el art. 3.1.c) queda redactado en los términos siguientes:

“Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, **siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los arts. 135.1, 177.2 y 203.2**”.

Asimismo, se añade un nuevo apartado, letra l a este mismo art. 3.1 que excluye del ámbito material de aplicación de la Ley:

“Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública”.

Por ende, sólo quedan al margen del TRLCAP los encargos, encomiendas o contratos-programas que celebre una Administración territorial matriz con sus propias entidades o sociedades instrumentales. Quiere decirse que al entablarse dicha relación de dependencia únicamente con la matriz bien de manera directa o indirecta –ahora el art. 85.2.A.d) LBRL califica de sociedad mercantil local la participada en exclusiva de manera directa por la Administración local o a través de una entidad pública dependiente de la misma–, no puede, por definición, erigirse en medio propio de otra Administración pública, pues en tal supuesto, siempre que la materia sobre la que verse sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o servicios, cualquiera que sea la denominación del vehículo a través del cual se quiera canalizar dicha relación, –encargo, encomienda, contrato-programa o convenio–, existe un verdadero contrato al que es de aplicación preceptiva el TRLCAP. Además, no cabe su elusión por la vía de proclamar en el grupo normativo ad hoc aplicable al ente instrumental que es medio propio de otra u otras Administración si realmente no lo es²⁷. Este es el requisito que subraya

²⁷ En este sentido se manifiesta también Rebollo Puig, M. “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, ob. cit. pág. 386-387. Así puede ponerse como ejemplo llamativo el caso de la sociedad estatal Empresa de Transformación Agraria, SA (TRAGSA), cuya constitución fue autorizada por Decreto 379/1977, de 22 de enero, sustituido por el vigente Decreto 371/1999, de 5 de marzo, dictado en desarrollo de la Ley 66/1997, de 30

el nuevo apartado 1 del art. 3.1 TRLCAP, criterio que ya viene siendo sustentado por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia²⁸, por cierto, en los tres casos, con relación a sociedades de gestión del ciclo integral del agua.

de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, cuyo art. 88 regula el régimen jurídico de TRAGSA con pleno respeto a la autonomía de las CCAA y confirma la naturaleza instrumental de TRAGSA para que, por sí misma o sus filiales, realice sus actuaciones en su condición de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las CCAA que así lo dispongan, perfeccionando las relaciones con éstas al establecer la posibilidad del acceso de las propias CCAA a su capital social. Interesa destacar el régimen jurídico preceptuado en el art. 3: "1. TRAGSA y sus filiales son medio instrumental y servicio técnico de la Administración General del Estado y de cada Comunidad Autónoma interesada. 2. Los diferentes Departamentos o Consejerías de las citadas Administraciones Públicas, así como sus organismos dependientes y las entidades de cualquier naturaleza vinculadas a aquellas para la realización de sus planes de actuación, podrán encomendar a TRAGSA o a sus filiales los trabajos y actividades que precisen para el ejercicio de sus competencias y funciones, así como las que resulten complementarias o accesorias, de acuerdo con el régimen establecido en este Real Decreto. 3. TRAGSA y sus filiales están obligadas a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración. Dicha obligación se refiere, con carácter exclusivo, a los encargos que les formule como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen su objeto social.... 7. Las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado". Las encomiendas o encargos son válidos cuando los realiza la Administración del Estado a TRAGSA a la vista de la configuración de su capital social, pero no son conformes a Derecho, y desde luego a la jurisprudencia comunitaria cuando el poder adjudicador sean las CCAA o Entidades locales, porque en este caso no hay relación de dependencia ni tampoco un control o dominio efectivo del poder adjudicador sobre TRAGSA, por más que el art. 88 de la Ley 66/1997 así lo configure y le imponga la obligación legal de cumplir las encomiendas ordenadas por las CCAA. Vid. ampliamente sobre el caso de TRAGSA Amoedo Souto, C. *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

²⁸ El profesor Sosa Wagner ha manifestado su convicción "acerca de la posibilidad natural que el Ordenamiento brinda a las entidades públicas de emplear sus "recursos propios", sin necesidad de recurrir a contratos externos, cuando cuenta con los medios suficientes para ello. Las figuras de la encomienda o el encargo hechos a organizaciones en todo dependientes nos sirven para explicar estas singulares relaciones, como igualmente nos sirven los convenios para entender el uso que una Administración pública pueda hacer de organizaciones instrumentales pertenecientes a otras Administraciones. Sin embargo no compartimos esta última afirmación de entender como simples convenios, fuera del TRLCAP los relativos a la utilización de entes instrumentales de una Administración pública por otra. No obstante su postura favorable en general, el profesor Sosa alude también a los límites en la utilización de los recursos propios representados por el principio de proporcionalidad, adecuación entre la envergadura de las organizaciones instrumentales y la capacidad de prestación del Ayuntamiento y sus previsibles necesidades; la capacidad y envergadura de los "medios propios" de que dispone la Administración; y el control y erradicación de prácticas restrictivas de la competencia que no encuentren amparo legal en los términos del art. 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Vid. Sosa Wagner, F. "El empleo de los "recursos propios" por las Administraciones locales", *Estudios de Derecho Público Económico, Libro Homenaje al Prof.*

Pionera en este sentido es la STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000 (Arz. 2309) que anula el Convenio interadministrativo de colaboración entre el Ayuntamiento de Huete y el Ayuntamiento de Alcázar de San Juan a través de la empresa de capital íntegramente municipal que presta el servicio de suministro o abastecimiento de agua en dicho municipio, por medio del cual se formaliza una encomienda de gestión del servicio público del agua. La parte recurrente sostiene que se trataba de un fraude de ley para encubrir una auténtica desmunicipalización del servicio al confiarse a una entidad mercantil de las consideradas municipales, al margen de las formalidades legalmente impuestas a la contratación administrativa y a la concesión de servicios públicos. El TSJ manifiesta que:

“el convenio encubre una auténtica concesión o cesión de la gestión del servicio público por un tercero distinto de la propia Administración local titular del servicio que hasta ese momento venía prestándolo de forma directa, siendo ese tercero en este caso la empresa municipal de otra entidad local constituida para la gestión directa del servicio de abastecimiento de agua potable en su municipio. Se utiliza la figura del convenio intermunicipal, pero esta institución no es sino una cobertura meramente nominal o formal de lo que realmente ocurre: la transferencia de potestades administrativas para la gestión de un servicio público municipal a una persona jurídica privada que actúa en el tráfico jurídico como una sociedad mercantil aunque se haya constituido por una entidad local diferente para la gestión en el ámbito del propio municipio de ese mismo servicio. En consecuencia, dicha cobertura ha de considerarse fraudulenta. En realidad, se pasa a un sistema de gestión indirecta del servicio público de que se trata”.

Analizando el art. 15 Ley 30/92 la encomienda de gestión afirma el Tribunal en el F.J. Quinto que en este supuesto no sólo se encomiendan actividades materiales, técnicas o de servicios de la competencia municipal sino que

*Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo, ob. cit. págs. 1339-1340. Asimismo, sostiene en la 6ª edic de su obra *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson, Civitas, 2004, pág. 54, la licitud de un convenio entre Administraciones públicas de colaboración al amparo de lo previsto en el art. 57 LBRL y del principio de libertad de pactos que anima la contratación administrativa, convenio que puede servir de cobertura a la transferencia de la gestión de un servicio público a una empresa cuyas acciones se hallen en manos de la Administración con la que se conviene. Mas entiendo que dicho criterio no puede compartirse, de una parte en virtud de la noción de medio propio o instrumental de la Administración, que implica en todo caso una relación de subordinación entre ésta y el ente instrumental, y, de otra parte, como consecuencia de la STJU de 13 de enero de 2005 y de la letra l del art. 3.1 TRLCAP introducida por el Real Decreto Ley 5/2005.*

se ceden ciertas competencias administrativas sin que la empresa cesionaria precise en esos supuestos del soporte de actos o resoluciones concretos (...).

Más recientemente, se ha pronunciado en dos ocasiones sobre parecido asunto el TSJ de Valencia, en las sentencias de 13 de marzo de 2003 (Arz. 22703) y 19 de mayo de 2004 (Arz. 79)²⁹—que reproduce literalmente los términos de la precedente—, con ocasión de la constitución de la empresa mixta Aigües de L’Horta entre el Ayuntamiento de Torrente e Hidra Gestión Integral del Agua, SA, sociedad de capital mayoritario municipal para la gestión del ciclo integral del agua en Torrente. Posteriormente, el Ayuntamiento de Picanya solicitó al de Torrente que a través de un convenio interadministrativo se regule la cooperación para la prestación del agua por dicha empresa mixta. El 24 de julio de 1997 la empresa mixta modificó sus estatutos a fin de que no tenga por objeto social exclusivo la prestación en un determinado término municipal estableciendo que también podrá prestar sus servicios en otros municipios que hayan concertado con el Ayuntamiento de Torrente las prestaciones en régimen de cooperación municipal.

Ambos fallos se pronuncian estando vigente LCAP, cuyo art. 155.2 criterio posteriormente modificado por TRLCAP (art. 154.2) excluía del contrato de gestión de servicios a la sociedad mercantil de participación mayoritaria de la Administración o de una entidad pública por considerarlo como un modo directo de gestión de los servicios públicos.

Asimismo, en ambos pleitos la recurrente es la sociedad Aguas de Valencia SA, entidad mercantil que tiene como objeto social básico el de desarrollar una actividad de prestación indirecta de los servicios públicos municipales de abastecimiento de agua potable, saneamiento, evacuación y depuración de aguas residuales, cuyo ámbito geográfico mayoritario de actuación es la Co-

²⁹Sentencia en la que el TSJ ante supuestos sustancialmente iguales sostiene el mismo criterio que en la precedente. En esta ocasión Aguas de Valencia SA impugna los acuerdos del Ayuntamiento de Torrente de fechas 25 de enero y 7 de febrero de 2000, por los que respectivamente se aprueba el convenio interadministrativo a suscribir entre el Ayuntamiento de Torrente y el Ayuntamiento de Paterna por el que se regula la cooperación para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Paterna, así como el convenio interadministrativo por el que se regula la gestión, por el Ayuntamiento de Torrente a través de su Sociedad mixta Aigües de L’Horta, SA, del servicio de captación, abastecimiento y distribución domiciliaria de agua potable a los abonados al servicio en el término de Paterna, así como la gestión del alcantarillado, saneamiento y depuración de las aguas residuales de este último municipio, suscrito el 9 de febrero de 2000 entre los Ayuntamientos de Torrente y Paterna y la empresa Aigües de L’Horta, SA en cumplimiento de los referidos acuerdos municipales.

munidad autónoma Valenciana donde tiene una sólida implantación. La SA demandante opone en síntesis, vulneración del principio de libre competencia, quedando la actuación fuera del marco de la Ley de Contratos, aplicando indebidamente lo dispuesto en el art. 155.2 de la misma e infringiendo con ello lo dispuesto en los arts. 96 y 97 TRRL, el art. 38 CE y la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

Para el TSJ de Valencia el punto de partida ha de ser la distinta valoración que corresponde a la utilización de una sociedad mercantil en la que el capital mayoritario pertenece a una Administración Local distinta a la prestataria del servicio público de agua potable y alcantarillado, pautas esenciales que condicionan la respuesta judicial a la controversia planteada. Del F.J Quinto de la sentencia de 13 de marzo de 2003 (relativa al acuerdo del Ayuntamiento de Silla por el que se aprobó el convenio interadministrativo entre los Ayuntamientos de Silla y Torrente) importa destacar:

“a) (...) Así, como punto de partida, parece evidente que no pueden catalogarse como actos administrativos equiparables y, en principio, sujetos a las mismas condiciones aquél que consiste en la propia prestación del servicio por parte de la Administración titular del mismo –y en el que existe únicamente una modulación (por importante que ésta sea, pero modulación al fin y al cabo) en la forma jurídica de desarrollar la gestión: entidad de Derecho privado– con aquél que consiste en la prestación del servicio por un tercero por más que en el ámbito interno de este tercero aparezca una persona pública dominando la vida social del ente privado.

b) (...) la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Xirivella no va a ser prestado por una persona jurídica en la que esta Administración Local disponga la mayoría en el número de sus participaciones sociales sino por una tercera persona jurídica que cuenta con ese nivel participativo pero a favor de un Ayuntamiento vecino (Torrente).

c) No hay aquí, entonces, una gestión directa del servicio público por parte de la Administración Local titular del mismo sino una gestión indirecta de éste por un tercero. (...).

d) Para lo que interesa en esta litis, **Aigües de L’Horta SA es igual de tercero que cualquier otra persona jurídica de Derecho privado al no mediar vinculación alguna entre esta persona y el Ayuntamiento de Xirivella. Y es que la participación mayoritaria en esta sociedad del Ayuntamiento de Torrente**

cuenta con relevancia dentro del propio espacio físico en el que este municipio desarrolla una actividad prestacional de servicios pero no cuando los mismos se ejercen extramuros de tal localidad. En este supuesto, la sociedad por él constituida pierde los rasgos singulares que le son característicos para entrar en el mercado como una entidad más que trata de diseñar su volumen negocial por el cauce de un incremento en la prestación de servicios públicos –objetivo tendencial explícito de la sociedad– que le pueden ser adjudicados.

f) El art. 155.2 LCAP establece una previsión normativa que, por su propia naturaleza –al introducir una restricción para la aplicabilidad de los principios de competencia y publicidad– debe interpretarse de forma estricta (...).

Es verdad que la norma utiliza, *in genere*, el vocablo “la Administración” al afirmar que “... en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración”, pero, como aclara el criterio sistemático, resulta que sólo cuando sea la propia Administración beneficiaria del servicio la que domine la nueva persona jurídica constituida al efecto podrá afirmarse que la gestión del servicio público corresponde a la propia Administración titular del mismo que es aquella enunciada en el art. 155.2 LCAP.

g) ... lo esencial aquí es, la existencia de una persona jurídica de Derecho privado que se introduce en el mercado como cualquier otro tercero al objeto de desarrollar una actividad mercantil que, en principio, está sometida a la libre concurrencia y publicidad salvo cuando, y de modo excepcional, la prestación del servicio se desarrolle por un ente instrumental de Derecho privado de la propia Administración pública titular del servicio”.

En ambas sentencias resulta interesante cómo se rebaten los argumentos jurídicos sostenidos por la parte demandada. En efecto, en el escrito de contestación a la demanda que presenta Aigües de L’Horta SA se mantiene que una vez establecida una actividad económica que reviste el carácter de servicio público, el Ayuntamiento puede extenderla a otros municipios si lo considera oportuno, pues la cooperación administrativa forma parte de la potestad autoorganizatoria de los municipios... Al suscribir el convenio impugnado, el Ayuntamiento no está ampliando el ejercicio de una actividad económica, sino prestando su servicio a otro municipio en régimen de cooperación. Mas el TSJ en la letra h del F.J. Quinto de la sentencia de 13 de marzo de 2003 afirma que:

“Para nosotros, una cosa es la potestad autoorganizatoria de las Administraciones públicas –caracterizadas por su extrema discrecionalidad y que, in-

dudablemente, posibilita la suscripción de un convenio interadministrativo como aquél que constituye el objeto inicial sobre el que se articulan las pretensiones de invalidez que Aguas de Valencia SA formula en el proceso— y otra es el respeto de las exigencias ordinamentales de libre concurrencia y publicidad que fija la normativa de contratación de Derecho público.... Desde el primer parámetro, los Ayuntamientos de Xirivella y Torrent pueden convenir un cierto ámbito regulativo como es la ayuda para al prestación de un servicio **pero esta potestad autoorganizatoria ha de cohonestarse con el resto del ordenamiento jurídico al objeto de constatar si, efectivamente, la misma no vulnera normas imperativas.**

Para lo que ahora nos interesa, resulta que en el ejercicio de esa autoorganización ambos Ayuntamientos pretenden excluir la aplicabilidad de una normativa forzosa —y de carácter básico— para la contratación pública y que configura uno de los pilares sobre los que asienta la LCAP de mayo de 1995 (...)

Sobre el basamento de lo expuesto, obtenemos la conclusión de que si bien el Convenio interadministrativo suscrito el 27 de marzo de 2000 no queda sometido, en sí mismo, a las normas de contratación pública que recoge la Ley de 18 de mayo de 1995 (... art. 3.1.c de la Ley 13/1995 ...), sucede que ésta, **al infringir el Derecho aplicable, contiene un régimen regulativo del servicio público de abastecimiento de agua potable y alcantarillado en el municipio de Xirivella que supone una exclusión ilícita de la normativa legal aplicable en materia de contratación pública: libre concurrencia a la prestación del servicio si no se opta por la prestación directa del mismo a través del propio Ente público sea por sí mismo o por medio de la constitución de una persona pública o privada interpuesta”.**

Por consiguiente, el fallo estima el recurso interpuesto por Aguas de Valencia, SA contra acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Silla por el que se aprobó el Convenio interadministrativo entre los Ayuntamientos de Silla y Torrente al objeto de regular la cooperación para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Silla y el convenio suscrito en cumplimiento de dicho acuerdo, que se anulan y se dejan si efecto.

IV. CONCLUSIONES

La reforma de los servicios locales y sus formas de gestión tiene como presupuesto previo una definición positiva y actualizada de las competencias lo-

cales y un *aggiornamento* de la noción de servicio público como categoría, finalidades que exceden del propósito más modesto de la reforma operada por la Ley 57/2003 de Medidas para la Modernización del Gobierno local (LMMGL). Además urge actualizar la lista de las competencias y servicios locales a los tiempos que vivimos y despojarlos del sabor decimonónico que tienen algunos de los servicios que se enumeran por ejemplo en art. 86.3 LBRL. Por el contrario, es preciso añadir otros, que de hecho, aunque sin cobertura financiera, vienen prestando los municipios, como por ejemplo servicios de atención a los inmigrantes.

La Exposición de Motivos de la LMMGL anuncia la elaboración de una nueva LBRL, “en un tiempo razonable pero no dilatado”, y afirma que se incorporan en la Ley las reformas inaplazables tendentes a su racionalización y modernización, que responden a necesidades ineludibles. Mas en puridad respecto de los servicios públicos locales y sus formas de gestión lo aportado es menos de lo que se anuncia. Pues la Exposición de Motivos de la LMMGL señala como novedades: una nueva clasificación de las diversas formas de gestión de los servicios públicos, que no es tal, toda vez que la clasificación no varía, sino que se limita a introducir como modo de gestión directa la fórmula de las EPES locales; la incorporación a la ley de una regulación sustancial necesaria de los Organismos autónomos y de las sociedades mercantiles con capital público, hasta ahora sólo reguladas parcialmente en normas reglamentarias. En particular, por lo que respecta a la sociedad mercantil local como modo de gestión directa destaca la prohibición expresa de desempeñar funciones de autoridad, a tenor del nuevo art. 85.3 LBRL. Este precepto conlleva la necesidad de aclarar la situación de determinadas sociedades de capital exclusivo local que realizan por ejemplo la gestión del sistema tributario; o actos de inspección en el caso de sociedades municipales de abastecimiento de aguas; resolución de expedientes de desahucio administrativo en caso de sociedades promotoras de viviendas sociales; o, actividad subvencional llevada a cabo por las numerosas sociedades de desarrollo local existentes.

La reforma de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre ha tenido como finalidad uniformar las modalidades organizativas instrumentales a imagen y semejanza de la LOFAGE, pero desde perspectivas distintas: mientras que la LOFAGE se sitúa en el Título III desde la vertiente de las modalidades de organización de la Administración institucional del Estado, en definitiva, la teoría de la organización, en cambio, los arts. 85, 85 bis y 85 ter se posicionan exclusivamente desde la más estrecha perspectiva de las modalidades de gestión de los servicios públicos, hoy necesitada de superación, para adecuarlo a las nuevas realidades, pues el fenómeno de la privatización y de la liberalización han

transformado el concepto clásico subjetivo de servicio público dando paso al servicio universal y a las obligaciones de servicio público. Esta transformación conlleva asimismo un cambio en el papel de la Administración local que ha de tener potestades ordenadoras y de control que han de plasmarse en la Ley.

En el régimen jurídico de la contratación de las sociedades mercantiles públicas hay que diferenciar de una parte, el régimen de los contratos de dichas sociedades con terceros, y de otra parte, el régimen propio de las relaciones entre la sociedad mercantil y la Administración pública matriz que participa en ellas como socio. Entiendo que el régimen jurídico de la contratación de estas entidades *ad extra* se ha clarificado definitivamente, a lo que ha contribuido poderosamente la jurisprudencia del TJUE que ha ido aquilatanando la noción de Organismo de Derecho público a efectos de las Directivas de la contratación pública y hoy por hoy ha dejado claro que no cabe interpretar dicho concepto en el sentido de que los Estados puedan excluir de antemano a las sociedades mercantiles bajo control público, pues ha de estarse a si cumplen los requisitos de: a) que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) dotadas de personalidad jurídica y c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia está compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público.

La reforma del TRLCAP por el art. 67 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, en el art. 2 bajo la rúbrica de adjudicación de determinados contratos de Derecho privado ha consagrado para las sociedades mercantiles públicas que constituyan poderes adjudicadores la teoría de los actos separables, quedando sometidas al TRLCAP en lo relativo a la publicidad, capacidad de las empresas, procedimientos y formas de adjudicación, para los contratos citados, que resultan ser los contratos administrativos típicos según el propio TRLCAP siempre que alcancen las cuantías que señala el precepto. Para el resto de los contratos que celebren estas mismas las sociedades mercantiles públicas –insistimos, siempre que constituyan Organismos de Derecho público– por mor de la DA Sexta reformada, no se aplica ni siquiera la teoría de los actos separables. Esta opción del legislador tiene asimismo su reflejo procesal pues la nueva DA Décimo Sexta atribuye la competencia para la fiscalización de los “*actos separables de los contratos administrativos típicos*” a la jurisdicción contencioso administrativa, ampliándose el ámbito de la LJCA. En cambio, el co-

nocimiento de los restantes contratos celebrados por estas mismas sociedades, no se olvide, en cuanto poderes adjudicadores, corresponde a la jurisdicción ordinaria. Se instaura pues, un sistema de dualidad de jurisdicciones para los actos separables de las sociedades mercantiles públicas cuando sean poderes adjudicadores en función de la clase de contrato y de su cuantía que estimo inapropiado y que crea enorme confusión.

Más complejo es el asunto de las relaciones entre las Administraciones públicas y sus sociedades instrumentales, es decir, las relaciones *ad intra*, cuestión que remite a la delimitación de la noción de medio propio o instrumental de la Administración y a la definición de los límites de los denominados contratos *in house providing o domésticos*. Pese a que se trata de un tema todavía no cerrado creo que pueden apuntarse criterios sólidos sobre los que asirse que han avanzado la doctrina, la jurisprudencia comunitaria, así como algunos pronunciamientos de nuestros tribunales.

Pese a gozar de personalidad jurídica diferenciada, y centrados en el ámbito local, la sociedad mercantil local, que constituye un modo directo de gestión, no puede considerarse un tercero a efectos de la Administración local matriz, sino una simple opción organizatoria no desvinculada de la organización de la propia Entidad local. De ahí que no tenga sentido que si una Entidad local crea una sociedad mercantil pública para la gestión de competencias, funciones o servicios municipales se le imponga que se someta a la legislación de contratos, toda vez que ha creado una organización *ad hoc* para ello. En otras palabras, se trata de **un medio propio de la Administración. La relación de instrumentalidad tiene como nota esencial la dependencia de la entidad matriz, por consiguiente, entre la matriz y la instrumental sólo caben relaciones de subordinación, a través de la potestad de dirección, como forma de articular el cumplimiento de fines de la matriz a través de la instrumental.** La Administración puede decidir si actúa con medios propios (orgánicos o personificados) o requiere de la colaboración de un tercero para la realización de sus competencias y la consecución del interés general. Lo que sí existe es un derecho subjetivo a que, cuando la Administración decide acudir a la contratación, se produzca la misma con concurrencia y publicidad.

Para que exista contrato es preciso que sea celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

Por ende, sólo quedan al margen de la normativa comunitaria de la contratación pública y del TRLCAP los encargos, encomiendas o contratos-programas que celebre una Administración territorial matriz con sus propias entidades o sociedades instrumentales. Quiere decirse que al entablarse dicha relación de dependencia únicamente con la matriz bien de manera directa o indirecta, no puede, por definición, erigirse en medio propio de otra Administración pública que no ejerce influencia alguna sobre el ente instrumental, pues en tal supuesto, siempre que la materia sobre la que verse sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o servicios, cualquiera que sea la denominación que reciba, –encargo, encomienda, contrato-programa o convenio–, existe un verdadero contrato al que es de aplicación preceptiva el TRLCAP. Además, no cabe su elusión por la vía de proclamar en el grupo normativo *ad hoc* aplicable al ente instrumental, aunque se trate de una ley, que es medio propio de otra u otras Administraciones si realmente no lo es. Este es el requisito que subraya el nuevo apartado 1 del art. 3.1 TRLCAP y que impone la revisión de la configuración como “medio propio” de un número importante de sociedades instrumentales, reconduciéndola a sus justos límites al objeto de acomodarse al Derecho comunitario.

El correo electrónico como medio de notificación administrativa en el Derecho Propio de Andalucía¹

Eduardo Gamero Casado

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- EL DERECHO ESTATAL BÁSICO: LA CENTRIFUGACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NOTIFICACIONES TELEMÁTICAS Y SUS DESACONSEJABLES CONSECUENCIAS. 3.- EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LAS NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS POR CORREO ELECTRÓNICO EN ANDALUCÍA. 3.1.- Encuadre normativo: el Decreto 183/2003, de 24 de junio. 3.2.- Requisitos de orden técnico: la constancia y sus vías de consecución; autenticidad, integridad, sellado de fechas. 3.3.- Especialidades de procedimiento. a) La previa elección del medio por el destinatario y el señalamiento de los procedimientos en que será de aplicación. b) Particularidades en el envío del mensaje. c) Reglas específicas en cuanto al acceso: fecha de notificación. d) Incidencias en la notificación por correo electrónico: rechazo tácito, supresión del segundo intento e imposibilidad de acceso al contenido. 3.4.- Notific@: el Sistema de Notificaciones Telemáticas de la Junta de Andalucía. a) Descripción general. b) Altas y bajas en el sistema y en los concretos procedimientos en que opere. c) Gestión de las notificaciones. d) Recapitulación crítica. 4.- NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS AUTÓNOMICAS EN ENTORNOS ESPECÍFICOS. 4.1.- La mensajería electrónica en redes intranet y en relaciones de sujeción especial. 4.2.- Notificaciones administrativas remitidas al “correo electrónico del ciudadano” facilitado por la propia Junta de Andalucía. La Orden de la Consejería de Presidencia de 7 de mayo de 2003, sobre correo electrónico del ciudadano. 4.3.- La mensajería electrónica convencional como último y desesperado recurso. 5.- FINAL.

¹ Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación MCyT SEC2001-3696, sobre “Derecho público de la Sociedad de la Información y el Conocimiento”. Mi gratitud a José Manuel Fernández Luque, por haberme insistido en la conveniencia de realizar y publicar este trabajo.

1. INTRODUCCIÓN

La notificación es un trámite esencial para la gestión administrativa: la eficacia de todos los actos administrativos que afecten a derechos e intereses legítimos depende de su adecuada realización. Tras la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, su trascendencia es aún mayor, por cuanto que la notificación debe practicarse antes del *dies ad quem* para la producción del silencio administrativo, de tal manera que una notificación defectuosa, o la ausencia total de este trámite, supondría la generación de un acto presunto estimatorio o la desestimación presunta de lo pedido. Todo ello determina la necesidad de apoderar a la Administración con instrumentos eficaces de notificación administrativa.

Máxime, cuando la sociedad actual ha transformado radicalmente sus hábitos domésticos, dificultándose de manera extraordinaria la entrega de notificaciones postales al encontrarse los domicilios desocupados la mayor parte del tiempo. La implantación de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información y el conocimiento, y su acceso cada vez más generalizado al común de la población, hacen especialmente deseable la articulación de un régimen jurídico específico que contemple la posibilidad de recibir notificaciones administrativas por correo electrónico, adaptando las determinaciones comunes relativas a los medios de notificación a las particularidades específicas que entraña el empleo de este medio.

Uno de los servicios de telecomunicación más extendido en la actualidad es la mensajería electrónica, que puede operar por diferentes sistemas o redes (SMS, UTMS, redes intranet), pero cuyo medio más frecuente –y el que concretamente nos interesa– es su envío y recepción por Internet (MMS). El legislador común ha percibido la utilidad de su empleo y ha procurado atenderla mediante una nueva reforma de la Ley 30/1992, esta vez operada mediante el siempre dudoso recurso a las leyes de acompañamiento (concretamente, el art.68 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), articulándose, además, mediante una enmienda planteada en el Senado, y evitándose de este modo toda la cuidadosa batería de controles y cautelas preventivas que deben acompañar la reforma de una Ley medular del ordenamiento jurídico, como a todas luces es la LRJAP². La reforma adolece de claras deficiencias y contie-

² Si hemos de ser coherentes con la doctrina del Tribunal Supremo (no del Tribunal Constitucional) en esta cuestión, la modificación en examen sería inválida, al haber manifestado que:

ne posiciones muy cuestionables: entre ellas, abre la puerta al desarrollo reglamentario de las notificaciones por correo electrónico por parte de todas las Administraciones públicas, propiciando una desaconsejable diversidad de regímenes jurídicos en esta cuestión sobre la que volveremos más tarde. Ahora tan solo anticipamos el dato, para aclarar que el objeto específico de este trabajo es analizar el concreto régimen jurídico aplicable a las notificaciones por correo electrónico que realice la Administración de la Junta de Andalucía.

Así como el interés que presenta el empleo de este medio de notificación ha dado lugar ya a diversas aportaciones doctrinales³, el régimen específico de la notificación por correo electrónico en el Derecho administrativo andaluz no ha sido objeto todavía de análisis pormenorizado. La actualidad de esta materia es tanto mayor, cuanto que la Junta de Andalucía acaba de poner definitivamente en marcha –en abril de 2005– un Sistema de Notificaciones Telemáticas propio, denominado *Notific@*, análogo al SNTS que presta la Administración del Estado⁴ y con el que pueden practicarse notificaciones telemáticas seguras con constancia fehaciente de su entrega.

“Esta Sala considera que la abrupta introducción de una materia en las leyes de acompañamiento que pueda significar una modificación sustancial de las normas que serían susceptibles de ser clasificadas en el concepto atípico de «Derecho codificado» dentro del cual podrían incluirse, en una primera aproximación, las leyes orgánicas, principales o básicas y que constituyen cabeza de grupo de los distintos sectores del ordenamiento, puede ser susceptible de ser considerada como contraria al principio de seguridad jurídica en el supuesto de que no se advierta la justificación suficiente para introducir en la ley de acompañamiento una modificación legislativa cuya eficacia y certeza está en gran parte subordinada a su consideración en relación con el resto del sistema o subsistema en el cual pretende realizarse y cuyos efectos son susceptibles de proyectarse sobre un sector importante del ordenamiento. De resultar indispensable una modificación de tal naturaleza sería menester que la seguridad jurídica consistente en la garantía de la consistencia del ordenamiento producto del estudio y ajuste sistemático de la modificación y de la debida transparencia de su conocimiento se obtenga mediante técnicas normativas adecuadas que tengan su reflejo en el procedimiento de elaboración y en la sistemática de la norma o normas aprobadas y de los enlaces entre ellas”; cfr. STS (Sala 3ª) de 27/1/03, rec.388/2000.

³ Vid. GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas. Y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento común*, Bosch, Barcelona, 2005, págs.105 y sigs.; J. VALERO TORRIJOS: *El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo*, Comares, Granada, 2004, págs.107 y sigs.; BAUZÁ MARTORELL, F.J.: *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada 2002; DÁVILA MURO, J.: “La notificación digital hacia los ciudadanos: características y posibles modelos”, *SiC*, n.º.44, 2001; y GAMERO CASADO, E.: “La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre”, *REDA*, n.º 116,2002, págs.501 y sigs.

⁴ El SNTS o Sistema de Notificaciones Telemáticas Seguras, ofrecido por el Ministerio de Administraciones Públicas mediante un convenio suscrito con Correos y Telégrafos y al que puede accederse en una sección específica del Portal del Ciudadano, en <http://www.notificaciones.administracion.es>

2. EL DERECHO ESTATAL BÁSICO: LA CENTRIFUGACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NOTIFICACIONES TELEMÁTICAS Y SUS DESACONSEJABLES CONSECUENCIAS

El marco de referencia común para las notificaciones por correo electrónico radica en el vigente apartado 3º del art.59 LRJAP, introducido, como se ha dicho, mediante el art.68 de la Ley 24/2001, y cuyo texto es el siguiente:

“Para que la notificación se practique utilizando medios telemáticos se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o consentido expresamente su utilización, identificando además la dirección electrónica correspondiente, que deberá cumplir con los requisitos reglamentariamente establecidos. En estos casos, la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso”.

Este nuevo apartado es un precepto ensimismado, que evidencia un notable autismo normativo y se distancia perceptiblemente del régimen común aplicable al resto de medios de notificaciones administrativas. El texto se relaciona poco con su entorno más inmediato (el propio art.59 LRJAP), y nada en absoluto con otras disposiciones más alejadas sistemáticamente, pero con las que guarda una estrecha conexión material. El legislador parece apartar de este modo al correo electrónico del régimen general de las notificaciones administrativas⁵, y construirle *en la propia ley del procedimiento común* unas reglas específicas que sólo permitan la aplicación del régimen general cuando sea preciso completar estas concretas previsiones.

⁵ Es el caso, por ejemplo, del art. 40.2.a) y la Disposición Transitoria Novena de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (actualmente, art.25 LGTe 2003), y su reglamento de desarrollo; de la Ley 5912003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica; el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración del Estado; y del Real Decreto 1290/1999, de 27 de julio, que desarrolla el artículo 81 de la Ley 66/1997, en materia de prestación de servicios de seguridad en las comunicaciones de las Administraciones Públicas a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, entre otras disposiciones ciertos requisitos establecidos por la Ley para el resto de medios de notificación⁶. Por obra de la Ley se rompería así el denominado “principio de intangibilidad de de las garantías del interesado y del procedimiento”? frente al empleo de medios informáticos, electrónicos y telemáticos por las Administraciones públicas.

Con ello, el nuevo apartado 3º del art.59 LRJAP pretende consentir el empleo de este cauce de notificación con mayor flexibilidad que los restantes, definiéndole un régimen específico que le exima de ciertos requisitos establecidos por la Ley para el resto de medios de notificación⁶. Por obra de la Ley se rompería así el denominado “principio de intangibilidad de de las garantías del interesado y del procedimiento”⁷ frente al empleo de medios informáticos, electrónicos y telemáticos por las Administraciones públicas.

El aspecto más significativo que plantea el art.59.3 LRJAP a los efectos que ahora nos interesan, es que constituye un precepto hibernado, supeditado al desarrollo reglamentario de los requisitos que deba reunir la “dirección electrónica” del ciudadano a fin de poder practicar notificaciones administrativas por correo electrónico. La Ley no contrae este desarrollo normativo al que emita la Administración del Estado, sino que admite implícitamente que cada

⁶ Impresión que se encuentra respaldada por la justificación de la enmienda con la que se incluyó en el Senado este precepto en la Ley de acompañamiento; se trata, concretamente, de se trata de la enmienda n.º 249, de modificación del texto original del Proyecto de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, y publicada en el *BOCG*, Serie 11, n.º 41 (c), de 30 de noviembre de 2001, cuya justificación era la siguiente: “La implantación, desarrollo y generalización de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en la actividad administrativa y, especialmente, en las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones constituye un factor estratégico para favorecer una sustancial mejora en la eficacia y calidad de los servicios públicos, un efectivo acercamiento de las Administraciones a los ciudadanos. y por ende, para impulsar la competitividad y el desarrollo económico y social.

El continuo desarrollo de los instrumentos y técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas encuentra su reflejo en el ámbito administrativo en acontecimientos como el compromiso de los Estados miembros de la Unión Europea de ofrecer a través de Internet los servicios públicos más relevantes (Programa eEurope); la iniciativa estratégica Info XXI «Una Sociedad de la Información para todos»; o la reciente puesta en servicio de distintos portales, como el «Portal del Ciudadano». Simultáneamente, los sistemas de firma electrónica se encuentran cada vez más desarrollados y difundidos en el ámbito de las relaciones entre ciudadanos y Administraciones públicas.

Resulta, en consecuencia, esencial y prioritario facilitar la utilización de las técnicas de información y comunicación para generar una verdadera «Sociedad de la Información». *Con tal fin, es indispensable realizar pequeñas adaptaciones en el régimen jurídico general administrativo que posibiliten y proporcionen cobertura jurídica al uso habitual de los medios electrónicos y telemáticos*” (la cursiva es mía).

⁷ Este principio se infiere por la doctrina de diversos preceptos, como el art.45 LRJAP y alguno de sus desarrollos reglamentarios (así, el Preámbulo y el art.2 del Real Decreto 263/1996, citado), y se resume en la necesidad de que la incorporación de las nuevas tecnologías a la gestión administrativa no entrañe una pérdida de garantías para los ciudadanos; sobre el particular, *vid. DE ASÍS ROIG, A.*: “Documento electrónico en la Administración pública”, en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información, CGPJ*, Madrid, 1996, pág. 161; *OCHOA MONZÓ, J.*: “¿Hacia la ciberadministración...”, *op.cit.*, pág. 157; y *BAUZÁ MARTORELL, F.J.*: *Procedimiento...*, *op.cit.*, págs. 49 y sig.

Administración pública lleve a cabo esta tarea conforme a su propio saber y entender. Así lo confirman, de otro lado, las disposiciones estatales dictadas con la cobertura de esta habilitación normativa, concretamente el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos (RDRNT); y la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, por la que se desarrolla la Disposición Adicional Primera del RDRNT: estas normas reglamentarias no han sido calificadas como Derecho estatal básico, de tal manera que cada Administración pública podrá establecer un régimen específico en materia de notificaciones telemáticas, como de hecho ya ha sucedido en algún caso, y particularmente en Andalucía, según podremos comprobar oportunamente.

En efecto, cada Administración pública dispone de una habilitación legal incontestable en relación con este desarrollo reglamentario, que le permite decidir unilateralmente las condiciones técnicas en que deba desarrollarse la notificación por correo electrónico. En uso de esta potestad reglamentaria se podrá ser más o menos exigente, definir unos requisitos más estrictos o más flexibles, y el valor probatorio de la documentación resultante (sea electrónica o en soporte papel) estará en relación directa con el grado de rigor que el desarrollo reglamentario exija a la transacción. Esto nos conduce irremediablemente a *admitir que meras disposiciones reglamentarias de entes territoriales infraestatales (Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias), o incluso de administraciones institucionales, pueden determinar decisivamente el modo en que adquieren eficacia los actos administrativos*. Es perfectamente imaginable que dos notificaciones idénticas desde el punto de vista técnico sean válidas en unas Comunidades Autónomas y en otras no, en unos Municipios sí y en otros no; o lo que todavía es más preocupante, puede suceder que un mismo ciudadano esté sometido a regímenes distintos de notificación por correo electrónico según con qué Administración pública se relacione en cada momento, de tal manera que, a pesar de utilizar un mismo servicio de mensajería electrónica, las notificaciones que reciba sean válidas cuando las remita su Ayuntamiento y su Diputación Provincial, pero no cuando lo hagan el Estado o su Comunidad Autónoma, por poner un ejemplo. Y peor aún: si es vecino de un Municipio, pero se relaciona con otros (donde radique su empresa, su segunda residencia, etc.), puede que el régimen jurídico de las notificaciones que reciba sea distinto según cuál sea el Ayuntamiento notificador.

Buena muestra de todo ello es el Derecho propio de Andalucía, pues como se anticipó en la Introducción, la Junta de Andalucía ha puesto en marcha un Sistema de Notificaciones Telemáticas distinto al del Estado, como veremos en su lugar (*infra*, § 3.4).

Todo ello muestra plásticamente hasta qué punto se ha fracturado en esta materia la pretendida homogeneidad de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo que buscaba el art.149.1.18ª CE, provocando un sinsentido que nos hace retroceder sensiblemente en cuanto a los niveles de consecución del principio de seguridad jurídica que venía suponiendo la consolidación constitucional del concepto de procedimiento administrativo común. Para restañar esta brecha, convendría, a mi juicio, que el Estado regulase todos los pormenores concernientes a las notificaciones telemáticas en una norma dictada con invocación del título habilitante que contiene el art.149.1.18ª CE⁸, y preferiblemente distinta de la Ley 30/1992⁹, que en mi opinión, debería reordenarse hacia su función tradicional en esta materia: regular el régimen común de los medios de notificación de los actos administrativos, remitiendo a la legislación sectorial los particularismos de cada medio específico de notificación¹⁰.

No obstante, la situación actual, como ya se ha expuesto, confiere a todas las Administraciones públicas una habilitación legal expresa para desarrollar reglamentariamente las condiciones en que deban practicarse las notificaciones por correo electrónico; es más, el desarrollo reglamentario específico, a decir de la Ley, es imprescindible para que se puedan cursar tales notificaciones: el art.59.3 LRJAP no sólo es un título habilitante de la competencia normativa, sino un mandato de ineludible cumplimiento si la Administración pública en cuestión desea utilizar servicios de mensajería electrónica para practicar notificaciones administrativas. Andalucía ya ha activado su competencia normativa en la materia, y lo que haremos en adelante es analizar de qué manera lo ha hecho.

3. EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LAS NOTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS POR CORREO ELECTRÓNICO EN ANDALUCÍA

3.1. Encuadre normativo: el Decreto 183/2003, de 24 de junio.

La norma de cabecera en la materia objeto de análisis es el Decreto 183/2003, de 24 de junio (BOJA nº.134, de 15 de julio), por el que se regula

⁸ Es también la opinión de V ALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, pág. 130.

⁹ Por ejemplo, la Ley General de Telecomunicaciones, citada; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, o incluso la Ley de Firma Electrónica, citada.

¹⁰ Como viene sucediendo, por ejemplo, con la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal, en relación con las notificaciones postales.

la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (al que nos referiremos con el acrónimo DPAE, abreviación de la expresión “Decreto de Procedimientos Administrativos Electrónicos”). Aunque toda esta disposición resulte de nuestro interés, centramos la atención sobre dos artículos fundamentales.

En primer término, el art.15 DPAE dispone:

Artículo 15. *Notificaciones mediante medios electrónicos o informáticos.*

1. Para que las notificaciones administrativas que resulten de la aplicación de las actuaciones contempladas en este Decreto puedan llevarse a cabo mediante medios o soportes informáticos y electrónicos, de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, será preciso que el interesado haya señalado o consentido expresamente dicho medio de notificación como preferente mediante la identificación de una dirección electrónica al efecto. Dicha manifestación podrá producirse tanto en el momento de iniciación del procedimiento como en cualquier otra fase de tramitación del mismo. Asimismo, el interesado podrá, en cualquier momento, revocar su consentimiento para que las notificaciones dejen de efectuarse por vía electrónica, en cuyo caso deberá comunicarlo así al órgano competente e indicar una nueva dirección donde practicar las notificaciones.

2. La notificación telemática se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica, de modo que pueda comprobarse fehacientemente por el remitente tal acceso. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica señalada, transcurrieran diez días naturales sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, salvo que de oficio o a instancias del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

En principio, se diría que el régimen específico de la materia en Andalucía no es verdaderamente tal, pues la disposición en examen revela un claro mimetismo respecto del art.59.3 LRJAP, del que trae causa; y aunque pudiera pensarse que este orden de cosas es adecuado, por cuanto que supondría una homogeneidad *de facto* en el régimen jurídico de la notificación por correo electrónico que evita la fragmentación a que el Derecho estatal permite conducir, realmente no sucede así, pues este conciso mandato normativo deja sin respuesta un sinnúmero de interrogantes que circundan la práctica de la notificación por correo electrónico.

En cualquier caso, ese precepto no puede leerse aisladamente del resto del Decreto, y en particular resulta preciso interpretarlo a la luz del art.12 DPAAE, que a pesar de su extensión conviene transcribir porque lo invocaremos a menudo; este último dice:

Artículo 12. *Requisitos del sistema.*

1. La transmisión y recepción de información en red o de documentos electrónicos entre los órganos, unidades y entidades a los que se refiere el artículo 1 o entre éstos y los ciudadanos u otras Administraciones Públicas podrá realizarse a través de los medios y soportes electrónicos a los que se refiere este Decreto siempre que se garantice, en todo caso, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La garantía de la disponibilidad y acceso de los referidos medios y soportes y de las aplicaciones informáticas en las condiciones que en cada caso se establezcan.
- b) La compatibilidad técnica de los medios, aplicaciones y soportes utilizados por el receptor y el destinatario; y,
- c) La existencia de medidas de seguridad que eviten el que se intercepten y alteren las comunicaciones, así como los accesos no autorizados.

2. Cuando la relación que se establezca consista en la solicitud de información personalizada a los órganos, unidades y entidades a los que se refiere el artículo 1 sobre documentos y datos que no hayan sido previamente puestos a disposición del público se exigirá, además:

- a) Que exista constancia de la transmisión y recepción de la comunicación.
- b) Que se identifique fidedignamente al remitente y destinatario de la comunicación.

3. Cuando los medios, documentos y soportes electrónicos a los que se refiere el Decreto vayan a ser utilizados en las relaciones jurídico-administrativas que contempla esta disposición y, concretamente, en las comunicaciones entre el interesado y los órganos, unidades y entidades a los que se refiere el artículo 1 que se deban producir en la tramitación de procedimientos administrativos a través de redes de telecomunicación, se exigirá, además de todo lo anterior:

- a) Que el destinatario y el remitente utilicen una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y producida por un dispositivo seguro de creación de firma;
- b) Que dicha firma se acompañe de un dispositivo o servicio de consignación de fecha y hora que permita acreditar el momento exacto en el que la comunicación se produce y que, a su vez, permita evitar el rechazo de dicha comunicación por el remitente o el destinatario.

4. La Administración velará para que el funcionamiento de los sistemas se realice de acuerdo a unas políticas adecuadas de seguridad, autenticación, de firma electrónica, emisión de sellos de tiempo y recibos electrónicos. Igualmente, los servidores informáticos funcionarán bajo el uso de un certificado de componente emi-

tido por un proveedor de servicios de certificación electrónica habilitado de conformidad con el Real Decreto-ley 14/1999, sobre Firma Electrónica¹¹.

Como se observa, la importancia de este precepto es decisiva, pues establece una serie de requisitos imperativos cuando se trata de cursar notificaciones administrativas por correo electrónico. Sus apartados 1 a 3 suponen una progresiva acumulación de exigencias que resultan todas ellas predicables de las notificaciones por correo electrónico, con la sola excepción de las que se produzcan internamente, esto es, en la red intranet corporativa de la propia Junta de Andalucía. No obstante, a estos efectos el apdo. 3 absorbe en su contenido las exigencias dimanantes del apdo. 2, añadiendo además otros nuevos, por lo que circunscribiremos nuestro análisis al primero de ellos.

Ahora bien, el diseño del art.12 DPAE resulta excesivamente abstracto, quizá porque se concibe como un régimen genérico aplicable a todo tipo de comunicaciones telemáticas y no sólo a las notificaciones por correo electrónico. El problema reside en hacer descender a lo concreto esta panorámica general, y articular el modo en el que opera la exigencia de esta batería de requisitos *con ocasión de la tramitación de un procedimiento administrativo singular*, cuando el ciudadano pretenda ser notificado en el mismo por correo electrónico, o cuando declare su voluntad de servirse de este medio en toda una categoría de procedimientos.

En este sentido, los arts.12 y 15 DPAE no casan bien entre sí. Interpretados armónicamente, debe suponerse que cuando el ciudadano decida ser notificado por correo electrónico habrán de garantizarse, entre otros extremos, la compatibilidad técnica de los medios, aplicaciones y soportes utilizados por el emisor y el destinatario, la existencia de medidas de seguridad que eviten que se intercepten y alteren las comunicaciones, así como los accesos no autorizados y el resto de exigencias que menudea el art.12; pero el art.15 no establece un procedimiento en cuya virtud la Administración de la Junta de Andalucía proceda a verificar todos estos extremos antes de reconocer el derecho del ciudadano a ser notificado por correo electrónico, y parece proclamar ese derecho del ciudadano con carácter previo y absoluto, lo que resulta a todas luces inadmisibile.

Convendría conciliar los arts.12 y 15 en lo que se refiere a las notificaciones por correo electrónico mediante una disposición normativa subordinada

¹¹ La remisión debe entenderse realizada actualmente a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.

(Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública, promovida por la Dirección General de la Administración Electrónica y Calidad de los Servicios, de la Secretaría General para la Administración Pública), que concrete y aclare el protocolo que deba seguirse para reconocer al ciudadano su derecho a recibir notificaciones mediante un determinado servidor de correo electrónico, así como para tramitar las altas y las bajas en los diferentes procedimientos o incluso durante la tramitación de un procedimiento determinado. Tal disposición de desarrollo no ha llegado a dictarse, aun cuando ya se ha implantado el sistema *Notific@*, que supone un concreto régimen de selección de procedimientos por parte de los ciudadanos a efectos de recibir notificaciones telemáticas que, por las razones que se verán en su lugar, no puede entenderse como un mecanismo excluyente de otros cauces de notificación por correo electrónico.

3.2. Requisitos de orden técnico: la constancia y sus vías de consecución; autenticidad, integridad, sellado de fechas.

La consagración de un régimen jurídico específico para las notificaciones por correo electrónico en el art.59.3 LRJAP no exime a la Administración de respetar los requisitos que genéricamente prescribe para todo medio de notificación el apdo.1 del mismo artículo, con arreglo al cual: “Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado”. Tratándose esencialmente de requisitos de constancia, de la mera lectura del precepto se colige que el problema esencial de todo este asunto es de carácter probatorio: la Administración deberá practicar las notificaciones por un medio que le permita demostrar posteriormente todos los extremos pedidos en la Ley, aunque nos interesa destacar que el Derecho estatal común no exige una constancia *fehaciente*, sino la mera constancia de los elementos indicados. La complejidad que este asunto entraña es que la prueba de las transacciones telemáticas opera con elementos diferentes de la prueba en soporte papel, si bien esta cuestión presenta tal dificultad que resulta imposible tratarla aquí pormenorizadamente, sin perjuicio de lo que puntualmente podamos decir a colación del resto de la exposición¹².

¹² Para el estudio detallado del valor probatorio de los diferentes documentos electrónicos puede verse SANCHÍS CRESPO, C.: *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; del mismo autor, “La prueba por soportes informáticos en la LECiv 1/2000”, *Actualidad Informática Aranzadi*, n° 36, 2000; BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2003, págs.357 y sigs.; GAETE GONZÁLEZ, E.A.: *Instrumento público electrónico*, Bosch, Barcelona, 2002, *passim*; BAUZÁ MARTORELL, F.J.: *Procedimiento...*, *op.*

En lo que nos interesa, el principal problema que plantea el intercambio telemático es la inseguridad de la transacción, y especialmente, por lo que se refiere a los requisitos de integridad, autenticidad y constancia de la notificación, puede ocurrir que se altere el mensaje, que se suplante la personalidad del receptor, que su destinatario niegue haberlo recibido, etc.¹³. La técnica supera estos obstáculos ofertando una serie de servicios, que se articulan con técnicas biométricas, criptográficas –cifrado– o mediante claves de acceso¹⁴. Se encuentra bastante generalizada la opinión de que, para su aptitud como me-

cit., págs. 4 y sigs.; GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas, op. cit.*, págs. 147 y sigs.; MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILLAR, S.: *Derecho jurisdiccional*, vol.2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 329 y sigs.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, v. y MORENO CATENA, V.: *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 2000, págs. 73 y sigs.; LORCA NA V ARRETE, A.M. (dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (coord.): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 2025 y sigs.; LLANEZA GONZÁLEZ, P.: *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 325 y sigs.; CHAVELI DONET, E.: “La prueba por soportes informáticos: algunos apuntes sobre su régimen procesal antes y después de la nueva LECiv”, en DA V ARA RODRÍGUEZ, M.A. (coord.): *Encuentros sobre Informática y Derecho 2000/01*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs.315 y sigs.; BADENAS CARPIO, J.M.: “Diferencia entre firma electrónica y firma electrónica avanzada”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 526, 2002, págs. 5 y 6; VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, págs. 19 y sigs.; y RAYÓN BALLESTEROS, C.: “Las modernas tecnologías en la nueva Ley de Enjuiciamiento”, en la misma obra, págs. 347 y sigs.

¹³ Vid MAR TÍNEZ NADAL, A.: *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, Madrid, 1998, págs.33 y sigs.; SANCHÍS CRESPO, C.: *La prueba...*, *op.cit.*, pág.90; GALINDO, F.: “Firma electrónica e instituciones de confianza: algunas precisiones”, *La Ley*, nº.4696, 1998, pág.16. Por su parte, DA V ARA RODRÍGUEZ, M.A.: “El documento electrónico en la vigente Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *RAP*, nº.131, 1993, pág.4 77, reprocha a esta crítica el hecho de que el olvido de estas nuevas técnicas conlleva mayores riesgos sobre la garantía de los ciudadanos que su empleo, al deparar éste mayor rapidez, mayor protección y mayor seguridad en el tratamiento de la información.

¹⁴ Una aproximación a todos estos conceptos desde una perspectiva jurídica en GREWLICH, K.W.: *Governance in “Cyberspace”. Access and Public Interest in Global Communications*, Kluwer Law Int., The Hague/London/Boston, 1999, págs. 171 y sigs.; LLANEZA GONZÁLEZ, P.: *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Bosch, Barcelona, 2000, págs. 295 y sigs.; BERTRAND, A. y PIETTE-COUDOL, T.: *Internet et le droit*, PUF, Paris, 1999, págs.90 y sigs.; BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, Dykinson, Madrid, 1998, págs.223 y sigs.; MARTÍNEZ NADAL, A.: *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, Madrid, 1998, págs.37 y sigs.; y DÁ VILA MURO, J.; MORANT RAMÓN, J.L.; y SANCHO RODRÍGUEZ, J.: “Autoridades de certificación y confianza digital”, en *Encuentros sobre Informática y Derecho*. 1997-98, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs.165 y sigs. También resulta ilustrativa la consulta de AA.VV.: *Criterios de seguridad, normalización y conservación de las aplicaciones utilizadas para el ejercicio de potestades*, Consejo Superior de Informática y para el Impulso de la Administración Electrónica-Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2004, págs.30 y sigs.

dio seguro de intercambio telemático, un determinado servicio debe reunir las siguientes características¹⁵:

- Autenticación: garantiza la identidad del emisor y del receptor.
- Integridad: asegura que el documento llega íntegro a su destino, sin manipulaciones intermedias y sin pérdida de partes de su contenido.
- No rechazo o no repudio en origen: impide que el remitente pueda negar el envío de un mensaje después de haberlo remitido.
- No rechazo o no repudio en destino: impide que el receptor pueda negar la recepción de un mensaje después de haberlo recibido.
- Confidencialidad: preserva el secreto de la comunicación.

El correo electrónico tradicional –el que ofrece con carácter general cualquier empresa prestadora del servicio–, adolece de graves limitaciones en punto a satisfacer estas exigencias, reparos que VALERO resume en los siguientes:

- a) La necesaria intermediación de terceros –empresas prestadoras de servicios de mensajería electrónica– en el proceso de notificación, siendo habitual que los servicios de entrada y salida se realicen por prestadores distintos, y circulando además el mensaje por redes abiertas –sin que resulten predecibles los nodos que atravesará–, lo que suscita dudas sobre el momento en que se entiende culminada la notificación.
- b) El hecho de que las empresas prestadoras de tales servicios suelen ser privadas, lo que priva a sus declaraciones del carácter probatorio reforzado propio de los documentos públicos administrativos.
- c) Los sistemas de correo electrónico que se ofrecen a los internautas son de calidad y características heterogéneas, pudiendo tener muy limitada su capacidad, lo que puede entrañar el rechazo de la notificación por el propio servidor de correo entrante sin que llegue nunca a depositarse en el buzón del destinatario.
- d) La eventual ubicación de los servidores de correo fuera del territorio nacional.
- e) Las carencias técnicas del servidor a efectos de verificar la firma electrónica del remitente, por lo que no se satisfarían las garantías de autenticidad en origen del envío.

El modo de sortear todos estos reparos es mediante la imposición de una serie de características técnicas a la notificación electrónica. El Decreto 183/2003 se sirve de dos instrumentos principales, contenidos en el art.12.3:

¹⁵ Vid., por ejemplo, LOMASCOLO SZITTY A Y, R.: “Aspectos técnicos de la firma electrónica”, en AA.VV.: *Firma digital y Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2003, pág.59.

a) Que el destinatario y el remitente utilicen una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y producida por un dispositivo seguro de creación de firma; y b) Que dicha firma se acompañe de un dispositivo o servicio de consignación de fecha y hora que permita acreditar el momento exacto en el que la comunicación se produce y que, a su vez, permita evitar el rechazo de dicha comunicación por el remitente o el destinatario.

El empleo de una firma electrónica *reconocida* –como sería calificada el concreto tipo de firma que contempla este precepto conforme a la taxonomía que inauguró la LFE de 2003, posterior al Decreto– introduce un elevado grado de seguridad en las transacciones telemáticas efectuadas en redes abiertas como Internet¹⁶. A estas características técnicas responde el certificado digital clase 2CA, o *Número de Referencia Completo* (NRC), un certificado digital basado en criptografía asimétrica que facilita gratuitamente la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT) y cuyo origen se sitúa en el art.81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, precepto que habilita a la FNMT para la prestación de servicios de certificación a la Administración General del Estado y al resto de Administraciones públicas con las que se suscriban los correspondientes convenios, como ha sucedido con la Junta de Andalucía, en cuyas dependencias se puede obtener¹⁷. En términos más coloquiales, se trata de la firma digital con la que la

¹⁶ Sobre la firma electrónica y sus diferentes modalidades puede verse, especialmente, AA.VV.: *Firma digital y Administraciones Públicas*, INAP, Madrid, 2003, *passim*; MARTÍNEZ NADAL, A.: *La Ley de Firma Electrónica*, Civitas, Madrid, 2001; BAUZÁ MARTORELL, F.J.: *Procedimiento...*, *op.cit.*, págs.25 y sigs.; y GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas*, *op.cit.*, págs.123 y sigs. Podemos definir a la firma electrónica reconocida como aquella que:

1) Permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, estando vinculada al firmante y a los datos a que se refiere de manera única, y habiendo sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control (requisitos de la firma electrónica avanzada).

2) Se ha generado mediante tecnologías calificadas como “dispositivo seguro de creación de firma”, esto es, que reúnen los requisitos técnicos señalados en el art.24.3 LFE.

3) Opera provista de un certificado electrónico, es decir, un servicio de seguridad expedido a su vez mediante firma electrónica, y que presta una entidad distinta del emisor y del receptor, vinculando los datos de verificación de firma a un firmante y confirmando su identidad (art.6.1 LFE).

4) Siempre que dicho certificado electrónico haya sido emitido por una entidad previamente reconocida como prestadora de servicios de certificación por otra entidad distinta, que a su vez ha sido acreditada con anterioridad, mediante instrumentos propios del sistema de calidad industrial.

¹⁷ La información relativa a como seguir el procedimiento de obtención de esta firma digital reconocida aparece también expuesta en el portal <http://www.andaluciaiunta.es>: activando el hipervínculo a la opción “Administración electrónica” se abre una página que, entre otras prestaciones, incluye un enlace relativo a la firma electrónica y a cómo obtenerla.

Agencia Estatal de la Administración Tributaria viene operando desde hace años para admitir la presentación telemática de declaraciones tributarias: ese mismo certificado digital, que cabe pedir por diferentes medios a la Administración del Estado¹⁸, es el que también puede obtenerse gratuitamente a través de la Administración de la Junta de Andalucía, y su reconocimiento es indistinto y simultáneo por la Administración del Estado (general o institucional) y la de la Junta de Andalucía, en virtud del correspondiente convenio¹⁹, así como por el resto de Administraciones públicas que se hayan adherido al mismo.

En cualquier caso, debe quedar claro que el DPAE, fiel al principio de neutralidad tecnológica, no impone que sea necesariamente el certificado digital de la FNMT el que opere como herramienta de seguridad y autenticidad en la transacción telemática, siendo suficiente el uso de cualquier firma digital avanzada basada en un certificado reconocido –art.12.3 a) DPAE–, o conforme a la terminología vigente, cualquier firma digital reconocida. Sin embargo, tanto la Administración del Estado como la Junta de Andalucía han impuesto precisamente este concreto certificado digital en sus respectivos sistemas de notificación electrónica (SNTS y *Notific@*, respectivamente), lo que resulta dudosamente compatible con la libre prestación de servicios de seguridad electrónica que establecen las leyes generales en la materia²⁰.

Con la imposición del empleo de una firma digital reconocida tanto por parte de la Administración notificadora como del receptor del mensaje, se introduce en el intercambio telemático a un tercero de confianza (*Third trust party*) que actúa a modo de *notaría digital*, consiguiéndose una trilogía de estándares de seguridad sumamente apreciada en el sector tecnológico²¹:

¹⁸ Puede consultarse toda la información al respecto en la URL <http://www.cert.fnmt.es/>, específicamente dedicada a este certificado digital.

¹⁹ Cuyo texto completo se encuentra accesible en http://ws024.iuntadeandalucia.es/pluton-Descargas17_248_convenio_fnmt-junta_andalucia.pdf

²⁰ Vid. GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas*, *op.cit.*, págs.141 y sigs.

²¹ Es opinión generalizada; *vid.*, por todos, MARTÍNEZ NADAL, A.: *La Ley...*, *op.cit.*, págs.54 y sigs.; V ALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op.cit.*, pág.143; POULLET, Y.: "Some considerations on Cyberspace Law", en FUENTES-CAMACHO, T. (ed.): *The/international Dimensions ofCyberspace Law*, UNESCO-Ashgate, Burlington, 2000, págs.150 y sigs.; y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.J. e CASTILLO V ÁZQUEZ, LC.: *Manual de las notificaciones administrativas*, Civitas, Madrid, 2004, págs.438 y Sig.s.

- La autenticidad en origen y en destino: se asegura que el emisor y el receptor son verdaderamente quienes dicen ser.
- Integridad: garantiza que el documento electrónico no ha sido manipulado desde que se envía por el emisor hasta que se recibe por el destinatario.
- No rechazo o no repudio: impide que el receptor pueda rechazar o niegue haber recibido el envío una vez realizado.

El único reparo que entraña el empleo de la firma electrónica es su *escindibilidad*, es decir, el hecho de que puede cederse o ser usurpada por un tercero (enmascaramiento), llegando a utilizarse sin intervención alguna de su titular, a diferencia de la firma manuscrita, que obra como sello personalísimo de complicada falsificación²². Esto plantea serios problemas en punto a garantizar de manera absoluta la identidad del suscriptor del acto administrativo (emisor del mensaje), así como del destinatario, al menos mientras que la firma electrónica no se apoye en mecanismos biométricos de refuerzo (huella dactilar, iris de los ojos...) asociados a su empleo, que aseguren incontrovertiblemente su uso por el titular de la misma²³. Sin embargo, como sostiene BARRIUSO, las claves personales garantizan la identidad en la comunicación telemática, y por ello su cesión por el titular le hace responsable de todas las consecuencias que puedan derivarse de la negligencia en su custodia y secreto²⁴. En la misma línea, y aún salvando las distancias, el art.2.2.3 del Anexo de la Orden de la Consejería de la Presidencia de 7 de mayo de 2003, por la que se establecen las condiciones para el uso del Correo Electrónico del Ciudadano, dispone “El usuario deberá custodiar y hacer un uso diligente de su contraseña, cuya confidencialidad es de su exclusiva responsabilidad. En caso de pérdida o robo de la misma deberá comunicarlo a la Administración de la Jun-

²² El problema preocupa especialmente a BAUZA MARTORELL, F.J.: *Procedimiento...*, *op.cit.*, págs.65 y 183 y sigs.; y TORRES LÓPEZ, M.A.: “El documento electrónico en las relaciones jurídico-administrativas: especial referencia a los actos de comunicación”, *RVAP*, n° 55, 1999, pág. 258.

²³ No es un deseo irrealizable: el DNI digital que facilitará gratuitamente el Ministerio del Interior dispondrá de estas tecnologías.

²⁴ Según afirma el autor: “Hemos de concienciarnos que la cesión de estas claves equivale a ceder nuestra identidad. Si no se puede garantizar el secreto de las claves y códigos el sistema no es válido. Las claves pertenecen exclusivamente a la persona a la que se conceden (titular), por lo que tienen el carácter de personales e intransferibles. Su vulneración por el titular, le hará responsable de todas las consecuencias que por su negligencia en su custodia y secreto, puedan corresponder”; cfr. BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, *op.cit.*, pág. 51.

ta de Andalucía”: un precepto que no es de estricta aplicación a la materia en examen, pero que contribuye a confirmar la afirmación de base que hemos realizado, pues lo propio cabe decir respecto de la cesión de un certificado digital, que potencialmente comporta consecuencias tanto o más graves que entregar a alguien un folio firmado en blanco. En este mismo sentido, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, y la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, responsabilizan de la custodia de los certificados digitales a sus titulares, y presumen la validez de los documentos firmados con ellos; en particular, el art.3.4 LFE dispone que “La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”, beneficiándolos de una presunción que dispone además de medios específicos de refutación²⁵. Es un tema sin duda apasionante, sobre el que por desgracia no podemos detenernos, remitiéndonos sin más a la bibliografía anteriormente citada –al comienzo de este apartado– en relación con el valor probatorio de los documentos electrónicos.

Más complicado de atender resulta el requisito del sellado de fechas, pedido por el art.12.3 b) DPAE, porque constituye un servicio añadido de telecomunicación que pocos operadores tecnológicos prestan a día de hoy. Es sumamente difícil lograr que un proveedor comercial de servicios de Internet ofrezca a los usuarios esta prestación, y en las aplicaciones usuales es relativamente fácil manipular la fecha de recepción de los mensajes. Este problema puede resolverse cuando el mensaje se entrega en un buzón situado en la galaxia organizativa del emisor, esto es, en una red Intranet cuyos nodos controle el propio emisor del mensaje, de tal manera que las trazas del envío permiten acreditar la fecha de entrega mediante la declaración del administrador del sistema. Pero en redes abiertas, como Internet, el mensaje atraviesa una serie de nodos sucesivos cuya singladura resulta además impredecible, siendo

²⁵ El art.3.8 LFE dispone: “El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la Ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

habitual que no se encuentren bajo el poder directivo del emisor, lo que hace materialmente imposible acreditar la recepción del mensaje en el buzón del destinatario, o que éste lo haya descargado en un equipo terminal (ordenador personal). Más adelante (§ 4) nos ocuparemos nuevamente de este asunto.

3.3.- Especialidades de procedimiento.

a) *La previa elección del medio por el destinatario y el señalamiento de los procedimientos en que será de aplicación.*

Tanto el art.59.3 LRJAP, como el art.15 DPAAE, disponen que el ciudadano habrá debido indicar este medio como preferente para que puedan practicarse notificaciones por correo electrónico. No se trata de un asunto menor, pues existen gran cantidad de inconvenientes que impiden reconocer la posibilidad de que el ciudadano sencillamente declare en el escrito de iniciación, o en cualquier otro posterior, que desea ser notificado por correo electrónico: en primer lugar, puede que sus dispositivos y sistemas no satisfagan los requisitos mínimos de seguridad dispuestos por el art.12, apdos. 2 y 3 RPAAE; y en segundo término, puede que las aplicaciones informáticas –los programas de procesamiento de texto, correo electrónico, u otros– utilizadas por la Administración para generar el mensaje y por el ciudadano para recibirlo no sean compatibles entre sí. El art.12.1 b) DPAAE exige que “para la transmisión o recepción de información en red (...) se garantice, en todo caso (...) la compatibilidad técnica de los medios, aplicaciones y soportes utilizados por el emisor y el destinatario”, pero no determina cómo articular esa garantía, ni tampoco cómo verificar que los equipos y dispositivos del destinatario reúnen las exigencias técnicas en cuestión. Existen al menos dos maneras de solucionar estos problemas.

1) La primera es que la Administración articule un procedimiento previo de verificación del cumplimiento de los requisitos por parte de los dispositivos, aplicaciones y sistemas utilizados por el destinatario. Esto exige que previamente incluso a la verificación se informe a los ciudadanos de las aplicaciones informáticas que se utilizarán para los envíos, teniendo presente el principio de neutralidad tecnológica –expresamente proclamado, por otra parte, en el art.12.1 a) DPAAE–, en cuya virtud habrán de ofrecerse diferentes alternativas o garantizar suficientemente la disponibilidad de las aplicaciones necesarias. Así, habrán de poder soportar el servicio al menos dos navegadores de Internet suficientemente implantados en el mercado; dos o más programas de correo electrónico; dos lectores de imágenes en el caso de que vayan a remitirse archivos de este ti-

po (por ejemplo, por las características de integridad que ofrece el formato pdf, es muy oportuno el envío del documento a notificar mediante un fichero ligado al mensaje que contenga la imagen escaneada del documento convertida a dicho formato); o bien facilitar gratuitamente al ciudadano el *software* necesario, que habrá de ser compatible con los sistemas operativos más implantados del mercado. También es preciso advertir previamente al usuario los requisitos mínimos de los dispositivos y sistemas que deban soportar dichas aplicaciones: capacidades de memorias, velocidad de proceso de datos, resolución, etc., exigencias que a menudo dependen no sólo del programa utilizado, sino incluso de la versión que concretamente se emplee.

Esta fase previa no aparece regulada en ninguna disposición normativa, lo cual puede crear en los ciudadanos la falsa impresión de que ostentan un derecho absoluto a ser notificados por correo electrónico con el simple requisito (carga, en términos técnico-jurídicos) de declarar este medio de notificación como preferente e indicar su “dirección electrónica”; pero esta hipótesis es inadmisibles, porque la eficacia del acto administrativo no puede quedar entregada a la libre disposición del ciudadano, y la notificación puede ser infructuosa en el caso de enviarse sin solventar previamente estas objeciones. Podría pensarse que, cuando el ciudadano solicita a la Administración ser notificado por este medio, conoce las exigencias legales y declara tácitamente satisfacerlas. En tal caso, cualquier problema en la notificación sería imputable a su propia torpeza, sin que pueda alegarlo como motivo de invalidez de posteriores actuaciones administrativas (art.110.3 LRJAP²⁶). Pero incluso este argumento chirría cuando recordamos que uno de los problemas que puede entrañar la comunicación telemática es la conectividad, esto es, la compatibilidad de las aplicaciones, de modo que la Junta de Andalucía habría de advertir previamente los programas de mensajería electrónica que utilizará y los requisitos mínimos de los sistemas que los soporten, cosa que de momento no nos consta que haya hecho, y este tipo de obstáculos no son imputables al ciudadano sino a la Administración.

Por último, es preciso recordar que difícilmente los proveedores actuales de servicios de Internet ofrecen el sellado de fechas de los intercambios telemáticos, por lo que será muy raro articular envíos en los que quede constancia de la fecha de recepción por el destinatario, salvo que éste envíe un acuse de recibo, naturalmente, pero en tal caso el momento de efi-

²⁶ Sobre el principio *nemo auditur turpitudinem aUegans* o prohibición de alegar la propia torpeza, y su aplicación al asunto en examen, puede verse ARANA GARCÍA, E.: *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho administrativo*, Comares, Granada, 2003, págs.65 y sigs.

cacia del acto (y de producción de silencio) quedan entregados a su esfera de decisión, lo que puede desembocar en graves problemas: el más elemental, que el ciudadano no remita acuse de recibo alguno y provoque de ese modo un silencio positivo que le favorezca.

2) La segunda opción, más razonable en términos técnicos por lo que hemos podido comprobar según cuanto llevamos expuesto, es que sea la Administración quien facilite al ciudadano un buzón de correo en el que practicar las notificaciones administrativas, dotando al servidor de los requisitos específicos de seguridad y constancia que piden las normas vigentes, los cuales, añadidos a la firma digital reconocida del ciudadano, permitirían superar limpiamente todas las exigencias que plantea el uso de este medio de notificación. Esta determinación es la que ha adoptado la Administración del Estado, articulándola mediante un convenio de dudosa legalidad –conduce a un monopolio de hecho–, suscrito entre el Ministerio de Administraciones Públicas y Correos y Telégrafos, facilitándose gratuitamente a todo ciudadano que lo solicite un Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras ciertamente admirable²⁷. La opción no casa bien con el tenor literal de la LRJAP y del DPAAE, conforme a los cuales es el ciudadano quien indica a la Administración cuál es la “dirección electrónica” en la que desea ser notificado, y no la Administración quien obliga al ciudadano a servirse precisamente de la “dirección electrónica” que ella misma le facilita; pero si recordamos las prisas con las que se aprobó la modificación de la Ley 30/1992 (de la que trae causa el texto del DPAAE), no nos puede extrañar de que contenga ésta y otras determinaciones difíciles de llevar a la práctica desde el punto de vista tecnológico; al menos, si deseamos que verdaderamente puedan notificarse actos administrativos en entornos de confianza.

Como ya sabemos, la Junta de Andalucía se ha decantado recientemente por esta segunda opción –emulando a la Administración del Estado– mediante la creación de *Notific@*, esto es, de un sistema propio de notificaciones telemáticas. La decisión es acertada en la medida que el mejor modo de conciliar las exigencias técnicas de los sistemas con el régimen jurídico de las notificaciones telemáticas es mediante la práctica de las notificaciones administrativas empleando un servidor emplazado bajo la órbita directiva de la Junta de Andalucía, a efectos de satisfacer ciertos requisitos normativos (como el sellado

²⁷ Vid. el portal específico de este servicio (asociado al portal del ciudadano) en la URL <http://notificaciones.administracion.es>; así como GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas*, op.cit., págs.226 y sigs.

de fechas) difícilmente alcanzables mediante los servicios de mensajería electrónica que ofrecen las empresas comerciales. Lo que ya no parece tan conveniente –lo recordaremos en su lugar– es duplicar los sistemas de notificación electrónica cuando el mismo resultado podría haberse logrado mediante la adhesión de la Junta de Andalucía al SNTS de la Administración del Estado, lo que hubiera sido coherente con el empleo por la Administración autonómica de la firma reconocida generada por la FNMT sin llegar a crear otro certificado digital diferente y exclusivo de Andalucía.

Por otra parte, el art.15.1 DPAAE dispone que el interesado podrá manifestar su deseo de ser notificado por este medio tanto en el escrito de iniciación del procedimiento como en cualquier momento posterior; y que asimismo, en cualquier momento podrá revocar su consentimiento. El precepto es muy generoso y consiente al ciudadano un cambio de criterio que puede repercutir dificultades organizativas graves a la Administración, pero es inobjetable desde el punto de vista legal. De otro lado, constriñe las vías de manifestación del ciudadano a las expresamente indicadas, pero parece posible articular una tercera que, de ejercerse voluntariamente, no entrañaría a mi juicio problemas de validez: la declaración previa al procedimiento, que pueda incorporarse por la Administración a un fichero susceptible de registrar altas y bajas generales de solicitudes de notificación electrónica en un catálogo de procedimientos administrativos aptos para admitir este medio de notificación. Esta manifestación previa resultará especialmente útil en procedimientos iniciados de oficio –en los que el ciudadano no podrá indicar el medio de notificación preferente en el escrito de iniciación, por cuanto que éste no emana de su esfera personal, sino de la propia Administración–, facilitando las cosas tanto a la gestión administrativa de los expedientes como al propio ciudadano. Esta es la opción elegida por *Notific@*, el sistema de notificaciones telemáticas de la Junta de Andalucía.

b) *Particularidades en el envío del mensaje.*

El envío de una notificación por correo electrónico debe reunir los requisitos generales que para toda notificación exige el art.58 LRJAP: el texto íntegro del acto, la fecha en que se dictó, el pie de recursos, la firma del titular del órgano administrativo, etc. Pero además, ha de satisfacer los requisitos específicos de seguridad dispuestos por el régimen específico de este medio de notificación. Hay al menos dos maneras de conciliar ambas exigencias.

La primera opción es elaborar el documento en soporte papel, como si se tratara de una notificación convencional, para luego digitalizar su imagen (es-

canearlo) y efectuar su tratamiento informático mediante un programa que nos ofrezca un fichero final de sólo lectura (como los que se realizan en formato pdf), garantizándose así la no alteración de su contenido. Estas operaciones equivaldrían a fotocopiar el original en papel para enviarlo al receptor, conservando el original del acto administrativo en su expediente y enviando la fotocopia, salvo que en este caso también conservaríamos copia –digital– del acto escaneado. Posteriormente, remitiremos un correo electrónico al interesado, adjuntando el fichero en cuestión, y encriptando el mensaje con la firma electrónica reconocida del emisor. El destinatario, cuando recibe el mensaje, dotado de equipos y aplicaciones compatibles, puede ejecutar el fichero adjunto y conocer el contenido íntegro del acto.

La otra alternativa, menos frecuente todavía pero cada vez más extendida, es la tramitación de todo el procedimiento administrativo en soporte digital. Si en estas circunstancias también la notificación será electrónica, resulta por completo innecesario imprimir el acto administrativo resolutorio: bastará con prepararlo mediante la aplicación informática correspondiente, incluyendo todos los elementos de la notificación (contenido íntegro, fecha, pie de recursos...), y suscribirlo digitalmente con la firma electrónica reconocida del titular del órgano administrativo resolutorio. Una segunda modalidad de este mismo supuesto se daría si el órgano resolutorio y el notificante fueran distintos (por carecer el primero del acceso a las aplicaciones de notificación, por haberse encomendado la función de notificar a un órganos específico distinto del resolutorio...), en cuyo caso el acto administrativo sería firmado digitalmente por el titular del órgano resolutorio, y la notificación (que incluirá, a su vez, el acto resolutorio) sería firmada digitalmente por el órgano notificante.

El empleo de firmas electrónicas en punto a generar los documentos administrativos llega a permitir la automatización integral del procedimiento, siendo perfectamente imaginable el desarrollo de todas sus fases mediante aplicaciones informáticas específicas que desemboquen en la inserción automática de la firma digital en el acto administrativo como fase final de todo el proceso. Esto, a su vez, plantea interesantes cuestiones sobre la teoría general del órgano administrativo y su emisión de voluntad, de las que se ha ocupado VALERO, a quien remitimos para su estudio detallado²⁸.

²⁸ Vid V ALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op.cit.*, págs.26 y sigs.

c) *Reglas específicas en cuanto al acceso: fecha de notificación.*

El art.59.3 LRJAP pretende resolver apretadamente todo el rosario de particularidades que resulta preciso regular para atender las especialidades que entraña el empleo del correo electrónico como medio de notificación administrativa. El Derecho autonómico parece haberse contagiado por este mismo afán de concisión, resumiendo todas las patologías y particularismos que eventualmente puede presentar la notificación por correo electrónico en el art.15.2 DPAAE, que dispone: “La notificación telemática se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica, de modo que pueda comprobarse fehacientemente por el remitente tal acceso. Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica señalada, transcurrieran diez días naturales sin que el destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el apartado 4 del artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, salvo que de oficio o a instancias del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso”. Estas disposiciones construyen una serie de reglas específicas en relación con las incidencias que pueden presentarse en el acceso al contenido de la notificación. Se trata, por tanto, de determinaciones relativas a la eficacia del acto administrativo notificado.

La primera particularidad es la determinación del *dies a quo* de la notificación, y debe notarse que en este punto difieren el Derecho estatal y el autonómico andaluz. El art.59.3 LRJAP solamente dispone que “La notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica”, a lo que el art.15.2 DPAAE añade la siguiente paráfrasis adicional: “de modo que pueda comprobarse fehacientemente por el remitente tal acceso”.

La aparente colisión en este punto entre el Derecho estatal y el autonómico encuentra como telón de fondo la doctrina constitucional acerca de la distribución de competencias en materia de procedimiento administrativo común, contenida, principalmente, en las SSTC 227/1988 y 198/1991, en cuya virtud, la competencia autonómica en materia de procedimiento administrativo se articula en torno a dos ejes: las disposiciones necesarias en materia de autoorganización autonómica (que supone la habilitación del título competencial necesario para dictar las previsiones adjetivas o complementarias en materia de procedimiento que requieran las particularidades organizativas propias de la Comunidad Autónoma), y el *criterio de la conexión*, esto

es, la atribución a la Comunidad Autónoma de una competencia sectorial sustantiva, que lleva implícitamente asociada la competencia para aprobar los procedimientos administrativos conforme a los que se ejercerá dicha competencia; en ambos casos, es imperativo para el legislador autonómico respetar las garantías mínimas –comunes– previstas en la LRJAP en beneficio de los ciudadanos.

Es preciso interpretar el art.15.2 DPAE de conformidad con estos postulados constitucionales. Para lograrlo, hemos de considerar, en primer término, que supone una manifestación del título competencial relativo a las particularidades organizativas autonómicas, pues no puede incardinarse en una competencia sustantiva específica, al versar sobre una materia horizontal o transversal, esto es, el procedimiento de notificación de los actos administrativos. Y en segundo lugar, hemos de interpretar su contenido en un sentido que no restrinja o limite las garantías que el régimen del procedimiento administrativo común reconoce al ciudadano. Este segundo aspecto resulta un poco más problemático, pues evidentemente no es lo mismo que se entienda practicada la notificación sólo cuando se produzca el acceso a su contenido, que cuando además de esto, tal acceso pueda comprobarse fehacientemente por el emisor.

Procedamos, en primer término, a concretar qué significa la expresión “que se produzca el acceso a la dirección electrónica”. En este sentido, “dirección electrónica” es un concepto de nuevo cuño, alumbrado por la Ley 24/2001, que el art.59.3 LRJAP emplea hasta tres veces, en sentidos semánticos aparentemente distintos, por lo que suscita problemas de interpretación. En primer lugar, cuando el legislador supedita la validez del medio de notificación al hecho de que la “dirección electrónica” satisfaga los requisitos reglamentariamente establecidos: en este caso, hubiera sido mejor decir “el servidor de correo electrónico”, porque de la dirección sólo son predicables requisitos de sintaxis, en tanto que sobre el servidor pueden imponerse exigencias de seguridad (como la autenticación en el acceso al buzón, la aplicación de técnicas criptográficas para el envío y recepción de los mensajes o garantías de integridad del contenido) y algunos servicios cualificados (como la expedición de acuses de recibo de los mensajes llegados al servidor y/o descargados desde él a un equipo terminal, o el sello de fechas), que son, entre otros, los que con posterioridad ha exigido el desarrollo reglamentario del precepto, tanto en el Derecho estatal como en el autonómico, según hemos tenido ocasión de comprobar; estas características no resultan predicables de la dirección electrónica en sí misma, pero sí del servidor de correo en el que se hospeda el buzón asociado a la dirección.

En segundo lugar, la misma expresión es empleada incorrectamente cuando el legislador afirma que la notificación se produce en el momento en que se tiene constancia del acceso a su contenido en la “dirección electrónica”: este es el concreto aspecto que ahora nos interesa. Pues bien, la dirección electrónica no es un lugar al que se tenga acceso, lo es el buzón que el servidor pone a disposición del usuario; por ofrecer un ejemplo comparativo, sería igualmente absurdo afirmar que se contesta a una llamada cuando se accede al contenido del número de teléfono. Para interpretar el sentido de la expresión en este caso prefiero cotejarlo con el siguiente.

En tercer lugar, se evidencia un uso incorrecto de la misma expresión cuando la Ley permite entender rechazada la notificación de haber permanecido ésta diez días en la “dirección electrónica”, siendo así, nuevamente, que la “dirección electrónica” no puede contener la notificación, al menos en su acepción tradicional, dado que hasta hoy se trata de un mero *nomen*, de una identidad de destino, y no de un espacio físico (en este caso, electrónico) propiamente dicho.

En los dos últimos casos es donde el texto suscita mayores dificultades de intelección, dado que la inexactitud observada permite articular dos alternativas diferentes de interpretación, según se entienda que el legislador hacía referencia a la disponibilidad del mensaje en el servidor o a su descarga en un equipo terminal por el destinatario: como es sabido, se trata de dos momentos radicalmente distintos que no sólo pueden estar muy separados en el tiempo, sino que, además, son completamente independientes, pudiendo darse el caso de que el destinatario no descargue nunca un mensaje que se encuentra disponible en su servidor²⁹.

²⁹ La preocupación que esta duda suscita es mayor cuando se recuerda que existen medios por los que un destinatario puede conocer la llegada de un mensaje a su servidor sin necesidad de descargarlo en un equipo terminal, y por consiguiente, sin que a la Administración le pueda constar que conoce la llegada del mensaje. Esto ocurriría, por ejemplo, de emplear el destinatario algún servicio *webmail*, que muchos proveedores ponen a disposición de sus clientes, y con cuya utilización el destinatario puede saber que le ha llegado un mensaje y quién se lo remite sin necesidad de descargarlo en su equipo ni acceder a su contenido. Por ejemplo, RedIris (encuadrada en el CSIC), pone a disposición de todos los usuarios pertenecientes a sus instituciones afiliadas el servicio SAUCE (Servicio de Acceso Universal al Correo Electrónico), cuyo objetivo es que desde cualquier punto conectado a Internet (salas de usuarios en congresos, PC portátil, ciber cafés, etc) sea posible leer y enviar correo electrónico, simplemente utilizando un navegador y sin necesidad de configurar ningún programa específico de correo electrónico (*vid.* <http://www.rediris.es/sauce>). Una de las principales utilidades de estos servicios es la de permitir accesos remotos a servidores accesibles únicamente por redes intranet, cuando tales servidores son configurados para rechazar cualquier conexión externa por razones de seguridad, algo cada vez más frecuente en redes *bunkerizadas* para prevenir ataques hostiles.

Lo razonable será entender que el legislador ha empleado en cada uno de estos casos la expresión “dirección electrónica” en un sentido diferente. En efecto, a mi modo de ver, se debe considerar que la notificación es eficaz cuando el destinatario descargue el mensaje desde su servidor a un equipo terminal (ya sea una computadora, un teléfono fijo o móvil, una agenda electrónica, un televisor, o cualquier otro³⁰), en tanto que el rechazo implícito operaría cuando la notificación estuviera disponible en el servidor durante diez días sin que el destinatario acceda a su contenido. Esta interpretación es en cierto modo de sentido común, pero en un ámbito tan sensible a la tutela judicial efectiva como la práctica de la notificación no debería tolerarse la ambigüedad a que conduce la imprecisión del apartado en examen³¹.

Retomemos pues el hilo principal de la exposición recordando que se trata de determinar qué consecuencias entraña el hecho de que, en el Derecho propio de Andalucía, a la expresión “la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica” que figura en el art.59.3 LRJAP se le haya añadido el epílogo “de modo que pueda comprobarse fehacientemente por el remitente tal acceso”, que figura en el art.15.2 DPAE. A mi juicio, el hecho de que exista constancia de haberse practicado la notificación no supone realmente una adición al régimen que se desprende *rectius* del procedimiento ad-

³⁰ El desarrollo de tecnologías PLC, que permitirán el acceso a Internet por medio de la red eléctrica, como las que Endesa espera ofrecer en breve (actualmente realiza pruebas en Zaragoza, a través de su filial ERZ, ofreciendo una velocidad de conexión de 2 Mbit/seg.), puede revolucionar este mercado y ampliar enormemente el espectro de aparatos terminales susceptibles de ofrecer prestaciones de mensajería electrónica: cualquier equipo eléctrico podría actuar como terminal de correo siempre que reuniese las correspondientes exigencias de hardware y software. Sobre el régimen jurídico de esta nueva tecnología puede verse ZEGARRA V ALDIVIA, D.: “Prestación de servicios de telecomunicaciones a través de redes eléctricas y competencia”, *RVAP*, nº.65, 2003, págs.221 y sigs.

³¹ Como evidencia el hecho de que el precepto ha sido interpretado diferentemente por otros autores: es el caso de V ALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op.cit.*, pág. 149, quien considera que, a efectos de entender practicada la notificación por correo electrónico, bastaría con que el interesado accediera a su buzón, sin necesidad de acceder efectivamente al contenido de la notificación (esto es, de descargarse el mensaje electrónico que la contiene). No puedo compartir esta interpretación porque la aplicación del canon literal depara resultados más beneficiosos para el interesado, ya que el art.59.3 LRJAP dispone expresamente que “la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica”, y a mi juicio, el texto resulta contundentemente expresivo de su significado, pues de otro modo hubiera debido decir “desde el momento en que se produzca el acceso a la dirección electrónica” -o más exactamente, “al buzón de correo electrónico-, lo cual es muy distinto.

ministrativo común, toda vez que el art.59.1 LRJAP, aplicable a todos los medios de notificación y por tanto también al correo electrónico, impone en todo caso que el medio empleado permita tener constancia de la recepción; en este sentido, el texto adicionado por el art.15.2 DPAE concordaría perfectamente con el Derecho estatal.

De otro lado, y como tuvimos ocasión de destacar anteriormente, el término *fehaciente* no aparece en el Derecho estatal común relativo a los medios de notificación (art.59.1 LRJAP), que únicamente exige el empleo de un medio que permita la constancia de ciertos extremos, pero no su constancia *fehaciente*. Éste último es un concepto jurídico indeterminado que no aparece definido en ninguna disposición general. El Derecho sectorial lo contiene esporádicamente para reservar al sector público determinados servicios añadidos de telecomunicación, y tal vez en él podamos encontrar orientación para resolver el problema.

El art.25.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTe), dispone: “El Gobierno podrá, asimismo, imponer otras obligaciones de servicio público, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, motivadas (...) d) Por necesidad de facilitar la disponibilidad de servicios que comporten la acreditación de fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción”. El antecedente normativo inmediato de este precepto era el art.40.2.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril (anterior LGTe), que con mayor pedagogía que el vigente disponía: “Los servicios de télex, los telegráficos y aquellos otros de características similares que comporten acreditación de la fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción” podrán incluirse en la categoría de servicios obligatorios de telecomunicación³².

³² Sobre el particular, *vid.* MALARET i GARCÍA, E.: “Comentario al artículo 40”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)*, Civitas, Madrid, 1999, págs.299 y sigs.; FERNANDO PABLO, M.M.: *Derecho general de las telecomunicaciones*, Colex, Madrid, 1998, págs. 139 y sigs. y 205 y sigs.; SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.: *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*, Comares, Granada, 1999, págs.204 y sigs.; MONTERO, J.J. y BROKELMANN, H.: *Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs.383 y sigs.; MOLLINEDO CHOCANO, J.J.: “Los servicios de telecomunicación”, en *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*, CGPJ, Madrid, 1999, pág.194; GIMENO FELIU, J.M.: “Las telecomunicaciones”, en BERMEJO VERA, I. (Ed.): *Derecho administrativo. Parte especial*, Civitas, Madrid, 1998, págs.1 018 y sig.; CASTELLANO TREVILLA, J.L.: “Servicio universal y los servicios obligatorios en la Ley General de Telecomunicaciones”, en *Curso de Derecho de las telecomunicaciones*, Dykinson-Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2000, págs.139 y sigs.; ARPÓN DE MENDIVIL, A.: “Obligaciones de servicio público”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs.453 y sigs.; y CASTEJÓN MARTÍN, L.: “Mercados de telecomunicaciones”, en *Comentarios a la Ley...*, *op. u/t. cit.*, pág. 97.

Estos servicios finales de valor añadido³³ permiten satisfacer los requisitos de constancia exigidos por la LRJAP en relación con la práctica de las notificaciones. De hecho, su posible configuración como obligaciones de servicio público trae causa justamente de que al permitir la acreditación fehaciente del contenido del mensaje y de su recepción constituyen un cauce idóneo para la práctica de notificaciones que precisen este grado de constancia³⁴. Según el art.37 del Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo del Título III de la LGTe (RSU), tales servicios son el télex, el telégrafo, el burofax, y aquellos otros servicios de características similares que comporten acreditación de la fehaciencia del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción. Esta redacción, que en su día se apoyó en el art.40.1 LGTe 1998, y actualmente encuentra cobertura legal en el art.25 LGTe, supone el reconocimiento de una habilitación al Gobierno para la declaración de los concretos servicios que merezcan la calificación de obligaciones de servicio público, por lo que la relación del RSU no es excluyente de otros servicios (como la mensajería electrónica) que posteriormente se incluyan en esta categoría³⁵. La extraña calificación legal (“obligaciones de servicio público”) no parece sino un eufemismo equivalente al servicio público a secas, justificado en la necesidad de garantizar la prestación de estos servicios con independencia de su rentabilidad empresarial³⁶.

La Disposición Transitoria Cuarta de la propia Ley establece que “En tanto no se proceda al desarrollo de lo dispuesto en el artículo 25 de esta Ley, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., prestará directamente los servicios de télex, telegráficos y otros de características similares, a los que se refiere el

³³ Sobre esta categoría en el tema que nos ocupa *vid* RA VENTÓS. A.: “Servicios de valor añadido: conmutación de datos por paquetes, por circuitos...”, en *Derecho de las Telecomunicaciones* La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, págs.377 y sigs.

³⁴ Para FERNANDO PABLO, M.M.: *Derecho general...*, *op.cit.*, pág.206, la calificación como servicio público se conecta con inequívocas funciones públicas, y en nuestro caso, con la acreditación de la fe pública documental.

³⁵ En el mismo sentido, MALARET i GARCÍA, E.: “Comentario al art.40”, *op.cit.*, págs.304 y sigs. Por ejemplo, el RDLFE no reserva al sector público la prestación del servicio de creación de firma digital, que en principio cumple los requisitos para ser encuadrado en esta categoría.

³⁶ *Vid* MALARET i GARCÍA, E.: “Comentario al art.40”, *op.cit.*, pág.302; y FERNANDO PABLO, M.M.: *Derecho generalL.*, *op.cit.*, pág. 139. La noción no es equivalente a la de “obligaciones especiales de operadores de servicios esenciales”, sobre la que puede verse FERNÁNDEZ GARCÍA, M.Y.: “Las obligaciones especiales de los operadores de los servicios esenciales económicos en red”, *RAP*, n° .163, págs. 127 y Sigs.

artículo 25.2 de esta Ley, ajustándose, en su caso, a lo que prevea el reglamento previsto en el apartado 3 de dicho artículo”³⁷, en lógica correspondencia con el derecho especial que la Ley del Servicio Postal reconoce a la misma Sociedad Estatal para practicar las notificaciones postales. Estos servicios obligatorios de telecomunicación son explotados en régimen de gestión directa según la Letra A) del Anexo al Real Decreto 1667/1991, de 15 de noviembre.

¿Podría pensarse que cuando el art.15.2 DPAA incluye el adjetivo “fehaciente”, está pensando en restringir el uso de la notificación electrónica a un servicio público de telecomunicación que desarrolle específicamente Correos y Telégrafos? Ese servicio existe en la actualidad, se denomina Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras y nos hemos referido a él un poco más arriba, pero no se había creado aún cuando se dictó el DPAA en 2003. Por tanto, creo que no es ese el sentido de la disposición autonómica, que en tal caso habría sido más explícita. Entiendo, por el contrario, que el Decreto andaluz simplemente persigue declarar que no basta cualquier mecanismo de constancia, como un simple acuse de recibo generado por el programa de mensajería electrónica del receptor sin valores añadidos, siendo exigibles, por el contrario, técnicas más robustas de acreditación y seguridad, y en concreto, de la firma digital reconocida del receptor.

Podemos concluir, por tanto, que el uso de la firma electrónica reconocida por parte del receptor del mensaje que impone el art.12.3 DPAA, produce la constancia fehaciente del acceso al contenido de la notificación que exige el art.15.2 DPAA, de tal manera que ambos preceptos se encuentran armónicamente relacionados. En punto a conciliarlos con el Derecho estatal común en el marco de las particularidades organizativas del procedimiento que corresponde disponer a las Comunidades Autónomas, como nos proponíamos hacer al inicio de este apartado, podemos salvar el texto invocando la ha-

³⁷ La Disposición Transitoria Novena LGTe 1998 atribuyó igualmente a Correos y Telégrafos el monopolio de prestación de estos servicios: “1. La entidad pública empresarial Correos y Telégrafos continuará prestando directamente los servicios de télex, telegráficos y otros de características similares, a los que alude el artículo 40.2.a) de esta Ley, ajustándose, en su caso, a lo que prevea el Real Decreto al que se refiere el apartado 3 de dicho artículo. Con tal objeto o con cualquier otro vinculado a sus fines propios, la referida entidad pública empresarial podrá participar mayoritariamente en sociedades, previa autorización, a propuesta de su Consejo de Administración, del Ministro de Fomento”. Un análisis pormenorizado de esta norma en DE LA SERNA BILBAO, M.N.: “Comentario a la Disposición Transitoria Novena”, en *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, *op.cit.*, págs.824 y sigs.

habilitación expresa que el art.59.3 LRJAP establece para que reglamentariamente se determinen por cada Administración pública los requisitos de la dirección electrónica del ciudadano: si bien este engarce resulta forzado y peregrino, suscitando alguna duda de legalidad (no parece que la exigencia de la firma electrónica reconocida pueda concebirse estrictamente como una característica técnica de la dirección electrónica, pues supone realmente un servicio añadido de telecomunicación), dos argumentos refuerzan esta interpretación: el primero, la precipitación con que se aprobó la modificación del art.59.3 LRJAP, dando lugar a graves imprecisiones –según ya hemos tenido ocasión de señalar anteriormente–, y exigiendo una interpretación coherente con el resto del ordenamiento jurídico como la que acabamos de ofrecer; y el segundo, que la Administración del Estado ha entendido la habilitación normativa en análogo sentido que la Junta de Andalucía, imponiendo exactamente el mismo requisito en las normas que desarrollan reglamentariamente el art.59.3 LRJAP –el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, y la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, citados–, y aunque la paridad normativa no puede interpretarse como requisito de validez (podrían ser ilegales tanto el Derecho estatal como el autonómico) no puede ignorarse su valor como elemento interpretativo del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como prudentemente advierte VALERO, este orden de cosas dejaría en manos del interesado el momento en que se perfecciona la notificación, de tal manera que le bastaría con no consultar el contenido de los mensajes para evitar que se produzca la notificación, por lo que resulta preciso definir una “regla supletoria temporal cuya aplicación venga determinada por circunstancias objetivas al margen de la actitud del interesado”³⁸. Conviene tratar este problema separadamente, junto a otras cuestiones con las que guarda estrecha conexión.

d) *Incidencias en la notificación por correo electrónico: rechazo tácito, supresión del segundo intento e imposibilidad de acceso al contenido.*

El art.59.3 LRJAP, y el art.15.2 DPAAE, pretenden resolver, en primer lugar, la eventualidad de que el ciudadano, que dispone ya de la notificación entregada en su buzón electrónico, no llegue a acceder al contenido del mensaje. Estos preceptos disponen que el rechazo –tácito– de la notificación electrónica se produce cuando el mensaje se encuentra disponible por espacio de

³⁸ Cfr. V ALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op.cit.*, pág.148. Por otra parte, a juicio del autor, esta misma necesidad determina que la notificación deba entenderse practicada cuando el interesado acceda a su buzón electrónico, y no cuando se descargue el mensaje a un equipo terminal.

diez días en el buzón del destinatario sin que éste acceda a su contenido, lo que constituye una destacable especialidad de este medio de notificación, que excepciona el protocolo aplicable al resto de medios admitidos por la Ley. El cambio entraña una tergiversación de los hechos, operada *de iure*, pues no es lo mismo un rechazo (término que presupone la actitud deliberada de no ser notificado), que una simple omisión de acceso (que puede ser involuntaria y deberse a un mero descuido); por consiguiente, habría sido preferible que en este caso la Ley afirmara sencillamente que la notificación se entendería practicada a todos los efectos³⁹, produciéndose una notificación tácita mejor que un rechazo tácito de la notificación.

Debe notarse, por otra parte, que el Derecho propio de Andalucía no exige la constancia “fehaciente” de la permanencia del mensaje en el servidor, a diferencia de lo que sucede con la constancia del acceso: basta, en este caso, con la mera constancia (no fehaciente) de la disponibilidad del mensaje. El problema reside, no obstante, en probar la entrega del mensaje en el buzón del destinatario, cuando el servidor en que se hospeda no radique en la esfera directiva de la Junta de Andalucía: ¿cómo puede tener constancia la Administración autonómica de que el mensaje ha sido efectivamente depositado en el buzón de un destinatario, cuando el servicio de mensajería electrónica se lo preste al ciudadano una empresa privada? La pregunta no tiene fácil respuesta, o mejor dicho, no la tiene en absoluto, salvo que reconozcamos que el ciudadano no es libre de designar cualquier dirección electrónica a efectos de notificaciones administrativas, sino tan sólo aquéllas que se sitúen bajo la órbita de la Junta de Andalucía o bien las que se hospeden en servidores de empresas que hayan suscrito con la Administración autónoma acuerdos específicos que contemplen este extremo⁴⁰.

En otro orden de consideraciones, los preceptos en examen suprimen el segundo intento de notificación, que de acuerdo con las reglas generales debería tener lugar en el espacio de tres días y a distinta hora. Esta particulari-

³⁹ Esta crítica es compartida por BAUZÁ MARTORELL, F.J.: *Procedimiento...*, *op.cit.*, rcágs.190 y sigs.; y V ALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op.cit.*, pág.153.

⁴⁰ En la Administración del Estado la cuestión se ha solventado mediante el desarrollo reglamentario, señalando los requisitos y obligaciones que asumen los prestadores del servicio de “dirección electrónica única” al ciudadano, entre los que se incluyen una serie de deberes de tipo documental que obligan al prestatario a remitir a la Administración certificaciones electrónicas que todas las incidencias que rodean a la notificación; *vid* la Orden PRE/155112003, de 10 junio, citada, y GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas*, *op.cit.*, págs.210 y sigs.

dad de la notificación por correo electrónico no deja de tener su lógica: el segundo intento encuentra su razón de ser en los medios de notificación de carácter inmediato, que no permiten el depósito del mensaje en algún lugar de donde el destinatario o su representante puedan retirarlo con mayor disponibilidad horaria dejando constancia del hecho⁴¹.

En relación con el plazo de permanencia de la notificación en el buzón del destinatario, se plantea VALERO la hipótesis de que la Administración pretenda retirarla una vez vencido dicho plazo perentorio arguyendo razones técnicas, como por ejemplo la limitación del espacio disponible; en su opinión, que suscribo plenamente, el mensaje debería permanecer en el servidor un período prudencial, toda vez que la falta de consulta puede deberse a un mero descuido del usuario y no a su intención deliberada, por lo que sugiere la permanencia del mensaje en tanto se encuentren abiertos los plazos de recurso contra el acto notificado⁴².

Por otra parte, y esta vez en garantía de los derechos de defensa del interesado, se permite a éste aportar prueba de la “imposibilidad técnica o material del acceso”, afirmación que suscita dos consideraciones. Por una parte, la necesidad de acotar el alcance de la imposibilidad, que debe ser exclusivamente la que resulte imputable al proveedor del servicio de mensajería electrónica, y nunca a otro tipo de causas (enfermedad del destinatario, avería de su equipo terminal, o cualquier otra) que permitan al destinatario condicionar por sí mismo la validez de la notificación con gran facilidad: siendo re-

⁴¹ Ahora bien, debo manifestar mi oposición respecto al agravio comparativo que ello representa sobre el destinatario cuando elige el correo electrónico como medio de notificación. Así, en el régimen jurídico de la notificación postal, el ciudadano dispone de dos intentos sucesivos de notificación, ambos con depósito de aviso en su casillero domiciliario y pase a lista del envío por espacio de un mes en el caso de no encontrarse presente en el domicilio; cuando después de todo esto no se logra el objetivo, se procede a la publicación sustitutiva del acto, y no a proseguir los trámites del procedimiento por entenderse tácitamente rechazada la notificación. Por el contrario, en la notificación por correo electrónico, basta con que se encuentre disponible en el buzón del destinatario durante diez días para que se entienda rechazada tácitamente, en lugar de procederse a su publicación sustitutiva. En principio, la opción seguida por el art.59.3 LRJAP me parece perfectamente admisible; pero lo que no puedo compartir es la asimetría de criterio entre ambos medios de notificación, tanto más, cuanto que el postal viene derivado de una norma meramente reglamentaria -el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales - que lleva a cabo una interpretación de la Ley ciertamente favorable para los interesados. Sería coherente solventar este orden de cosas unificando el criterio en una futura reforma legislativa.

⁴² Vid. V ALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op.cit.*, págs. 134 y sigs.

quisito *sine qua non* para el empleo de este medio de notificación el previo consentimiento del destinatario, parece justo que recaiga sobre él toda incidencia relativa a su esfera personal y no al mal funcionamiento del servidor, porque de otro modo la eficacia del acto queda excesivamente condicionada por avatares que no le son imputables a la Administración en modo alguno⁴³. Entiendo, por tanto, que la expresión “imposibilidad técnica o material” no comprende toda situación en que haya sido *materialmente* imposible el acceso al buzón, sino que se contrae a las circunstancias en las que el acceso no ha podido tener lugar por razones *materiales*, esto es, imputables a circunstancias estrictamente objetivas y específicamente relacionadas con el servidor de correo electrónico o con el prestador de servicios de certificación que interviene en el proceso de notificación.

Por otra parte, el precepto no establece las consecuencias que derivarían de esta comprobación, de modo que no sabemos lo que debe ocurrir cuando se demuestre la imposibilidad técnica o material del acceso: está claro que no puede entenderse el supuesto como rechazo de la notificación, pero no se determina si la Administración deberá proceder a un segundo intento por el mismo medio o por otro diferente, o bien puede interpretarse esta incidencia como una notificación infructuosa y procederse a la notificación sustitutiva mediante edictos y publicación en el diario oficial que corresponda en aplicación del art.59.5 LRJAP. En el caso de que se opte por repetir el intento de notificación, queda también sin respuesta legal el modo de efectuar el cómputo del plazo de depósito, pues la Ley no define si se reanudará el plazo en el punto en que se interrumpió la disponibilidad del mensaje –culminando lo que res-

⁴³ Por el contrario, para V ALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op.cit.*, págs.155 y sigs., cuando la causa que impide al acceso se sitúa en el ámbito del destinatario sería preciso distinguir entre impedimentos objetivos y subjetivos. A juicio del autor, los primeros, relativos a circunstancias técnicas, no podrían bloquear la eficacia del acto cuando resulten imputables a un tercero (por ejemplo, fallos en el servidor que impiden acceder al buzón); y por el contrario, sí podrían determinar el carácter infructuoso de la notificación (sin conducir a su rechazo tácito) cuando la imposibilidad en el acceso viniera referida a los medios que permanecen bajo el control del interesado y éste hubiera demostrado la diligencia debida podría considerarse la existencia de una justificación suficiente. y en cuanto a las circunstancias subjetivas, esto es, atinentes a circunstancias personales del destinatario, opina el autor que podría considerarse la existencia de una justificación suficiente cuando la entidad del problema sea tal que, aún empleando toda la diligencia debida, no pudiera conectarse a su dirección electrónica para recibir la notificación.

En mi opinión, esta construcción es excesivamente voluntarista y no casa bien con la práctica seguida en el resto de medios de notificación. Por ejemplo, en el caso de las notificaciones postales, de ser infructuoso el segundo intento se procede sin mayor escrúpulo a la publicación sustitutiva del acto, siendo indiferente que la ausencia del domicilio viniera motivada por el disfrute de vacaciones o por un ingreso hospitalario.

te hasta el total de diez días–, o bien se concederá de nuevo el plazo íntegro –diez días completos– a efectos de cómputo de un eventual rechazo tácito posterior. Por añadidura, cuando la Administración no reciba acuse de recibo de la notificación en el plazo de diez días, podrá desconocer si ello se debe a la desidia del destinatario (que simplemente no descargó su correo), o a la existencia de problemas en el servidor, por lo que no sabrá a ciencia cierta si debe entender presuntamente rechazada la notificación o no⁴⁴. En mi opinión, debido a todo lo anterior, lo prudente será que cuando el destinatario no recoja su mensaje la Administración proceda *siempre* a la publicación sustitutoria mediante edictos y en el diario oficial que corresponda, asegurándose así en todo caso la eficacia de la resolución.

En cualquier forma, y esto es importante notarlo, creo que conforme al art.58.4 LRJAP, con la puesta a disposición del mensaje en el buzón del destinatario se debe entender satisfecho el requisito del intento de notificación en plazo a efectos de impedir la producción de un acto presunto estimatorio, cuando fuera el caso⁴⁵. Esto concuerda con la doctrina contenida en la STS de 17/11/03, rec.128/2002, en cuya virtud, para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del correspondiente plazo máximo, basta con realizar un intento documentado de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del art.59 LRJAP, aunque finalmente dicho intento se revele infructuoso⁴⁶.

⁴⁴ No obstante, en el concreto caso de la Administración del Estado, la Orden PRE/1551/03, de 10 de junio, citada, impone al prestador del servicio de dirección electrónica única que certifique puntualmente cualquier fallo técnico que haya impedido el acceso al servidor, lo que elimina este problema. Distinto puede ser el régimen instaurado por otras Administraciones públicas en virtud de su capacidad reglamentaria en la materia.

⁴⁵ Es también la opinión de VALERO TORRIJOS, 1.: *El régimen...*, *op.cit.*, pág.154.

⁴⁶ La doctrina legal fijada por la Sentencia, que se dicta en resolución de un recurso de casación en interés de Ley, es la siguiente: “Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

3.4.- Notific@: el Sistema de Notificaciones Telemáticas de la Junta de Andalucía.

a) Descripción general.

En abril de 2005 la Junta de Andalucía ha puesto en marcha el servicio *Notific@* –o Sistema de Notificaciones Telemáticas– integrado en el conjunto de acciones que comprende el programa *Administración electrónica*, adscrito a la competencia de la Dirección General de la Administración Electrónica y Calidad de los Servicios, dependiente de la Secretaría General de Administración Pública de la Consejería de Justicia y Administración Pública. El sistema cuenta con una sección específica en el portal institucional-divulgativo de la Junta de Andalucía, siendo accesible en la URL <http://www.andaluciajunta.es/notificaciones>. Esta es su página principal:



En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente⁷.

Este sistema de notificaciones cuenta con el magnífico apoyo de un portal de carácter técnico, que expone los elementos esenciales de la Administración electrónica de la Junta de Andalucía, y que resulta accesible en <http://ws024.juntadeandalucia.es>

El propio portal describe los rasgos generales de este sistema de notificaciones en los siguientes términos (en cursiva, que son nuestras, sus elementos más significativos):

“El Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras de la Junta de Andalucía es el sistema que utiliza la Junta de Andalucía para realizar el envío y seguimiento de *notificaciones telemáticas fehacientes, con generación de evidencias comprobables de la entrega por el emisor y la recepción por el destinatario*. Este servicio está previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al Ciudadano y la tramitación de los procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet) y es conforme al Real Decreto 209/2003 de 21 de febrero por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos y será proporcionado por la Junta de Andalucía de acuerdo con la legislación aplicable o cualquier otra norma que venga a modificar, ampliar o derogar aquélla.

- Constituye un nuevo instrumento de comunicación ciudadano-Administración
- Se requiere el *consentimiento expreso del interesado*.
- *Solo para los procedimientos expresamente señalados por el interesado*.
- La acreditación de fechas y horas de recepción del aviso de notificación y el acceso del interesado al contenido se realiza mediante sellado de tiempo con el *Notario Electrónico de la Junta de Andalucía*.

La Junta de Andalucía asegura de conformidad con la legislación aplicable la *disponibilidad del servicio 7 días a la semana 24 horas al día*. Para el acceso a este servicio el usuario deberá suscribirse. La suscripción posibilita al ciudadano o empresa el acceso a las notificaciones procedentes de los diferentes Órganos y Organismos y emitidas telemáticamente, cuyo destinatario sea el propio usuario. La suscripción al servicio solamente obliga a la Junta de Andalucía respecto del alta en el servicio, el acceso al Buzón Electrónico, la garantía de la correcta distribución de notificaciones a los usuarios y la baja del servicio de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente. Por el hecho de mantener las notificaciones accesibles para el interesado, la Junta de Andalucía no se responsabiliza del contenido de las notificaciones, de los efectos jurídicos de las mismas ni de asegurar los efectos jurídicos que derivan de cada notificación.

(...)

Una vez puestas a disposición del usuario las notificaciones en su buzón electrónico personal, éste podrá:

- *Leer el contenido de las notificaciones, generándose un acuse de recibo firmado y fechado electrónicamente que se remitirá al emisor de la notificación*.

- Rechazar una notificación antes de abrirla. El rechazo genera un acuse firmado y fechado y un procedimiento de seguimiento y gestión de rechazados, estipulados en la normativa vigente o en los procedimientos de la Administración emisora.
- Visualizar la lista de notificaciones de cada carpeta y de su estado: recibidos, leídos, rechazados y caducados.
- Consultar los acuses de recibo, de lectura y de rechazo, firmados y fechados asociados a cada notificación.
- Clasificar las notificaciones que aparecen en su vista personalizada del buzón de notificaciones. Para facilitar la organización de las notificaciones y documentos según sus preferencias el usuario podrá crear subcarpetas.
- Borrar de su vista personalizada del buzón una notificación o documento ya leído o rechazado.
- Obtener una copia impresa del mensaje que está viendo en su pantalla a través de su navegador, así como del fichero adjunto, en el caso de que lo hubiera.

Para asegurar el fechado de la recepción, envío, acceso a notificaciones, se realiza la sincronización de la fecha y la hora con el Real Instituto y Observatorio de la Armada.

Por consiguiente, el servicio *Notific@*, que es de carácter gratuito, supone la implantación de un sistema de notificaciones telemáticas respetuoso con las exigencias normativas que regulan la materia en el Derecho estatal básico y en las disposiciones autonómicas de desarrollo. No trae causa de una Orden específica de la Consejería de Justicia y Administración Pública, sino que disfruta directamente de la habilitación que concede el art.18 DPAAE, en cuya virtud las aplicaciones, programas, medios y soportes instaurados en ejecución del Decreto serán aprobados y homologados por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, sin necesidad de mayores concreciones normativas. Su homólogo, el Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras (SNTS) de la Administración del Estado, por el contrario, se ha beneficiado de un excelente soporte reglamentario específico, constituido por la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, por la que se desarrolla la Disposición Adicional Primera del RDRNT: una disposición de excelente factura cuya emulación hubiera sido deseable, como veremos más tarde.

El servicio *Notific@* colma todas las garantías jurídicas y todos los requisitos técnicos dispuestos por las normas de aplicación, previamente estudiados en los epígrafes anteriores. Su operativa es tremendamente simple, en especial para quienes dispongan previamente de un certificado digital. Veamos cómo tiene lugar.

b) *Altas y bajas en el sistema y en los concretos procedimientos en que opere.*

Desde la página principal de *Notific@* (<http://www.andaluciajunta.es/notificaciones>), una vez se pincha en la opción “darse de alta en el sistema”, se ejecuta una aplicación específica que pide al usuario su identificación mediante el certificado digital reconocido que emite la FNMT (si no se dispone de él, habrá que obtenerlo antes de continuar). Cuando se acepta firmar digitalmente el intercambio aparece un formulario que le solicita sus datos personales: nombre y apellidos, dirección, teléfonos, dirección electrónica convencional, etc. En el caso de que pinche sobre la pestaña “Aceptar y firmar”, el sistema ofrece un nuevo cuadro de diálogo en el que el usuario debe suscribir una declaración de conocimiento y comprensión del formulario que acaba de rellenar. Caso de que acepte nuevamente esta petición, se le aparece otro cuadro de diálogo más en el que se le solicita autorización para la ejecución *on line* de un programa de software que resulta preciso para proseguir el proceso. Dicha aplicación informática presenta al usuario los certificados digitales disponibles en su equipo para que firme el formulario de alta con uno de ellos. Cuando se acepta firmar digitalmente aparece el aviso: “Formulario firmado válidamente”; después de aceptar también este mensaje, aparece el aviso: “Alta realizada correctamente, a continuación se accederá al sistema”, y hay que aceptar de nuevo. Al hacerlo, se accede propiamente al servicio de notificaciones telemáticas por primera vez, siendo requerido el usuario a que se identifique mediante su certificado digital. La generación del buzón electrónico por parte del sistema es velocísima, y en apenas unos minutos el usuario dispone ya de acceso al servicio. En conexiones sucesivas, para disfrutar propiamente del servicio bastará con pinchar en el enlace “Acceso al sistema” desde la página principal, tras de lo cual el usuario se identifica mediante firma digital. En ambos casos aparece esta pantalla:



Una vez que se acepta, todavía aparece otro aviso más que dice: “Declaro que entiendo el contenido del formulario que me dispongo a enviar”, hay que aceptar, y después firmar de nuevo digitalmente. Y después aparece el aviso “Formulario firmado correctamente”, que hay que aceptar; y todavía después otro aviso que dice “Suscripción al servicio realizada correctamente” y también hay que aceptar. Al poco tiempo de cursar cada alta en un concreto procedimiento, el usuario recibe una notificación en su correo electrónico convencional (cuya dirección incluyó en el formulario de inscripción al darse de alta inicialmente en el sistema) en la que se le da la bienvenida en el servicio y se le ofrece el enlace al portal de *Notific@*.

Las altas en los diferentes procedimientos se gestionan por el usuario una a una. Para proceder a la baja en alguno de los procedimientos en cuestión hay que seguir un camino parecido al descrito, pero activando la opción de baja en cada procedimiento a que se encontrara previamente suscrito.

c) *Gestión de las notificaciones.*

El alta en *Notific@* conlleva la creación de un buzón electrónico en el que se depositan las notificaciones administrativas dirigidas al suscriptor del servicio. El ciudadano no dispone de un nombre con que referirse a su cuenta de correo electrónico, esto es, lo que coloquialmente conocemos como dirección

de correo electrónico: una serie de códigos alfanuméricos, el signo @ –arroba– y otra serie de códigos alfanuméricos vinculados por lo general a un nombre de dominio. De tal manera que el usuario de *Notific@* no puede utilizar esta dirección electrónica para efectos distintos de las notificaciones administrativas, toda vez que no puede facilitar a terceros la *ubicación* de su cuenta de correo. Esto entraña que el sistema no entre en competencia con los servidores convencionales de mensajería electrónica, y también un ahorro de recursos, pues de este modo los buzones pueden tener una capacidad más reducida. No obstante, supone una importante restricción para los usuarios, que no pueden configurar sus programas de correo electrónico para descargarse automáticamente el contenido de esta cuenta específica con ocasión de su conexión a su proveedor habitual de servicios de Internet. La restricción comporta, igualmente, una expectativa de menor periodicidad en el acceso al buzón por parte del ciudadano, toda vez que se ve obligado a realizar *ex profeso* la operación a través de navegadores de Internet contactando nuevamente con el portal del sistema.

Este rasgo podría representar un gran demérito y un escollo indudable a la generalización de *Notific@*: difícilmente se arriesgará un ciudadano a ser notificado por un mecanismo que le exige consultar periódicamente un determinado portal de Internet, pues temerá olvidarse de hacerlo, y ya sabemos que la disposición del mensaje durante diez días en el buzón del destinatario equivale al rechazo de la notificación y permite a la Administración continuar el procedimiento sin más trámite. Pero esta minusvalía se resuelve del siguiente modo: cuando el usuario recibe una notificación telemática en *Notific@*, el servidor le envía un mensaje a la dirección electrónica convencional, esto es, la que el ciudadano facilitó con ocasión de su alta en el sistema, que previsiblemente será la que utilice de continuo y consulte con frecuencia, sin temor a que transcurra el plazo de depósito que habilita a proseguir el procedimiento sin haber consultado ese buzón usual de correo electrónico. El mensaje enviado a su dirección de correo convencional le advierte de la recepción de una notificación en *Notific@*, comunicándole que puede acceder a la misma a través del portal de Internet, haciendo constar el enlace directamente inscrito en el propio mensaje electrónico. Este protocolo de actuación permite conciliar la celeridad de la comunicación con la seguridad de la notificación. El sistema contempla la incorporación de un servicio de alerta semejante al descrito por medio de mensajes SMS enviados a un terminal de telefonía móvil, lo que puede ser aún más útil, pero también entraña algún riesgo dada su escasa fiabilidad.

Para acceder al portal de *Notific@* a fin de gestionar el correo es preciso pinchar en la opción “Acceso al sistema”. Al hacerlo, el servidor pide en línea

el certificado digital, y al confirmarlo se accede directamente al buzón del correo. El servicio funciona en modo *webmail*, es decir, que no opera mediante un programa independiente de mensajería electrónica instalado en el equipo del receptor –salvedad hecha de ciertas utilidades de software–, sino que se activa mediante conexión al servidor institucional de la Junta de Andalucía a través del navegador de Internet, lo cual es propio de sistemas *bunkerizados* (dotados de una rigurosa política de protección y seguridad), pues eleva considerablemente el nivel de los filtros y cortafuegos que el servidor puede erigir en prevención de potenciales ataques. Esto limita correlativamente las opciones del usuario. Así, el servidor no permite (al menos, de momento) enviar o reenviar mensajes, por lo que no es posible descargarse la notificación en otra dirección, o grabarla en algún tipo de soporte electrónico a fin de operar con los archivos correspondientes, por ejemplo, para conservar una copia, para remitirlos por vía telemática –a un abogado o asesor, a la pareja–, o a cualquier otro fin. En cualquier caso, sí se conserva copia de la notificación en el sistema, pudiendo consultarse por el usuario cuantas veces lo precise.

La página del navegador ofrece el listado de mensajes (notificaciones) disponibles en el buzón. Cuando se pincha sobre una notificación que todavía no ha sido leída por el usuario se le pregunta si desea acceder a su contenido, lo que pretende permitir al ciudadano optar por el rechazo de la notificación en ejercicio de las diferentes posibilidades que le ofrece la Ley; se notará que elegir el rechazo supone dar por practicada la notificación de igual manera que si accediera a su contenido. Esta opción resulta ciertamente llamativa, pues no le encontramos acomodo en el apartado 3º del art.59 LRJPAC, que, como sabemos, construye un régimen específico de notificación para la mensajería electrónica: debemos justificar su aparición acudiendo al apartado 3º del mismo artículo. Y esto siembra la duda de determinar si la notificación por correo electrónico regulada por el art.59.3 LRJPAC puede llegar a servirse de ciertas reglas o preceptos relativos al resto de medios de notificación que se encuentran previstos para evitar que el acto notificado no alcance eficacia. Entiendo que, tratándose de una previsión restrictiva de derechos, debería encontrarse expresamente prevista por el apartado 3º para resultar aplicable a las notificaciones electrónicas, sin que sea posible realizar una interpretación extensiva del apartado 4º del art.59.

Cuando el usuario opta por leer el mensaje, automáticamente se genera un acuse de recibo con garantía de no repudio, que queda registrado electrónicamente en el sistema, y al que el ciudadano puede acceder posteriormente a efecto de recordar en qué fecha accedió al contenido de la notificación, momento en el que como es sabido adquiere eficacia el acto administrativo notificado.

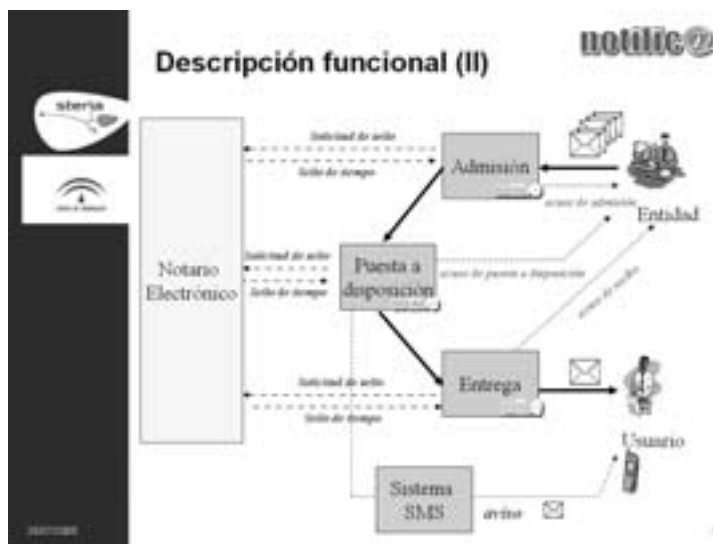
La herramienta empleada por el sistema para transmitir al usuario la notificación es el envío de un fichero adjunto al mensaje de correo electrónico en el que se le da traslado del contenido íntegro del acto a notificar, firma incluida. El sistema permite imprimir ese documento para que el receptor disponga de una copia en papel del acto notificado. Normalmente este fichero adjunto se construye en formato pdf: el empleo de un fichero Acrobat permite firmar digitalmente el documento y que el receptor compruebe la autenticidad de dicha firma, así como detectar las modificaciones o manipulaciones de que sea objeto posteriormente el documento, lo cual lo erigen en el soporte ideal de este tipo de transacciones.

El servidor facilita una serie de utilidades, como la gestión de carpetas (creación, modificación, supresión), el borrado definitivo de mensajes, su copiado a carpetas específicas, etc. En el futuro, además, se activará una función de alerta de recibo de notificaciones a través de SMS, esto es, de mensajería electrónica en terminales de telefonía móvil. Por lo demás, y como es lógico, el sistema reúne todos los requisitos de seguridad, normalización técnica y conservación exigidos por la normativa vigente.

d) *Recapitulación crítica.*

El conjunto de operaciones que comprende una notificación telemática segura puede resumirse mediante el siguiente gráfico⁴⁷, donde el “Notario electrónico” es el prestador de servicios de certificación (un tercero de confianza acreditado para prestar servicios de certificación digital, o *third trust party*, quien garantiza la neutralidad de la fuente; en el caso de la Junta de Andalucía, esta plataforma es la constituida Ancert, la Agencia Notarial de Certificación), la “Entidad” es el órgano u organismo de la Junta de Andalucía que pretende enviar la notificación, y el “Usuario”, el ciudadano suscrito a *Notific@*.

⁴⁷ Obtenido de la presentación de *Notific@*, preparada por Luis NA V ARRO y Antonio SE-RRANO, accesible en <http://ws024.iuntadeandalucia.es> (portal técnico de soporte a la Administración Electrónica de la Junta de Andalucía).



El Sistema de Notificaciones Telemáticas *Notific@* es ciertamente impecable en su factura. Constituye una clara apuesta por consolidar las nuevas tecnologías de la información en la gestión administrativa ordinaria de la Junta de Andalucía, erigiéndose en una poderosa herramienta para el impulso del Gobierno electrónico. Se trata de una auténtica *estafeta electrónica de la Junta de Andalucía*, mediante la que proceder, con plenitud de garantías técnicas y jurídicas, a la notificación formal de actos administrativos.

Sin embargo, cabe preguntarse si verdaderamente era preciso desplegar estos impresionantes medios para alumbrar un sistema propio de notificación telemática en Andalucía, sobre todo cuando percibimos que su dinámica de funcionamiento es muy similar a la que se ha seguido por Correos y Telégrafos para implantar el SNTS⁴⁸; sobre todo, cuando reparamos en que la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado (añadida por el Real De-

⁴⁸ Sobre el particular, véase GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas, op.cit.*, págs. 226 y sigs.; y el portal del SNTS, accesible en <http://www.notificaciones.administracion.es>

creto 209/2003), contempla la firma de convenios de colaboración de la Administración del Estado con otras Administraciones públicas a fin de extender el SNTS a procedimientos tramitados por las mismas. Este dato, unido a la ubicación del servicio en una URL vinculada al portal general de las Administraciones públicas, evidencia que la íntima vocación del SNTS es la de erigirse en la dirección única a efectos de notificación de toda suerte de actos administrativos, con independencia de cuál sea la Administración notificante.

La Junta de Andalucía obró con gran sensatez, a mi juicio, cuando renunció a crear una forma digital propia para asumir la general que facilita la FNMT, en virtud de un convenio de colaboración que está prestando innegables servicios a los ciudadanos andaluces. Es muy escaso el número de procedimientos a los que los ciudadanos pueden suscribirse todavía para ser notificados telemáticamente. A ello se le suma que ese listado no se integra con el relativo a la Administración del Estado, sino que exige a los interesados darse de alta en dos servicios diferentes de notificación telemática. No es previsible que se muestren muy dispuestos a hacerlo, al menos en tanto que el número de procedimientos sea significativo, o que se trate de un ciudadano que, por su perfil profesional específico, tramite un gran número de procedimientos y se relacione frecuentemente con la Junta de Andalucía, a lo que se debe añadir que conozca suficientemente las nuevas tecnologías y que se muestre partidario de su empleo.

Sin embargo, la adhesión al sistema de notificaciones de Correos y Telégrafos planteaba grandes dificultades de orden técnico, que no resultaron posibles de salvar debido a la rigidez de dicho sistema. Por ejemplo, la Junta de Andalucía ha apostado decididamente por el uso de software libre (empleando el sistema operativo Linux), lo que resulta incompatible el empleo exclusivo de los navegadores que operan con el SNTS (Internet Explorer y Netscape). A esto se le añade que el sistema criptográfico elegido por el SNTS también es excluyente y propio de Microsoft. Todo ello supone, además, que en el caso de aceptarse este sistema de notificaciones la Junta de Andalucía habría de asumir grandes costes en concepto de licencia por utilización de estas aplicaciones; en cambio, el manejo del software libre le exime de estos gastos. Finalmente, el desarrollo del sistema *Notific@*, impulsado por la propia Dirección General de la Administración Electrónica a través de la empresa Steria, ha resultado más económico que la adhesión a un sistema de notificaciones previamente creado por la Administración del Estado. Algo funciona mal en las relaciones interadministrativas cuando se llega a estos extremos de incompreensión.

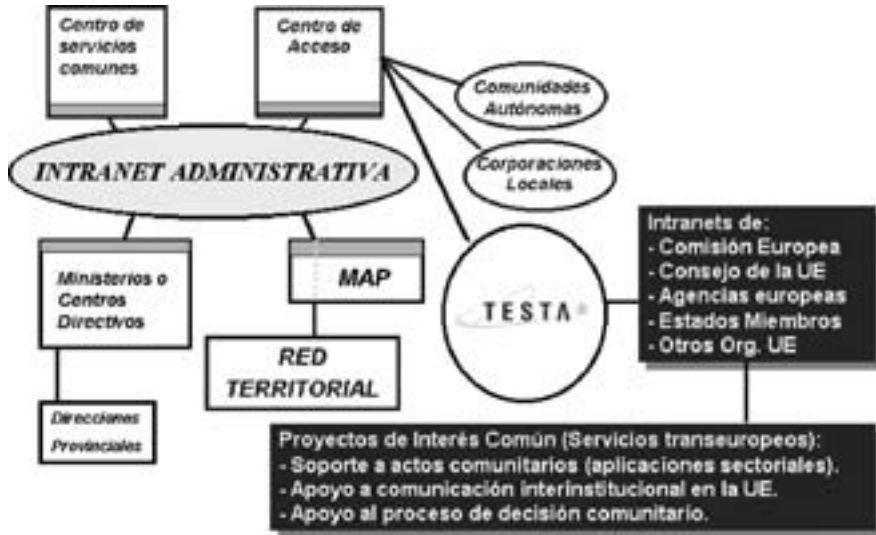
4.- NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS AUTONÓMICAS EN ENTORNOS ESPECÍFICOS

4.1.- La mensajería electrónica en redes intranet y en relaciones de sujeción especial.

Una intranet es la red de telecomunicación informática que conecta internamente entre sí los equipos de una determinada organización, quedando la gestión y administración de la red bajo su propio control. Esta red intranet puede a su vez conectarse a otras redes para construir “telarañas”: Internet, es, precisamente, una *telaraña mundial* (*world wide web* o *w3*) compuesta por una infinidad de conexiones entre redes informáticas intranets.

Existe una gran cantidad de redes intranet dependientes de las Administraciones públicas, por las que los mensajes electrónicos circulan de manera fiable y bajo la supervisión de un administrador del sistema dotado de la condición de funcionario público, quien puede certificar los intercambios electrónicos habidos en el dominio gracias a los mecanismos de traza con que se encuentran provistos los servidores de mensajería electrónica, que permiten incluso señalar desde qué localización IP se ha enviado y/o descargado un mensaje en un equipo terminal. El gráfico siguiente muestra la intranet administrativa de la Administración General del Estado, que interconecta todos sus órganos y organismos en un nodo central que registra todas las comunicaciones⁴⁹. Se observa, además, que esta red se conecta también, mediante un centro de acceso directo, con las redes intranet de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Unión Europea, sin atravesar otros nodos intermedios, lo que permite mantener las comunicaciones en entornos situados bajo el control de las correspondientes Administraciones públicas y con el respeto de sus respectivas políticas de seguridad.

⁴⁹ La imagen se ha obtenido de AA.VV.: *Criterios de seguridad...*, *op.cit.*, libro “Criterios de normalización”, pág.5.



A estas garantías de seguridad se les asocia el poder de sujeción especial que la Administración ejerce sobre su personal⁵⁰, que le permite implantar un sistema de mensajería electrónica para todo tipo de comunicaciones, facilitando a cada efectivo un buzón personal dotado de clave secreta de acceso y responsabilizándole de su custodia⁵¹, estableciendo expresamente mediante una norma reglamentaria (reglamento organizativo) el citado servicio de mensajería electrónica como medio de notificación interno.

A mi juicio, para garantizar la plena eficacia de una notificación por correo electrónico en una red intranet administrativa, llegando incluso a impo-

⁵⁰ En lo que se refiere al concepto de situación de sujeción especial, y su aplicación a la del personal de las Administraciones públicas, *vid* por todos LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Universidad de Córdoba-Civitas, Madrid, 1994, págs.358 y sigs. y págs.383 y sigs.; GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992; y LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, IV AP-Civitas, Madrid, 1994, págs.233 y sigs.

⁵¹ Como decíamos anteriormente, para BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, *op.cit.*, pág.51, las claves personales garantizan la identidad en la operación telemática, de modo que su cesión por su titular a un tercero le hace personalmente responsable de las consecuencias que de ello pudieran derivarse, por negligencia en su custodia y secreto; el autor considera que la cesión de estas claves equivale a la cesión de la identidad, y que cuando no es posible garantizar su secreto el sistema no es válido.

nerla preceptivamente en relaciones de sujeción especial (al personal de las Administraciones públicas) sería conveniente colmar las siguientes exigencias:

- 1º) La dotación de direcciones electrónicas a todos los sujetos a que se aplique la medida, con asignación de clave personal y secreta de acceso, y del hardware y el software necesario para acceder al servidor;
- 2º) La responsabilización a los usuarios del uso y custodia de su clave;
- 3º) La configuración automática de todos los envíos con acuse de recibo, archivando éste en el expediente (recordemos en este sentido que el propio expediente puede ser electrónico en su integridad, no siendo preciso su archivo en soporte papel); y
- 4ª) La designación de un administrador del sistema que pueda emitir un certificado de la circulación de documento por la red intranet, mediante las trazas del mensaje conservadas en el servidor.

A mi modo de ver, en estas circunstancias se cumplen todos los requisitos anteriormente apuntados para que el documento que certifica esas transacciones (ya sea electrónico, o posteriormente impreso en soporte papel) adquiera la condición de documento público administrativo, dando fe de que ese intercambio electrónico tuvo lugar, sin que sea necesario (aunque sí conveniente) la articulación de algún sistema de firma electrónica del documento, tanto más, cuanto que la firma no es requisito para el valor probatorio ni siquiera en los documentos en soporte papel⁵². Esta certificación puede completarse con el archivo en el expediente de la copia electrónica o impresa del mensaje enviado, y si el envío se configuró con aviso de recibo, también podrá incluirse éste. Todo ello concuerda, además, con el art.12.1 DPAE –cuyo texto íntegro transcribimos al inicio del § 3 de este trabajo–, que constituye el marco normativo general de referencia sobre la transmisión y recepción de documentos electrónicos en el Derecho propio de Andalucía.

Cabe notar que en algunas Administraciones públicas se ha implantado con naturalidad el correo electrónico como medio de notificación. Por ejemplo, las convocatorias de los órganos administrativos colegiados de las universidades suelen realizarse por este medio, sin que se haya cuestionado su validez⁵³.

⁵² Vid. GAETE GONZÁLEZ, E.A.: *Instrumento...*, *op.cit.*, pág.95.

⁵³ Véase, por ejemplo, la STSJ Galicia de 28/11/01, rec.1702/1999, que se pronuncia sobre la validez de un reglamento aprobado por un Claustro Universitario convocado mediante correo electrónico; el medio de notificación por el que se efectuó la convocatoria no es ni tan siquiera objeto de discusión por el recurrente, que no lo alega como motivo de invalidez del acuerdo.

A mi juicio, dándose todas estas circunstancias, nada impide conceder pleno valor a la notificación realizada mediante un sistema de mensajería electrónica⁵⁴. Quizá convenga puntualizar que en el caso de acontecer alguna incidencia, el interesado siempre podrá ofrecer prueba *a contrario* de que no recibió el mensaje, destruyendo la presunción que beneficia a la Administración.

4.2.- Notificaciones administrativas remitidas al “correo electrónico del ciudadano” facilitado por la propia Junta de Andalucía.

La Junta de Andalucía ofrece un servicio gratuito de mensajería electrónica, denominado “correo electrónico del ciudadano” (CEC), que se encuentra regulado por la Orden de la Consejería de Presidencia de 7 de mayo de 2003 (*BOJA* nº 87, de 9 de mayo), sobre correo electrónico del ciudadano. El servicio, que se facilita gratuitamente a todos los andaluces mayores de 14 años y a quienes se encuentren asociados a Comunidades Andaluzas asentadas fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, consiste en un buzón alojado en el servidor institucional de la Junta de Andalucía, al que se asocia una dirección bajo el dominio “andaluciajunta.es”, y dispone de prestaciones ciertamente avanzadas: 10 MB de capacidad, acceso remoto mediante cualquier programa de correo electrónico, y acceso vía *webmail* mediante una aplicación informática que permite gran variedad de herramientas de gestión de archivos y carpetas.

El alta en el servicio es rapidísima, pues se gestiona *on line* a través del portal “Andalucía Junta”, en el que dispone de una sección específica accesible directamente en la URL <http://correo.andaluciajunta.es>, aunque también puede llegarse hasta ella a través de la página principal <http://www.andaluciajunta.es>, pinchando en el enlace directo a “correo” que figura en la misma. La imagen de la página principal de este servicio es la siguiente:

⁵⁴ En la misma opinión parece situarse TORRES LÓPEZ, M.A.: “El documento.. .”, *op.cit.*, pág.258, quien entiende que el correo electrónico debe reputarse un medio válido de notificación en las relaciones *ad intra* de las Administraciones públicas.



El servicio no tiene el objeto específico de soportar el envío de notificaciones administrativas, incardinándose entre las medidas de impulso de la sociedad del conocimiento en Andalucía que promueve el Decreto 72/2003, de 18 de marzo, que en su art.30 preveía expresamente su puesta en marcha. Pero indudablemente, puede ser el germen de un servicio propio de notificaciones administrativas por correo electrónico desarrollado por la propia Junta de Andalucía, en sentido análogo al Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras que actualmente presta el Ministerio de Administraciones Públicas a través de Correos y Telégrafos. En este sentido, la Comunidad Autónoma ya tiene suscrito con la FNMT el correspondiente convenio que permite obtener gratuitamente el certificado digital que facilita la FNMT, y que opera actualmente en las operaciones telemáticas entabladas entre los ciudadanos y la Administración de Andalucía.

4.3.- La mensajería electrónica convencional como último y desesperado recurso.

Si la Administración autonómica no cuenta con ningún otro medio de notificación, y con su inactividad se arriesga a propiciar la generación de un acto presunto, puede al menos intentar la notificación por un servicio convencional de mensajería electrónica, lo que le permite disfrutar de una mínima constancia de la notificación, aunque se arriesgue después a que el juez, en ejercicio de la sana crítica, entienda que no puede probarse que la notificación tuvo lugar. Como ya hemos dicho, la notificación sería perfectamente

válida (existe constancia de haberse practicado), pero su prueba goza de menos valor que la contenida en documentos públicos administrativos.

Aunque a efectos de valoración de la prueba la LECiv trate por igual a todos los documentos electrónicos e informáticos, puede señalarse una cierta gradación en la seguridad de los intercambios telemáticos, como ya sabemos; por consiguiente, el enjuiciamiento de acuerdo con la sana crítica debería reconocer mayor consistencia a los documentos electrónicos e informáticos en cuya generación se ha preservado un mayor grado de seguridad. Aunando esta circunstancia con el hecho de que el interesado ha podido indicar una dirección electrónica como destino de las notificaciones, lo que le hace responsable de su clave y en cierto sentido presume una aceptación por su parte de los riesgos que entraña el intercambio electrónico, podríamos identificar cuatro niveles de robustez en la prueba de recepción de un mensaje electrónico, que del más sólido al más débil serían los siguientes: 1) El ciudadano indica dirección electrónica y dispone de firma digital avanzada; 2) El ciudadano indica dirección electrónica y dispone de clave de acceso o PIN; 3) El ciudadano no indica dirección electrónica, dispone de firma digital avanzada y la Administración le notifica de oficio con acuse de recibo; 4) El ciudadano no indica dirección electrónica, sólo dispone de clave de acceso o PIN y la Administración le notifica de oficio con acuse de recibo. Todas estas alternativas serían válidas, a mi juicio, sin necesidad de que se satisfagan otros requisitos específicos del art.59.3 LRJAP, y sin que en este caso la Administración pueda beneficiarse del régimen que dicho precepto establece en relación con el rechazo de la notificación o la eventual omisión del segundo intento.

Existen algunas sentencias del orden contencioso-administrativo que ponderan el valor probatorio de los mensajes de correo electrónico cursados mediante servidores convencionales, sin garantías específicas de integridad, autenticidad, no repudio y sellado de fechas. Por ejemplo, la STSJ Asturias de 13/9/02, recs.2339/2001 y 2551/2001, anula una sanción administrativa impuesta por la Real Federación Colombófica Española en razón de la difusión mediante correo electrónico de una serie de afirmaciones que se entendieron contrarias al decoro deportivo; la Sala no concede valor probatorio alguno a los correos electrónicos en que se apoya la sanción, por entender que no se han practicado pruebas o comprobaciones para asegurar que el remitente era realmente el imputado, prueba que la Sala entiende imperativa debido a la posibilidad de remitir esos correos desde “distintos servidores”⁵⁵. En términos

⁵⁵ El fundamento jurídico 50 de la Sentencia se expresa así: “Los argumentos que se contienen en el Fundamento anterior resultan sin embargo insuficientes para entender que no se ha vulne-

análogos se expresa la SAN de 13/12/00, rec.320/1999, en la que se entiende que un escrito de recusación se presentó extemporáneamente al no existir constancia de la recepción de un correo electrónico enviado por el recusante⁵⁶. En ambos pronunciamientos se entrevé que, de haberse aportado pruebas de refuerzo, sí se habría concedido algún valor a los envíos por correo electrónico. En la misma línea, la STSJ Comunidad Valenciana de 13/11/00, rec.1155/2000 razona en sus fundamentos jurídicos acerca de la existencia en el expediente de un correo electrónico que se aporta como prueba documental, y efectivamente pondera y valora su contenido a efectos del fallo.

De otro lado, el art.29.3 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, admite la posibilidad de que se practiquen notificaciones por correo electrónico cuando así lo solicite el interesado; dado que el precepto es anterior a la modificación del art.59 LRJAP introducida mediante la Ley 24/2001, solo cabe concluir que esta alusión es relativa a cualquier servicio de mensajería electrónica, sin especiales requisitos de seguridad, hipótesis que concuerda con la mención al fax que contiene el mismo precepto⁵⁷, por tratarse de un medio que tampoco permite reunir pruebas fehacientes de la notificación. La elección de este medio de notificación por el interesado se encontraría entonces respaldada por el principio *non venire contra actum proprium*, que impediría al destinatario alegar la falta de constancia de la notificación como consecuencia del empleo de este medio.

Debe notarse, por otra parte, que el art.12 LSSI establece un deber de conservación de datos de transacciones electrónicas que recae sobre los pres-

rado el derecho a la presunción de inocencia que se recoge «in fine» del artículo 24.2 de la Constitución Española, pues si bien existe un inicio de prueba de cargo suficiente para determinar los hechos constitutivos de la infracción perseguida, derivada del contenido de los escritos publicados por internet a nombre del demandado con la dirección de su correo electrónico, resulta insuficiente para deducir que el autor material de dichos escritos lo fuera el demandado al omitirse toda prueba o comprobación para asegurar que la persona que aparece como remitente lo hubiera sido en la realidad ante la posibilidad de emitir «e-mail» con la dirección electrónica correspondiente a otra persona a través de distintos servidores”.

⁵⁶ En el fundamento jurídico 70 se afirma: “ningún valor cabe dar a la remisión que la parte actora dice haber efectuado el 5 de enero de 1999 por correo electrónico y del que no hay constancia fehaciente, ni de su envío, ni del tiempo y forma de su hipotética recepción”.

⁵⁷ El art.29.3 de la Ley de Marcas, ya citado en el Capítulo anterior cuando tratábamos de las notificaciones por fax, reza así: “Cuando el interesado así lo solicite, las notificaciones se realizarán mediante publicación en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*, mediante telefax, mediante correo electrónico, o por cualquier otro medio técnico del que disponga la Oficina Española de Patentes y Marcas”.

tadores de servicios electrónicos de comunicación. Si bien el precepto parece orientado a la persecución de delitos por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado⁵⁸, su utilidad es evidente en punto a dejar constancia de un determinado intercambio telemático, al menos, para demostrar que un día y hora determinados se produjo el envío de un mensaje de correo electrónico desde una determinada dirección IP, y que tal otro día y hora se recibió en otra dirección IP determinada, lo cual es un indicio bastante robusto de la telecomunicación. De otro lado, para prevenir que este plazo de conservación finalice antes de la apertura del período probatorio –y se destruyan los datos–, el interesado en su conservación podría recabar del juez la petición del certificado al prestador del servicio como medida cautelar, con ocasión de la presentación de la demanda o del escrito de contestación.

De otro lado, la posibilidad de verificar pericialmente el origen IP de un determinado mensaje de correo electrónico evita, a mi juicio, la necesidad de que tales notificaciones se firmen digitalmente como garantía de identidad del emisor, contrariamente a lo que opina TORRES.⁵⁹

⁵⁸ El texto literal del art.12 LSSI es el siguiente: “1. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo. 2. Los datos que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener sólo aquéllos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio.(...) 3. Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales. 4. Reglamentariamente, se determinarán las categorías de datos que deberán conservarse según el tipo de servicio prestado, el plazo durante el que deberán retenerse en cada supuesto dentro del máximo previsto en este artículo, las condiciones en que deberán almacenarse, tratarse y custodiarse y la forma en que, en su caso, deberán entregarse a los órganos autorizados para su solicitud y destruirse, transcurrido el plazo de retención que proceda, salvo que fueran necesarios para estos u otros fines previstos en la Ley”.

⁵⁹ La autora entiende necesaria la firma electrónica en este tipo de mensajes para asegurar su autenticidad, *vid.* TORRES LÓPEZ, M.A.: “El documento...”, *op.cit.*, págs.270 y sigs.

En otro orden de consideraciones, la Administración del Estado ha establecido la posibilidad de que se cursen a los ciudadanos notificaciones de resoluciones de expedientes por correo electrónico, si bien a título meramente informativo⁶⁰. Ahora bien, puede ocurrir que el ciudadano reciba esa notificación y por el contrario no llegue a recibir la postal. El tal caso, según las circunstancias que concurran, y con arreglo al régimen general dispuesto por el art.58.3 LRJAP, el acto notificado podría adquirir eficacia cuando el ciudadano realice actuaciones de las que se deduzca su conocimiento del contenido del acto, por ejemplo, interponiendo contra el mismo el recurso procedente. Nada hay que objetar, en este caso, a la notificación por correo electrónico realizada mediante cualquier servicio de mensajería electrónica, a pesar de que no reúna los rigurosos requisitos previstos por el art.59.3 LRJAP y los arts.12 y 15 DPAE.

5. FINAL

La mensajería electrónica supone una excelente herramienta para la notificación de los actos administrativos, habida cuenta que debido a los hábitos domésticos actuales los domicilios permanecen desocupados la mayor parte del tiempo haciendo difícilmente practicables las notificaciones postales, y teniendo en cuenta la cada vez mayor implantación del acceso a las tecnologías de la información y el conocimiento.

La LRJAP da entrada en esta materia al desarrollo reglamentario por parte de cada Administración pública de los requisitos técnicos relativos a este medio de notificación, abriendo espacio para la competencia normativa autonómica. La Junta de Andalucía la ha ejercido mediante el Decreto 183/2003, que contempla la cuestión, principalmente, en sus arts.12 y 15. En este trabajo hemos procurado solventar las dificultades de aplicación que muestran estos preceptos, y que vienen motivadas, fundamentalmente, por la defectuosa regulación de que la materia ha sido objeto en el Derecho común.

Ahora bien, para resolver definitivamente los problemas interpretativos que entraña el empleo de este medio de notificación por la Comunidad Au-

⁶⁰ A modo de ejemplo, en el portal del ciudadano existen muchos procedimientos que pueden iniciarse telemáticamente, ofreciéndose los impresos correspondientes; en ellos suele pedirse la dirección electrónica para notificaciones, especificando que se trata a efectos puramente informativos.

tónoma, sería deseable que se dictara una disposición normativa subordinada (Orden de la Consejería de Justicia y Administración Pública, promovida por la Dirección General de la Administración Electrónica y Calidad de los Servicios, de la Secretaría General para la Administración Pública) que completara el régimen vigente. En este sentido, puede resultar un referente adecuado la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, por tratarse de una de las pocas disposiciones generales que ha sido capaz de conciliar la calidad técnico-jurídica con los contenidos materiales de carácter tecnológico. Otra fuente de extraordinario valor son los *Criterios de seguridad, normalización y conservación de las aplicaciones utilizadas para el ejercicio de potestades*, aprobados por el Ministerio de Administraciones Públicas y periódicamente actualizados, que no se reducen a ser una orientación técnica en la adquisición o elaboración de aplicaciones informáticas, sino que pretenden convertirse en un cauce para “proporcionar el conjunto de medidas organizativas y técnicas de seguridad, normalización y conservación que garanticen el cumplimiento de los requisitos legales para la validez y eficacia de los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado, que utilicen los medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ejercicio de potestades”⁶¹.

La determinación de crear un Sistema de Notificaciones Telemáticas propio de Andalucía, denominado *Notific@*, es una decisión con luces y sombras. Por una parte, es acertada la opción de situar este servicio en la esfera pública, por dos circunstancias principales: el hecho de que los servidores convencionales de correo electrónico carecen por lo general del servicio añadido de sellado de fechas, que resulta imprescindible para la práctica de las notificaciones administrativas por correo electrónico; y la necesidad de que la Junta de Andalucía pueda dejar constancia de las incidencias de la notificación (notificaciones infructuosas, rechazo de la notificación...) lo que sólo se puede lograr cuando la propia Administración autonómica controla el servidor o bien ha suscrito con el prestador del servicio de mensajería un instrumento relacional (convenio o contrato) en el que se estipule la obligación de entregar certificaciones digitales de las incidencias de la notificación, a efectos de incorporarlas al expediente para satisfacer el requisito de constancia.

⁶¹ Cfr. pág. 6 del documento, accesible en <http://www.csi.map.es/csi/> (descargado el 8/9/04); existe versión impresa, publicada por el MAP, Madrid, 2004. La última versión impresa, publicada de este extenso documento (de más de 170 págs.), fue aprobada por el 2360 Pleno de la Comisión Interministerial de Adquisición de Bienes y Servicios Informáticos, celebrado el 24 de junio de 2004.

Ahora bien, lo que ya no parece tan conveniente es el desarrollo de todo un sistema informático propio para soportar este servicio, cuando existe la posibilidad de suscribir un convenio de colaboración con Correos y Telégrafos análogo al que ya se ha firmado con la FNMT, a fin de que Andalucía pueda practicar sus notificaciones telemáticas a través del SNTS de la Administración del Estado. Por lo demás, la imposición en el Derecho propio de Andalucía del uso de la firma electrónica reconocida en las notificaciones por correo electrónico –lo que deriva del art.15 DPEA y viene corroborado por el sistema *Notific@*, que lo exige a los usuarios que quieran darse de alta– supone alcanzar unos estándares suficientemente robustos de seguridad, aunando garantías de autenticidad, integridad, confidencialidad y no rechazo o no repudio. Al encontrarse reconocido en Andalucía el certificado 2CA que facilita la FNMT, la disponibilidad de este requisito no supone coste alguno a los ciudadanos.

Tampoco parece acertado proceder a la implantación de este complejo sistema sin el apoyo de una disposición normativa de desarrollo que le preste cobertura, sobre todo cuando recordamos la existencia de problemas de integración entre diferentes preceptos del DPAE que hubiera convenido conciliar en un reglamento subordinado. Por ejemplo, la aparente libertad de opción del ciudadano por los medios telemáticos de notificación, que la implantación del sistema *Notific@* constriñe a los concretos procedimientos incluidos en el propio sistema.

En cualquier caso, es de justicia reconocer la impecable factura técnica del sistema *Notific@*, que lo erige en un verdadero buque insignia de la Administración electrónica en Andalucía. Sólo el tiempo dirá si apuesta comprometida en su puesta en marcha se ve correspondida con la generalización del servicio. En mi opinión, sin embargo, y como me he cuidado de repetir a lo largo de todo el trabajo, sería mucho más provechosa la confluencia de todas las notificaciones telemáticas de las Administraciones públicas en un sistema único y común, para el que puede servir de soporte el SNTS de la Administración del Estado, cuya apertura a otras entidades del sector público –y especialmente a las dotadas de autonomía territorial– podría hacerse mediante su conversión en consorcio, lo que resultaría más respetuoso con el reparto competencial descrito por la LRJPAC en esta materia. La actual rigidez del sistema implantado por Correos y Telégrafos, que no opera sino con aplicaciones informáticas muy limitadas, impide avanzar en esta línea. Sería muy oportuno, pues, que todos los interlocutores implicados en este asunto reconsiderasen sus posiciones respectivas, ya que así se prestará un mejor servicio a los ciudadanos.

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica

María Jesús Gallardo Castillo

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Jaén

SUMARIO: I. Concepto y finalidad. II. La esencialidad de la audiencia al interesado en la Jurisprudencia Preconstitucional. III. La relativización de audiencia al interesado: La indefensión como requisito de la anulación del acto. III.1. En la doctrina del Tribunal Constitucional: Indefensión y tutela judicial efectiva. III.2. La audiencia al interesado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Supuestos y criterios para determinar la indefensión. IV. Algunas sentencias esperanzadoras. V. A modo de conclusión.

I. CONCEPTO Y FINALIDAD

El trámite de audiencia es más que un trámite en el procedimiento administrativo: es, por excelencia, el paradigma del derecho de ser oído que asiste al interesado antes de que sea dictada por la Administración la resolución que le afecta¹. Posiblemente por ello haya sido el único de todos los que com-

¹ Dado el objeto de este trabajo, en él se va a analizar la repercusión en la validez del acto administrativo la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento para su elaboración, omitiendo, por tanto, el estudio del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, lo cual ha sido objeto de abundante Jurisprudencia, de la que pueden resultar ilustrativas las siguiente SSTs: 18 de diciembre de 1985 (Arz. 6539), 14 de marzo de 1986 (Arz. 1774), 18 de abril de 1986 (Arz. 2798), 4 de julio de 1987 (Arz. 5504), 19 de mayo de 1988 (Arz. 5060), 20 de enero de 1989 (Arz. 146), 5 de abril de 1989 (Arz. 2813), 12 de enero de 1990 (Arz. 335), 21 de noviembre de 1990 (Arz. 1991/1578), de 19 de enero de 1991 (Arz. 552), de 23 de enero de 1991 (Arz. 594), 1 de julio de 1991 (Arz. 5578), de 24 de septiembre de 1991

ponen el procedimiento que ha sido merecedor de consideración en la propia Constitución Española (CE) –art. 105.c)–² y también por eso, pueda afirmarse de él que, pese al paulatino menoscabo jurisprudencial de esta consideración, sigue siendo un trámite de los calificados esenciales por cuanto supone trasladar al particular la posibilidad de realizar alegaciones, contando para ello con todos los elementos de juicio obtenidos a lo largo del procedimiento (STS de 24 de enero de 1989 –Arz. 434–)³. De ahí sus dos genuinas finalidades, tanto la que puede enunciarse de forma negativa: que no se produzca indefensión, como la que puede formularse de forma positiva: que se tengan en cuenta los razonamientos y pretensiones del interesado al dictar el acto que exprese la voluntad del órgano administrativo (SSTS de 28 de septiembre de 1990 –Arz. 9030– y de 28 de junio de 2002 –Arz. 7636–).

Por ello, como es bien sabido, el trámite de audiencia, necesariamente, ha de constar de dos partes: Una primera, que consiste en el examen del expediente para que el interesado pueda realizar una defensa eficaz de sus intereses; y una segunda, en que el interesado puede alegar y presentar los documentos, justificaciones y demás elementos probatorios que estimen procedentes⁴.

(Arz. 6968), de 5 de febrero de 1992 (Arz. 2343), de 10 de octubre de 1994 (Arz. 7980), de 25 de noviembre de 1996 (Arz. 7980), de 25 de noviembre de 1996 (Arz. 8291), de 12 de junio de 1997 (Arz. 5075), de 16 de octubre de 1997 (1998/481) y 11 de abril de 2000 (Arz. 4498), entre otras.

² Merece que sea tenido en cuenta el comentario que a este artículo realizó Parada Vázquez, R., *Los principios de audiencia y publicidad en las actuaciones de la Administración (art. 105 CE)*, en el libro colectivo “Comentario a la Constitución Española”, dirigido por O. Alzaga, Tomo VIII, Ederesa, 1985, pág. 300. En él opina que “las reglas o principios del art. 105 no significan una consagración o un refuerzo de la idea de participación... sino una garantía formal, pero esencial de los ciudadanos, frente al ejercicio del poder ejecutivo”, con lo que pasa a estar relacionado con la situación de indefensión y con los postulados del Estado de Derecho. Vid también Castellá Andreu, J. *La participación ciudadana en la Administración pública. (Estudio del artículo 105.a) de la Constitución*. RVAP, núm. 34, 1992, págs. 39 y siguientes.

³ La STS de 21 enero 1985 (Arz. 830) sintetiza claramente la finalidad y fundamento de la audiencia del interesado al afirmar que este trámite constituye “presupuesto básico de garantía procesal derivado del principio general de Derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído, persigue la finalidad de evitar la indefensión de toda persona natural o jurídica afectada en sus intereses por una decisión administrativa, por ello, las consecuencias del incumplimiento de la audiencia del interesado, está en función del cometido reservado a la misma, que, como dicho queda, no es otro que el de servir de defensa a los derechos e intereses de los administrados”

⁴ En palabras del TS (STS de 20 de enero de 1987 –Arz. 204–), la audiencia implica necesariamente: “a) la puesta de manifiesto del expediente al interesado; b) el derecho a presentar documentos y justificaciones; y c) la formulación de alegaciones. (...) La puesta de manifiesto equivale a que el interesado pueda tomar conocimiento del contenido total de expediente, es decir,

Como después se verá, la jurisprudencia, antes que de conceptualizar el trámite de audiencia, se ha preocupado más en adornarlo con distintos calificativos que ha ido variando conforme se mostraba más afín a la tendencia formalista o a su contraria. Pero de cuantos posibles conceptos pueden extraerse de la abundante jurisprudencia dictada en esta cuestión, dos merecen ser destacados por ser exponentes de las sendas tendencias: El más formalista y garantista que enuncia la STS de 29 de abril de 1972⁵ al considerar que “la audiencia al interesado constituye un principio inmanente a la naturaleza intrínseca del método dialéctico de aproximación a la verdad en que consiste toda estructura procedimental y simultáneamente una *garantía de justicia que trasciende su propio carácter formal*, cuya observancia resulta inexcusable incluso en las regulaciones especiales como consecuencia del carácter integrador de aquélla”. Y otro más antiformalista que formula la STS de 3 de enero de 1985 –Arz. 2589–⁶ según la cual “el trámite de audiencia no es de mera solemnidad ni un rito formalista, sino *una medida eminentemente práctica*, al servicio de un objetivo específico muy concreto: posibilitar a los afectados con expediente administrativo al ejercicio de cuantos medios de defensa puedan disponer, en la salvaguardia de sus intereses y derechos, quedando así supeditada la nulidad de las actuaciones a que su omisión pueda dar lugar a que con ella se haya producido indefensión para las partes”. Dos concepciones que ponen de manifiesto los dos polos, muy pocas veces complementarios y casi siempre opuestos, –el de estricta legalidad del acto y el de eficacia–, discutidos y discutibles, por cuya preferencia la Jurisprudencia se decanta dependiendo de los singulares criterios, con frecuencia dispares, y de la clave interpretativa que utilice cada operador jurídico, y de la que dependerá el resultado anulatorio o convalidatorio de la eventual omisión del trámite cuando ésta se produzca. De la oportunidad de uno u otro resultado, de la valoración que merezca dog-

no sólo de aquellos que ha ido conocimiento a través de los actos de comunicación entre la Administración y él, sino también todo lo demás que, hasta entonces, permaneció oculto a su saber. De ahí que tal puesta de manifiesto comporte el posible derecho al conocimiento de la actuación, afecte directamente al derecho de la defensa y su negativa pueda colocar en una situación de indefensión proscrita por el Ordenamiento”.

⁵ Citada por Agúndez Fernández, A. “La Ley de Procedimiento Administrativo. Estudio de doctrina y Jurisprudencia”. Granada, Ed. Comares, 1990, pg. 301.

⁶ En este mismo sentido la STS de 21 de enero de 1985 (Arz. 830) : el trámite de audiencia “no es un rito formal y solemne de rigurosa observancia, sino un trámite instrumental tendente a posibilitar a los afectados por cualquier expediente administrativo, la introducción en el mismo de cuantos elementos estimen pertinentes para su más adecuada resolución y defensa de sus derechos, supeditándose, por tanto, la nulidad de las actuaciones a que su omisión pueda dar lugar a que con ella se haya producido, o no, indefensión para las partes”.

mática y jurisprudencialmente es de lo que se va a tratar de reflexionar a lo largo de este trabajo, para lo que se utilizará, especialmente, el siempre útil instrumento que ofrece la Jurisprudencia de los Tribunales, Supremo y Constitucional, y alguna referencia al particular criterio, digno de mención, que aportan algunas resoluciones dictadas por Tribunales Superiores de Justicia de alguna Comunidad Autónoma.

II. LA ESENCIALIDAD DE LA AUDIENCIA AL INTERESADO EN LA JURISPRUDENCIA PRECONSTITUCIONAL

De un primer acercamiento a este trámite pudiera obtenerse casi de manera inmediata la conclusión de que su omisión genera indefensión al haberse privado al órgano administrativo de conocer todos los argumentos fácticos con que poder sustentar acertadamente su decisión, y al interesado de su derecho de defensa; y que, por ende, su consecuencia debe ser la anulación del acto, bien sea, según los casos, por razones de nulidad de pleno derecho o ya lo sean por razones de anulabilidad. Pues bien, para analizar las distintas conclusiones y los distintos momentos y razonamientos empleados por el TS, conviene comenzar a recordar esa amplia línea jurisprudencial⁷, curiosamente, en su mayor parte, preconstitucional, que ha venido calificando este trámite como sustancial (SSTS de 18 de enero, 20 de mayo y 11 de julio de 1932), de observancia obligatoria (STS de 13 de mayo de 1948), cardinal (STS de 2 de abril de 1931), fundamental (STS de 18 de enero y 11 de julio de 1932, 13 de diciembre de 1944, 26 de abril de 1947, 12 de febrero y 29 de marzo de 1951 y 13 de diciembre de 1954), necesario (STS de 25 de abril de 1950), capital (STS 13 de enero de 1905), esencialísimo (STS de 27 de mayo de 1935), de extraordinaria importancia (STS de 4 de marzo de 1947), más cualificado (STS de 29 de marzo de 1943) y hasta sagrado (STS de 7 de marzo de 1911, 15 de junio de 1925 y 2 de enero de 1979 –Arz. 203–). Es un trámite del que se puede decir todo esto, porque obedece a un “eterno principio de justicia” que exige que nadie sea condenado sin ser oído (STS de 20 de octubre de 1980 –Arz. 3758).⁸

⁷ Citadas en su mayor parte por Gamero Casado, Eduardo. *Omisión del trámite de audiencia e indefensión del administrado*, en el libro colectivo “Procedimiento Administrativo. Ponencias del I coloquio hispano-portugués.” Dirigido por Diogo Freitas do Amaral y Laureano López Rodó. Santiago de Compostela, 1994, pgs. 220.

⁸ Citada por González Pérez, J. “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo”. Madrid, Cívitas, 3ª ed., 1989, pág. 668.

Desde la solemnidad de estas calificaciones, parece desprenderse que la omisión de este trámite no puede encontrar otra salida, desde el punto de vista de la legalidad, que la declaración de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo definitivo ya sea por vulneración de derechos susceptibles de amparo constitucional (art. 62.1.a. Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en adelante, LRJPAC) –como así lo reconocieron, entre otras, las SSTS de 20 de abril de 1983 –Arz. 2834–, 20 de enero de 1987 (Arz. 20 y 204), 20 de marzo de 1992 (Arz. 3115) y 6 de octubre de 1993 (Arz. 7444)– o ya lo sea por infracción de trámite esencial, equiparable, como ya se dejó apuntado más arriba, al olvido total y absoluto del procedimiento legalmente establecido (art. 62.1.e. LRJPAC) –STSS de 15 de julio de 1981 (Arz. 3506), 8 de marzo de 1982 (Arz. 1338), 20 de enero de 1987 (Arz. 20), 13 de marzo de 1987 (Arz. 3630), 31 de enero de 1989 (Arz. 584), 13 de abril de 1989 (Arz. 4522), 3 de octubre de 1989 (Arz. 7218), 13 de octubre de 1989 (Arz. 7362), 19 de diciembre de 1991 (Arz. 355), 30 de abril de 1992 (Arz. 4207), 17 de julio de 1992 (Arz. 6472) y 24 de julio de 1995 (Arz.6095), entre otras. En definitiva, por una u otra vía, la asunción de forma coherente y con todas sus consecuencias del carácter esencial del trámite de audiencia. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA⁹, el entendimiento de este trámite como “una garantía esencial, verdadero *minimum* sin el cual no puede decirse que exista realmente procedimiento en sentido propio”–.

Sin embargo, esta consideración que parecía no tener fisuras, inmediatamente fue atemperándose en la doctrina del TC y en la del TS de forma que, como reconoce la STS de 27 de marzo de 1984¹⁰, ha sido despojado “de toda consideración dogmática y de ritualidad curialesca”, y conectado “con otros principios igualmente dignos de estima, como son el espiritualista y el de economía procesal”. En consecuencia, como más adelante se verá, en raras ocasiones y casi de manera excepcional, su vulneración llega, en las resoluciones de estos Tribunales, a ser determinante de la anulación del acto, para cuyo resultado analiza el procedimiento en su conjunto, las oportunidades sucesivas que el interesado ha tenido para defenderse así como el contenido mismo y sustantividad de las alegaciones que formula y las pruebas que propone.

⁹ García de Enterría, E y Fernández Rodríguez, T.R. “Curso de Derecho Administrativo”, vol II, Madrid, Cívitas, 1993, pág. 491.

¹⁰ Citada por González Pérez, J. “Comentarios a la Ley...”, Op. cit., pág. 669.

III. LA RELATIVIZACIÓN DE LA AUDIENCIA AL INTERESADO: LA INDEFENSIÓN COMO REQUISITO DE LA ANULACIÓN DEL ACTO

III.1. En la doctrina del Tribunal Constitucional: Indefensión y tutela judicial efectiva

Hablar de la omisión de la audiencia al interesado es hablar de indefensión. Pero, ¿qué es y en qué consiste la indefensión?. Es éste un concepto poseedor de múltiples acepciones y que se resiste a ser definido apriorísticamente, por lo que la primera afirmación que se impone es la dificultad de ofrecer un concepto unívoco de ella y la imposibilidad de reducir a una la multiplicidad de categorías y manifestaciones que el propio concepto abarca, tanto por su diferente trascendencia como por sus distintas posibilidades de ubicación institucional. En definitiva, con sólo acercarse a la abundante jurisprudencia constitucional dictada al efecto, no hay más remedio que aceptar que su análisis es incompatible con esquemas reduccionistas y que su complejidad aconsejaría un análisis que no es posible aquí por cuanto se excede de las finalidades propias de este trabajo.

Pero volviendo a la cuestión planteada: Es frecuente identificar la indefensión con el derecho de tutela efectiva, y dado que éste se encuentra establecido en el art. 24 CE, resulta inevitable que a partir de ahí surjan multitud de interrogantes, sobre todo, cuando en su relación con el trámite de audiencia, se advierte que la producción de aquélla por omisión de éste no siempre tiene virtualidad invalidante, en tanto que, sabido es, se requiere que tenga cierta relevancia. Así, cabría preguntarse: ¿toda indefensión tiene trascendencia constitucional, es decir, amparable en ese art. 24?, ¿la indefensión administrativa la tiene?, y ¿para obtener la anulación de un acto administrativo se requiere que la indefensión producida en el procedimiento tenga relevancia constitucional?. Por lo que a continuación se analizará, cabría responder a la primera cuestión con una negación rotunda, la misma con la que puede responderse a la segunda. Así pues, ni toda indefensión tiene relevancia constitucional y ni mucho menos siempre la tiene la administrativa, pues sólo ella es predicable de la omisión del trámite de audiencia producida en el procedimiento sancionador, y no precisamente por la indefensión misma sino porque a él les son aplicables los principios del Derecho Penal¹¹. La negación de la

¹¹ Así lo expresa las SSTC 29/1989, de 6 de febrero; 58/1989, de 16 de marzo; 22/1990, de 15 de febrero; 18/1991, de 31 de enero; 120/1994, de 25 de abril y 3/1999, de 25 de enero, entre otras muchas, que vienen a reconocer que las garantías contenidas en el art. 24.2 CE, son, en prin-

tercera cuestión depende de otros condicionantes, pues la anulación de un acto administrativo no siempre tiene que ser por causa de nulidad de pleno derecho, y aún si lo es por esta razón no sólo puede serlo por virtud de la invocación del art. 62.1.a) LRJPAC, es decir, por vulneración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, sino por inobservancia del procedimiento administrativo; de igual manera que puede obtenerse similar resultado por la causa de anulabilidad contemplada en el art. 63.2 LRJPAC.

Para analizar tales cuestiones, conviene comenzar por reconocer en la doctrina del TC dos tipos o categorías de indefensión: De un lado, *la indefensión formal*, que consiste en lo que denomina la STC 127/1992, de 28 de septiembre “incorrecciones procesales puramente formales”, para cuya constatación se requiere simplemente una mera labor de comparación entre las exigencias establecidas en la norma y las realmente cumplimentadas por el órgano jurisdiccional actuante. Evidentemente, se trata de infracciones de procedimiento. Pero al TC no le basta con que se haya producido la omisión del trámite de audiencia en los procesos en causa y con ella esta indefensión formal, sino que exige valorar la incidencia material que la misma tiene sobre el derecho de defensa de las partes, y así entiende que no toda irregularidad procesal ostenta relevancia en sede constitucional, de forma que sólo aquellos defectos procesales o formales que produzcan el efecto de indefensión material, revestirán trascendencia constitucional susceptible de ser protegida en vía de amparo (STC 10/1993, de 18 de enero). Por eso, podemos afirmar que esta otra categoría de indefensión, *la material*, supone un *plus* añadido sobre la me-

cipio, y con las oportunas modulaciones, aplicables al procedimiento administrativo sancionador, dado que también éste es manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, entre otras); no obstante, el Tribunal se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador dichas garantías del art. 24.2 CE en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, dadas las diferencias que existen entre uno y otro procedimiento, de tal manera que la aplicación de las mismas a tal actividad sancionadora de la Administración únicamente tendría lugar en la medida necesaria para preservar los valores que se encuentran en la base del precepto constitucional y que resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 18/1981, de 8 de junio; 212/1990, de 20 de diciembre; 246/1991, de 19 de diciembre; 145/1993, de 26 de abril; 197/1995, de 21 de diciembre; 120/1995, de 17 de julio; 120/1996, de 8 de julio; 7/1998, de 13 de enero; 56/1998, de 16 de marzo, entre otras). Más en concreto, las SSTC 2/1987, de 21 de enero y 190/1987, de 1 de diciembre determinan que ni la publicidad ni el derecho al juez imparcial resultan aplicables al procedimiento sancionador, mientras que sí lo son el derecho a la defensa, la presunción de inocencia y el derecho a la prueba. Por su parte, las SSTC 104/1986, de 17 de julio y 10/1988, de 1 de febrero y 54/2003, de 25 de marzo, entre otras, entienden igualmente trasladable al procedimiento sancionador los principios propios de la acusación, sobre todo, en cuanto a la necesidad de debate acerca de la calificación de la infracción y de su correspondiente sanción.

ramente formal, y por cuya incidencia sobre el derecho de defensa del afectado sólo ella tiene relevancia constitucional.

La primera conclusión que puede deducirse de todo lo anterior es que el concepto jurídico–constitucional de indefensión que maneja el art. 24 CE no tiene por qué coincidir enteramente con su acepción jurídico–procesal. Como ha afirmado el TC en sentencia 146/1988, de 14 de julio, no toda infracción de normas procesales alcanza, por sí sola, el rango de vulneración constitucional, ni la indefensión constitucionalmente relevante tiene que coincidir necesariamente con la indefensión jurídico–procesal. Muy al contrario, según ha declarado el TC, en el contexto del art. 24.1 CE, la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (SSTC 116/1995, de 17 de julio y 237/2001, de 18 de diciembre, STC 59/2002, de 11 de marzo, Auto 159/2003, de 19 mayo, SSTC 43/1989, de 20 de febrero, 101/1990, de 4 de junio, 6/1992, de 16 de enero, 105/1995, de 3 de julio, 86/1997, de 22 de abril, 6/2003, de 20 de enero, 87/2003, de 19 de mayo), una mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto (STC 151/1996, de 30 de septiembre), o una negación de la posibilidad de interponer un recurso legalmente establecido sin justificación razonable (STC 145/1986, de 26 de noviembre). En definitiva, cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses legítimos (SSTC 48/1984, de 4 de abril, 70/1984; 155/1988, de 22 de julio, 58/1989, de 16 de marzo; 11 de junio y 153/1993, de 3 de mayo), o cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (STC 48/1986, de 23 de abril).

Siendo esto así, no es de extrañar que el concepto de indefensión que ofrece el TC en su sentencia 145/1990, de 1 de octubre sólo abarque la vertiente material de la misma¹², y sólo, por tanto, la que tiene alcance constitu-

¹² La STC 28/1981, de 23 de julio entendió que la prohibición de indefensión establecida en el art. 24.1 CE tiene un carácter material más que formal, y no se entiende producida cuando pese a la existencia de infracciones procesales no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal (STC 47/1987, de 22 de abril) o cuando no se merman las oportunidad de la parte para alegar y probar (STC 161/1985, de 19 de noviembre).

cional: “la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso a los propios derechos, y en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción» (STC 89/1986)”¹³.

Esta concepción de la indefensión, con sus dos vertientes, la formal y la material, es contemplada por el TC integradas, a su vez, en otra categoría de indefensión, la llamada indefensión procesal, es decir, aquella que se produce en la dinámica de un proceso judicial. Pero, ¿estos mismos criterios son trasladables a la indefensión administrativa?, ¿cabe en ella reconocer también una vertiente formal y material?

De forma reiterada ha señalado el TC que la falta de audiencia en el procedimiento administrativo, incluso cuando es preceptiva, no comporta necesariamente indefensión con relevancia constitucional (AATC 944/1986, de 29 de octubre; 197/1987, de 26 octubre, 225/1988, de 15 de febrero, entre otros) al considerar que ésta en modo alguno puede entenderse producida cuando el interesado: a) haya podido conocer la infracción administrativa que se le imputaba, b) le haya sido posible alegar lo que estimó oportuno haciendo valer sus razones en relación con el resultado de las pruebas puestas a su disposición, c) haya podido proponer o haber propuesto los medios de prueba que haya tenido por conveniente, d) haya dispuesto de la posibilidad de recurrir la correspondiente resolución administrativa, e) se haya limitado a denunciar la falta de audiencia sin razonar sobre la indefensión consecuente, es decir, sin anudar a la omisión del trámite procesal una relevancia concreta para el derecho a la defensa. Igualmente, no se produce indefensión de rango constitucional cuando los órganos jurisdiccionales correspondientes hayan podido conocer con plenitud de jurisdicción su pretensión por no haber percibido ningún impedimento, limitación o menoscabo a la totalidad de los documentos,

¹³ Ahora bien, según las SSTC 101/1990, de 4 de junio; 145/1990, de 1 de octubre, 100/1994, de 4 de abril, 212/1994, de 13 julio; 126/1996, de 9 de julio; 34/2001, de 12 de febrero; 55/2003, de 24 de marzo sólo es valorable esta indefensión cuando se produce un perjuicio real y efectivo para el justiciable. Más en concreto, la STC 181/1994, de 20 de junio afirma que el daño que produzca la indefensión ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo.

pruebas y demás elementos de juicio para examinar la legalidad de la actuación administrativa.

Dicho en otros términos: el vicio de indefensión, en sentido constitucional del término, queda descartado desde el momento en que el particular ha tenido la oportunidad de utilizar las instancias procesales que procedieran y, por tanto, de obtener una respuesta en cuanto al fondo de sus pretensiones¹⁴.

Como puede comprobarse sin mayor dificultad, el argumento principal que maneja el TC es el mismo que utilizara para considerar producida la indefensión de trascendencia constitucional en el ámbito judicial: su entendimiento como una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que, en consecuencia, no puede ser ésta alegada frente a actuaciones de la Administración, por ser los Tribunales a quienes compete corregir este defecto. Más en concreto, la STC 175/1987, de 4 de noviembre venía a reconocer esta suerte de efecto subsanador de los Tribunales al afirmar textualmente que: “las faltas de audiencia en la vía administrativa han de ser revisadas y corregidas por la jurisdicción sin que (éstas, por tanto,) tengan (...) dimensión constitucional (...). Su derecho a la tutela judicial efectiva ha quedado satisfecho a través del examen y resolución razonada de su alegación por el órgano judicial, por lo que también ha de rechazarse la alegada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución”.

En definitiva, el TC, en las citadas resoluciones, sin decirlo, vuelve a reproducir, a utilizar y aplicar, *mutatis mutandi*, en el ámbito administrativo los mismos criterios que le permiten diferenciar entre la indefensión formal y material en el ámbito judicial, lo que acaba reconociendo expresa e inequívocamente el TC en su Sentencia 1311/03, de 30 de junio –con cita de las SSTC 43/1989, de 20 de febrero; 101/1990, de 4 de junio; 6/1992, de 16 de enero; 105/1995, de 3 de julio; 86/1997, de 22 de abril; y 6/2003, de 20 de enero– en la que afirma que “es doctrina consolidada que la indefensión constitucionalmente relevante no ha de ser meramente *formal*, lo que implica que el defecto procedimental que pueda haberse producido haya supuesto un perjuicio real y efectivo para el recurrente en sus posibilidades de defensa”.

¹⁴ Vid. Alonso García, Enrique. *El art. 24 de la Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Problemas generales y acceso de los Tribunales*, en el Libro colectivo “Estudios sobre la Constitución española. Homenaje del Profesor Eduardo García de Enterría”. Tomo II. Madrid, Cívitas, 1991, pág. 986.

De toda la anterior doctrina constitucional analizada podría, a su luz, ya concluirse que, actualmente, el ámbito propio de los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la Constitución no es otro que el de los Tribunales de Justicia; y que sus determinaciones y exigencias no son trasladables, sin más, a toda tramitación administrativa (Autos del TC 68/1975, de 27 mayo y 18/1986)¹⁵.

La doctrina, pues, es clara y tajante: la indefensión administrativa, fuera del caso del procedimiento sancionador¹⁶ (Auto del TC 275/1988, de 29 de febrero y STC 54/03, de 25 de marzo¹⁷), no cabe encuadrarla en el art. 24 CE.

¹⁵ El panorama se clarificó absolutamente con la Sentencia 175/1987, de 4 de noviembre, dictada a raíz de un recurso de amparo planteada por un grupo de “aprobado sin plaza” en un concurso a profesor adjunto de Universidad. Los recurrentes, frente a la actuación administrativa, invocaban indefensión al amparo del art. 24 CE por haberse anulado el tercer ejercicio de las pruebas en las que intervinieron, sin haberseles oído. La sentencia, en su Fundamento Jurídico 3.º sostiene que: “Debe tenerse en cuenta (...) que la indefensión ha de ser entendida como una limitación de los medios de defensa por una indebida actuación de los órganos judiciales, por lo que no puede ser alegado el art. 24 frente actuaciones de la Administración. Según reiterado criterio de este Tribunal, las infracciones cometidas en el procedimiento administrativo, tienen que ser corregidas en vía judicial y planteadas ante los órganos judiciales (...) pero no originan indefensión que deba situarse en el art. 24 de la Constitución”. Igual consideración contienen las SSTC 68/1985, de 27 de mayo, de 4 de noviembre, 42/1989 de 6 de febrero –comentadas por Gamero Casado, E. *Omisión del trámite de audiencia...* op. cit. págs. 221 y siguientes– 117/1997, de 23 de junio y STC 157/2000, de 12 de junio.

¹⁶ Y aún en este caso la cuestión no se halla exenta de matices como pone de manifiesto la STC 181/1990, de 15 de noviembre en la que afirmaba que la aplicación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador “no ha de entenderse de forma literal e inmediata, sino que en la medida que las garantías citadas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento –STC 2/1987, fundamento jurídico 6.º, 29/1989, fundamento jurídico 6.º)– lo que impide una traslación mimética de las garantías propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador”. En el caso objeto de enjuiciamiento por el TC en esta sentencia, se denunciaba la falta de audiencia al interesado con carácter previo a la imposición de la sanción. Sin embargo, y constatada la veracidad de esta alegación del recurrente, el TC afirma que la audiencia del interesado debe considerarse como requisito *necesario* para la imposición de una sanción administrativa pero no ha de ser necesariamente *previo*, dado el carácter flagrante e inmediato de los hechos en que la sanción se fundaba y la evidencia patente del incumplimiento por el sancionado de determinados requisitos para la instalación de tendidos y emisión de programas y el carácter mínimo de la sanción.

¹⁷ Y aún en este caso, la anulación de la sanción no se produce automáticamente por haberse producido indefensión, sino porque con este vicio de procedimiento se producía un grave impedimento para el posterior control judicial. Por eso, la STC 131/2003, de 30 de junio determinó la conservación de la resolución sancionadora a pesar de tratarse igualmente de un procedimiento sancionador.

Y, la consecuencia que se impone, evidente: la indefensión que se alegue y entienda producida en un procedimiento administrativo que no tenga carácter sancionador, no tiene alcance constitucional y, por tanto, no puede ser examinada mediante la utilización de los procesos especiales de protección de los derechos fundamentales, sino en vía ordinaria y susceptible de subsanación por parte de los Tribunales ordinarios.

III.2. La audiencia al interesado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Supuestos y criterios para determinar la indefensión

Esta doctrina constitucional fue enteramente aceptada sin reparos por TS (STS 14 de mayo de 1991 –Arz. 5087)¹⁸, lo que, dicho sea de paso, no es de extrañar si se tiene en cuenta que con anterioridad a ella ya se venía percibiendo en el TS esta tendencia dulcificadora del criterio rigorista en beneficio del principio de economía procesal. Pero con ocasión de la doctrina constitucional expuesta, y al socaire de ella, el TS llega aún más lejos, pues no sólo descarta la posibilidad de la nulidad de pleno derecho por la causa expresada sino que ni siquiera considera en muchos casos la anulabilidad del acto por igual falta de indefensión (STS de 14 de junio de 1989 –Arz. 5540¹⁹–). Por ello se hace imprescindible intentar deducir del estudio de la abundante jurisprudencia dictada por el TS qué entiende que es la indefensión y en qué supuestos considera producida la misma. Así, el TS en sentencia de 3 de mayo de 1980 (Arz. 2772) entendía por indefensión “la situación en que queda el titular de un derecho o interés discutido cuando se ve imposibilitado para obtener o ejercer los medios legales para su defensa”, lo que se produce en las siguientes situaciones:

1) Cuando por consecuencia de la omisión de este trámite el titular de un derecho o interés se ha visto privado de la facultad de introducir en el expe-

¹⁸ Ya en la STS de 28 de enero de 1985 (Arz. 885) afirmaba que “el expediente administrativo debe ser tratado en su conjunto de actuaciones como una unidad procedimental, permisiva de las alegaciones de los interesados en cualquiera de sus fases precedentes a la resolución final, incluida la correspondiente a la interposición del recurso de reposición deducido contra la primera de las resoluciones dictadas, como efectivamente acaeció en el caso enjuiciado, razonamientos favorecedores de la desestimación de la causa de nulidad invocada habida cuenta, además, los criterios facilitados por la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, recordados en la Sentencia de 21 de Enero de 1980 (RJ 1980\241), de aplicación cautelosa y moderada de la teoría de las nulidades”.

¹⁹ Por el contra, la STS de 3 de marzo de 1978 –Arz. 1025–.

diente los elementos fácticos, o lo que es lo mismo, de alegar hechos o aportar documentos que son la base y causa jurídica de las normas aplicables y que, por tanto, la Administración debería tener en cuenta antes de dictar la resolución definitiva (SSTS 5 de abril de 1990 –Arz. 2767–, 17 de septiembre de 1996 –Arz. 6770–, 4 de abril de 1997 –Arz. 2678–, 20 de marzo de 2001 –Arz. 2883–²⁰ y 18 de marzo de 2003 –Arz. 2863–). Ahora bien, aún así se requiere que se concrete la trascendencia de la omisión (STS 15 de julio de 2002 –Arz. 7656– y 18 de marzo de 2003 –Arz. 2863–) o que, al menos, quepa deducir racionalmente que, con base en ellos, la Administración hubiera alterado sustancialmente la resolución definitiva.

2) Cuando se ve imposibilitado para obtener o ejercer los medios legales suficientes para su defensa. A *sensu contrario*, no se entiende producida indefensión cuando el interesado ha impugnado el acto a través de los recursos, administrativos y judiciales, que procedieran (SSTS de 3 de mayo de 1980 –Arz. 2772), 4 de febrero de 1984 –Arz. 984–, 3 de julio de 1984 –Arz. 4658–, 11 de abril de 1997 –Arz. 2858–, 5 de mayo de 1997 –Arz. 4384–, 16 de mayo de 1997 –Arz. 4191–, 12 de diciembre de 1997 –Arz. 9049–, 25 de mayo de 1999 –Arz. 5620–, 12 de diciembre de 2000 –Arz. 2423–, 25 de junio de 2001 –Arz. 6178– y 16 de noviembre de 2001 –Arz. 9772–)

3) Complementariamente y a *sensu contrario*, tampoco ha de entenderse producida cuando la oposición del interesado se apoye única y exclusivamente en consideraciones de Derecho, pues es de suponer que éste ha de ser conocido por la Administración y por los Tribunales y que, en base a los elementos fácticos en causa, será aplicado por adecuadamente.

De no ser así, la calificación jurídica que procede por consecuencia de esta vulneración no es otra que la irregularidad no invalidante, con lo que el TS

²⁰ Resultan ilustrativos los términos con que se expresa esta STS en que considera que la omisión de esta infracción provoca indefensión del art. 24.1 CE utilizando para ello varios criterios al afirmar: “concorre infracción del art. 91 de la Ley de Procedimiento Administrativo en su versión aplicable, coincidente después, en lo esencial, con el art. 84 de la Ley 30/1992, al ser patente que no consta que se diera audiencia al interesado, al menos en lo que resulta del expediente remitido, del expediente en que constaba el dictamen del Tribunal Médico Militar, contra el que dicho interesado hubiera podido efectuar las alegaciones que le hubieran interesado, lo que, concretamente aquí, no resulta ser una simple irregularidad formal no invalidante, toda vez que, de un lado, tal omisión de la audiencia sí repercutió en la defensa de los intereses y de los derechos de aquél, causándole, por tanto, un cierto grado de indefensión prohibida por el art. 24, 1 de la Constitución, y, de otra parte, aquella mencionada omisión sí consta ahora como posible determinante de un resultado distinto del que se contenía en la orden citada”.

ha volteado de forma radical su tradicional doctrina, si bien en cada caso con distinto fundamento, en una amplia línea jurisprudencial de la que caben resaltarse las Sentencias de 22 de marzo de 1999 (Arz. 3022), 5 de diciembre de 2000 (Arz. 10087)²¹ –con cita de la de 20 de mayo de 1999–, 21 de febrero de 2000 (Arz. 795), 17 de enero de 2001 (Arz. 2449)²², 18 de marzo de 2002 (Arz.1900)²³, 28 de junio de 2002 (Arz. 7636)²⁴ y 14 de octubre de 2002 (Arz. 7636), entre otras.

A estos efectos, el TS termina por acogerse a la doctrina por virtud de la cual los vicios de forma adquieren relevancia en la medida en que su exigencia suponga una disminución efectiva y real de garantías (STS de 7 de mayo de 2003 –Arz. 5131–), ya sea traducándose en una limitación de los medios de alegación, prueba o, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses.

Para dilucidar si ello ha sido realmente así, el TS utiliza los siguientes criterios:

1) En primer lugar, el influjo que haya podido tener en el acto resolutorio, es decir, si hubiese o no variado por la omisión de ese trámite, de tal forma que si en nada éste hubiese variado en su contenido, ha de decretarse el

²¹ El TS entiende en esta Sentencia que la falta de audiencia produce una mera irregularidad no invalidante tanto en los casos en que el interesado ha tenido oportunidad de conocer el alcance de la imputación que se le hacía, como en los de intrascendencia que para su defensa cupiese atribuir a la alegaciones que hubiese podido efectuar en el trámite de audiencia así como en aquéllos en que el particular ha podido utilizar los oportunos recursos administrativos y judiciales.

²² En esta Sentencia, el TS afirmaba que: “no se produjo tal indefensión, pues la empresa recurrió en vía administrativa y después en vía judicial, teniendo amplias oportunidades de defensa” por lo que la falta de audiencia provoca una simple irregularidad no invalidante o suficientemente convalidada por las actuaciones posteriores del interesado.

²³ Afirma textualmente el TS: “Si el no oído dispone de posibilidades de defensa de eficacia equivalente, la omisión de la audiencia será o deberá calificarse como una irregularidad no invalidante”.

²⁴ Considera aquí que la irregularidad es no invalidante puesto que la Administración “incumplió la literalidad del precepto, pero no su finalidad” que no es otra que el que “no se produzca indefensión del interesado, y que se tengan en cuenta sus razonamientos y pretensiones al dictar el acto que expresa la voluntad del órgano administrativo (lo que se produjo en este caso pues el Ayuntamiento) tomó en cuenta las alegaciones del interesado por lo que en ningún caso se produjo indefensión, a más de que tuvo oportunidad de hacer valer sus pretensiones en vía administrativa al interponer recurso de reposición.

mantenimiento del acto en aras del principio de economía procesal (STS de 28 de julio de 1986 –Arz. 6869–, de 15 de abril de 1987 (Arz. 4453), de 5 de abril y 10 de mayo de 1989 –Arzs. 2909 y 3863, respectivamente–, 27 de noviembre de 1990 –Arz. 9292–, 12 de junio de 1991 –Arz. 4966–, 10 de octubre de 2001 –Arz. 7852–, 18 de marzo, 15 de junio y 18 de diciembre de 2002 –1990, 7656 y 2003/1228, respectivamente–).

Dicho de manera inversa y tal y como se expresa la STS de 12 de noviembre de 1990 (Arz. 9169): deberá evitarse la declaración de nulidad cuando con ella no se consiga un efecto práctico por ser racionalmente de prever que retrotraídas las actuaciones al momento en que se cometió la infracción formal se volvería a concluir con una resolución idéntica a la dictada²⁵.

2) Se entenderá subsanado el trámite si la instancia judicial cuenta con los mismos elementos de juicio y la misma capacidad de decisión que la Administración que dictó el acto (STS de 26 de octubre de 1992 –Arz. 8270). El TS se muestra especialmente cauteloso con esta consideración en la STS de 21 de julio de 1986 (Arz. 5532) que destaca por la rotundidad de su planteamiento y por su espíritu garantizador de los derechos del interesado por cuanto acaba considerando que la indefensión producida en el procedimiento administrativo tiene relevancia constitucional, encuadrable en el art. 24 CE –lo que, dicho sea de paso, no deja de sorprender, conociendo la consolidada doctrina del TC en este sentido–, dado que el TS entiende que en este caso la omisión del trámite de audiencia repercute y provoca la subsiguiente en el proceso, pues “la falta de audiencia al directo interesado en la base procedimental de aquellos actos afectantes a derechos subjetivos, produce la invalidez “ex tunc” de lo actuado, tanto como actuación administrativa determinante de la validez del proceso revisor y sólo subsanable en éste a virtud del emplazamiento individualizado”, por lo que el TS impone la máxima sanción al acto administrativo al ordenar restablecer “ab initio” la situación jurídica conculcada; adecuación que implica la retroacción invalidatoria de lo actuado en el expediente, a fin de darle audiencia al interesado, “lo que dado el carácter de orden público de las leyes de procedimiento debe acordarse de oficio por este Tribunal

²⁵ En igual sentido la STS de 30 de abril de 1985 (Arz. 2247) en que afirmaba que “el trámite de audiencia, sólo representará para ellos una mejor defensa, de ser aceptada su petición, y un posible éxito de sus demandas, en cuanto al fondo, si ello sirviera para reparar situaciones de indefensión, directamente vinculadas a la omisión de dicho trámite, pues, de lo contrario, esto es, cuando a pesar de ello, el resultado final no ha de variar, la estimación de la nulidad sólo implicaría una retroacción del procedimiento, una pérdida de tiempo y un gasto de dinero y esfuerzos, en su mayor parte a costa del propio recurrente, principal perjudicado en estos casos”.

“ad quem”, “sin necesidad en el caso de acudir a la consulta a las partes, máxime cuando, (...) el artículo 53.1 de la Constitución vincula a todos los poderes públicos a sostener y garantizar el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales, entre los cuales destaca, a los efectos aquí tratados, el reconocido en el citado artículo 24.1 que prohíbe *en todo caso* la indefensión”.

3) En último lugar, sólo procederá la anulación si la omisión del trámite ha imposibilitado, o al menos, mermando al interesado ejercer los medios legales para su defensa (STS de 17 de julio de 1992 –Arz. 6472), lo que se produce:

a) cuando éste carece de los elementos de juicio necesarios para atacar la voluntad administrativa al no haber tenido acceso al expediente (SSTS de 15 de diciembre de 1989 –Arz. 9207–, de 18 de febrero de 1992 –Arz. 2496–, de 28 de febrero de 2000 –Arz. 2162),

b) cuando no se le ha dado oportunidad para que el interesado aporte al expediente su versión de los hechos, que como un elemento de juicio más resulta indispensable para que el órgano competente resuelva conociendo de los datos o argumentos que el interesado pueda legalmente aportar (STS de 30 de noviembre de 1993 –Arz.1230–).

c) cuando el interesado no pueda hacer valer sus derechos o realizar sus alegaciones (SSTS de 7 de octubre de 1987 –Arz. 1987– y de 20 de abril de 1993 –Arz. 2834–).

d) cuando la actuación administrativa impida o provoque la falta de acceso a la jurisdicción correspondiente (STS de 31 de diciembre de 1986 –Arz. 8125–, de 21 de noviembre de 1997 –Arz. 8665–).

Para completar estos criterios restrictivos para considerar producida la indefensión y, por ende, las posibilidades anulatorias del acto, la STS de 22 de octubre de 2002 (Arz. 9304) afirma que en ningún caso puede invocarla quién con su actitud pasiva, negligente o maliciosa coadyuvó a su producción²⁶.

²⁶ En el ámbito procesal, el TC ha tenido oportunidad de afirmar lo mismo en abundante Jurisprudencia, de la que cabe destacar las SSTC 48/1984, de 4 de abril; 68/1986, de 27 de mayo; 58/1988, de 6 de abril; 112/1987, de 2 de julio; 251/1987, de 2 de octubre; 166/1989, de 16 de octubre; 50/1991, de 11 de marzo; 167/1992, de 26 de octubre; 103/1993, de 22 de marzo; 217/1993, de 30 de junio; 334/1993, de 15 de noviembre; 18/1996, de 12 de febrero; 78/1999, de 26 de abril; 73/2003, de 23 de abril; 91/2000, de 30 de marzo; 23/2003, de 10 de febrero y 73/2003, de 23 de abril.

Toda esta amplia doctrina jurisprudencial puede encontrarse sistematizada en la STS de 11 de julio de 2003 (BDB 9748/03)²⁷ en la que el TS va descartando las posibilidades anulatorias del acto administrativo en los casos de omisión del trámite de audiencia, haciéndose ciertamente de difícil e inusual encaje esta infracción procedimental no sólo en los supuestos de nulidad de pleno derecho sino también de anulabilidad. Así, en el Segundo Fundamento Jurídico puede leerse: “Ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62 de la L. 30/92 resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador (...); fuera de este ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso *la misma indefensión*, si se produce, podrán originar las consecuencia que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional. Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, *por esencial que pueda reputarse*, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2000) que puede subsistir aún faltando *la sin duda decisiva audiencia del interesado*, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del art. 62” (cursiva no en el original).

En mi opinión, no cabe sostener simultáneamente dos afirmaciones tan contrarias sin forzar en exceso los términos que se utilizan: mientras que, de una parte, se está afirmando la esencialidad del trámite de audiencia y lo decisivo de su práctica, de otra, se afirma la subsistencia del procedimiento y la resistencia del acto resultante.

Pero no conformándose el TS con negarle virtualidad invalidante por causa de nulidad de pleno derecho, continúa negándole esta posibilidad por la vía de la anulabilidad: “Si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho

²⁷ Base de Datos Bosch-0n-line.

pueda considerar pertinentes para ello. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, y cita en su apoyo las SSTS de 26 de enero de 1979 (Arz. 232), 18 de noviembre de 1980 (Arz. 4546), 30 de noviembre de 1995 (Arz. 8582) y 30 de mayo de 2003 (Arz. 5013).

Dicho de forma más resumida: no se produce indefensión y, por tanto, no ha lugar a declarar la nulidad del acto cuando el interesado cuenta con medios de defensa. O sea, siempre. Esta afirmación acaba invitando a llegar de inmediato a la conclusión de que cualquier posibilidad de recurso subsana de forma automática la falta de audiencia en el procedimiento. Pero el TS se apresura a negar esta conclusión argumentando para ello “que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquél acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de la nulidad en los términos del art. 63.2”.

La perplejidad que produce la sentencia es mayúscula dada la falta de seguridad jurídica que produce la utilización de tales criterios de imposible objetivación, pues todo va a depender del criterio subjetivo del operador jurídico –de todos y cada uno de ellos–²⁸.

Sin embargo, especialmente cautelosos en la aplicación de este criterio restrictivo se muestran tanto el TS²⁹ como el TC cuando se trata del procedi-

²⁸ Prueba de ello es el hecho de frente a esta doctrina, la STS de 6 de octubre de 1993 (Arz. 7444) afirmaba que los recursos administrativos “constituyen una dimensión claramente distinta de la del esencial trámite de audiencia (...) (cuya omisión fue relevante con real y efectiva privación de garantías no subsanadas en la vía de los recursos administrativos”.

²⁹ STS de 14 mayo 1991 (Arz. 4146) afirmaba con rotundidad que “la audiencia del sancionado es un trámite esencial, como lo es el de todo sancionado en el expediente sancionador, cuya omisión es causa de nulidad radical, y así debe declararse”. En el mismo sentido, la SSTS de 19 de diciembre de 1991 (Arz. 355), 16 de junio de 1993 (Arz. 4347). Cuando la sanción consiste en clausura de local o similar, el efecto de la omisión del trámite de audiencia es igualmente la anulación del acto. Así, las SSTS de 4 de octubre de 1986 (Arz. 7402), 28 de septiembre de 1987 (Arz.8262), 28 de noviembre de 1988 (Arz. 9222), 17 de julio de 1989 (Arz. 5830).

miento sancionador, en cuyo caso se entiende la falta de audiencia provoca indefensión y que ésta tiene alcance constitucional (SSTC 18/1981, de 8 de junio y 42/1989, de 16 de febrero), lo que, como acertadamente afirma GAME-RO CASADO³⁰ no deja de ser paradójico puesto que “de esta forma un sujeto infractor disfruta de una posición procedimental más favorable que otro sujeto al que le afectará un futuro *acto restrictivo de sus derecho pero de naturaleza distinta a la sancionadora*: en el primer caso, y a pesar de que el particular contravino el ordenamiento jurídico, se ve amparado durante la tramitación del procedimiento por un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; el segundo, que no ha infringido norma alguna, pero que puede, por ejemplo, ser expropiado, no goza de esa misma tutela”.³¹

Así pues, sea como fuere, con mayor o menor acierto, la verdad es que salvo en caso de tratarse de un procedimiento sancionador en que casi se parte de la presunción de invalidez de la resolución dictada con omisión del trámite de audiencia, en el resto de los procedimientos la consideración de esencial del mismo no provoca de inmediato la nulidad de la resolución, lo que indudablemente hace correr el riesgo de reducir a la nada la secular imperatividad de su cumplimiento. Pero ante esta situación no cabe otra cosa que instar que la normativa adecue lo que establece con lo que termina aplicándose por la jurisprudencia, más que nada si se quiere dotar de seguridad jurídica al sistema y hacer más previsible el resultado del enjuiciamiento de la resolución administrativa que se somete a consideración de los Tribunales.

IV. ALGUNAS SENTENCIAS ESPERANZADORAS

Ahora bien, frente a la anterior doctrina del TS su sentencia de 22 de febrero de 1990 (Arz. 774)³² constituyó un hito importante en cuanto que se

³⁰ Gamero Casado, *Omisión del trámite...*, op. cit., pg. 227.

³¹ De todos modos, el TS no se muestra especialmente restrictivo ni formalista para dar por cumplido el trámite de audiencia, tal y como se pone de manifiesto en la STS de 4 marzo 1997 (Arz. 1860) cuando en ella se afirma que “el derecho de audiencia se cumple en el procedimiento sancionador al contestar el pliego de cargos [artículos 51.1, b) de la Ley 8/1988 y 136.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, a la sazón vigente], sin que sea necesario dar nueva audiencia cuando de las diligencias practicadas no se desprenda la existencia de hechos distintos a los incorporados en el Acta de la Inspección”

³² Comentada por BELADIEZ ROJO, Margarita, “Validez y eficacia de los actos administrativos”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 150 a 155.

aparta de esta restrictiva Jurisprudencia que tanto insiste en equiparar el derecho de defensa con el de tutela judicial efectiva. Esta sentencia anulaba la dictada en primer grado jurisdiccional justamente por aplicar al caso concreto esa amplia jurisprudencia por la que se considera que no se produce indefensión cuando el interesado ha podido formular cuantas alegaciones considerara oportunas a través de las sucesivas impugnaciones. Merece la pena reproducir aquí los términos textuales de la sentencia, lamentablemente no seguida por otras muchas del TS como hubiera siendo deseable, aunque sí por alguna de Tribunales Superiores de Justicia:

“Entre el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso-administrativo no existe un *continuum* en el que la indefensión producida en un momento pueda subsanarse en otro, sino que el primero es cualitativamente diferente del segundo, y sus respectivos contenidos no pueden extrapolarse de uno a otro. Terminado el procedimiento administrativo *ex post* del mismo y ya fuera de él, no pueden subsanarse los vicios producidos *ex ante* de la resolución que les puso término, siendo el análisis de esos posibles vicios por la jurisdicción uno de los posibles motivos del recurso contencioso-administrativo en el que se impugne la invalidez de un acto producido sin las garantías jurídicas exigibles. La resolución administrativa debe dictarse respetando el sistema de garantías establecido en las normas rectoras del procedimiento, sistema de garantías cuyo designio final es la defensa del administrado frente a la Administración. *Si este sistema no se respeta el acto administrativo resulta viciado. La defensa posible ante la jurisdicción producida frente a la Administración, so pena de confundir los papeles de ésta y aquélla. (...) El criterio de la sentencia recurrida al respecto conduce prácticamente a la eliminación de la eficacia jurídica de los vicios de procedimiento, en cuanto motivos de impugnación del acto administrativo, pues en la medida en que todos los actos son recurribles, la oportunidad de defensa en el recurso contencioso-administrativo subsanaría los vicios de procedimiento administrativo, lo que es absurdo.* El criterio subsanatorio de la sentencia recurrida resulta así inaceptable”. (La cursiva no en el original).

Esta misma doctrina fue la seguida por la STS de 22 de abril de 1992 (Arz. 4207) en la que se afirmaba que la indefensión se produce en el momento en que no se contó con el interesado ni al dictarse propuesta de resolución ni la resolución misma, con lo que quedó indefenso en vía administrativa; “indefensión que no desaparece por el hecho de, siguiendo la pauta dada por el acto impugnado, acudiera directamente a la vía jurisdiccional”. En definitiva, nuevamente en esta ocasión, el TS niega virtualidad subsanadora a la impugnación ulterior del acto dictado con omisión de este trámite.

Contribuyen a esta doctrina determinadas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que en ocasiones se muestran más proclives a la doctrina formalista, por cuya aplicación procede anular el acto cuando durante la sustanciación del procedimiento seguido para dictarlo se ha omitido el trámite de audiencia al interesado, y, en consecuencia, se ordena la retroacción de las actuaciones al momento de comisión de la infracción y la subsanación de la falta, a fin de que se culmine el procedimiento en legal forma. Sirva de muestra, por ejemplo, la STSJ de Valencia de 12 de junio de 2001 (Arz. 1521)³³ en la que puede leerse que “no cabe minimizar la indefensión sufrida por el hecho de que el interesado hubiera interpuesto recurso jurisdiccional por la vía ordinaria, toda vez que el ejercicio de las acciones judiciales no puede restar trascendencia a la indefensión sufrida en vía administrativa”³⁴. En consecuencia, decide anular el acto al entender que se produjo indefensión por esta causa. Por su parte, la sentencia del TSJ de Málaga de 29 de febrero de 2000 (Arz. 768) es tajante al respecto, al entender que cuando la Administración resuelve una controversia sin atender a los motivos objetivos que la rodean el acto no se ha dictado respetando todas las garantías del ciudadano, por lo que procede su anulación: “la omisión del trámite de audiencia, común a todos los procedimientos (...) debe provocar la nulidad radical de la resolución no sólo por vulnerar el derecho de contradicción procedimental sino porque la resolución así dictada no redundaría en beneficio de la propia Administración Pública, tal y como la contempla el art. 103 CE y el art. 3.1 de la Ley 30/92”.

En definitiva, para toda esta Jurisprudencia, ciertamente escasa, la indefensión es una situación susceptible y merecedora de ser apreciada en cada instancia de una forma individual y separada, pues de lo contrario, se estaría admitiendo sin reparos que el particular pueda verse afectado en sus derechos e intereses legítimos sin habersele concedido en plenitud todos los medios de defensa a que tenía derecho, sin más consuelo que la posibilidad de poder utilizarlos en posteriores instancias. Esta reflexión exige remitir a la advertencia

³³ Con cita de las SSTC 115/1988, 112/1989, 62/1998, 155/1998 y 14/1999.

³⁴ En esta sentencia, el criterio de razonabilidad que utiliza el Tribunal no juega a favor de la Administración y del contenido, si hubiera variado o no, del acto administrativo, sino a favor del interesado, quién hubiera alegado de forma diferente de haber tenido oportunidad de conocer el expediente completo: “Ciertamente tuvo ocasiones para alegar ante la Administración frente a la acusación por la que finalmente resultó sancionado. Sin embargo, debió tener una más (...) pues no cabe desconocer que las alegaciones efectuadas ante la propuesta, debiendo estar directamente condicionadas por la levedad de la calificación y de la sanción que la misma proponía, siendo lógico y razonable pensar que hubieran sido de muy distinta naturaleza en el caso de conocer la calificación y sanción finalmente adoptadas”.

que tan sabiamente hace NIETO³⁵ contra la hipocresía de creer que la salvaguarda ejercida por los jueces constituye la más fuerte garantía de “pureza jurídica” de que debe estar adornado el Estado social y democrático de Derecho, pues, aparte de razones puramente matemáticas –no todos los conflictos llegan a los Tribunales– y jurídicas –no todas las materias tienen acceso– existe siempre la posibilidad de “fraude del principio constitucional”, dada la escasa homogeneidad y normal ambigüedad con que se producen esos principios en una sociedad plural y moderna.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de haber analizado la tan abundante jurisprudencia dictada por los Tribunales Supremo y Constitucional en la que se valoran las consecuencias invalidatorias de la omisión de la audiencia, no hay más remedio que concluir que en su mayor parte, para esta jurisprudencia que tiende cada vez más a consolidarse, este vicio, por más que continúe afirmándose el carácter esencial del trámite, se halla carente de virtud en sí mismo, que sus posibilidades anulatorias son tan escasas cuanto más irrelevante haya sido en orden al enjuiciamiento sobre el fondo, y, en definitiva, que la ausencia, omisión o desconocimiento del mismo sólo adquiere relevancia en función de su utilidad. Y es precisamente la valoración de la utilidad del trámite, esta relevancia de la forma respecto del fondo, el criterio que está más sometido al albur de la discrecionalidad, primero de la Administración, y después, de los Tribunales, la misma que permite dimensionar y graduar, caso por caso, las consecuencias del vicio cometido. Todo ello con el agravante de que, al tratarse de una jurisprudencia casuística, que está en función de las circunstancias de cada caso (STS de 26 de marzo de 1981 –Arz. 1360–), y que depende de los criterios eventualmente dispares de cada operador jurídico, en la que todo es cuestión de ponderación y de grado, es necesariamente una jurisprudencia de resultados difícilmente previsibles para el ciudadano dada la diversidad de posibilidades interpretativas de los conceptos jurídicos que maneja.

Por ello y porque produce cierta intranquilidad nerviosa el desconocimiento de adónde puede llegar la flexibilidad del criterio formalista de que hace gala la jurisprudencia expuesta, y porque quizá sean mayores los inconvenientes que las ventajas de este progresivo apartamiento del procedimiento, es por lo que, desde estas páginas, se pretende modestamente contribuir a la

³⁵ NIETO GARCÍA, A. *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*, RAP, núms. 100–102, vol I., en especial, páginas 387 y sigs.

reivindicación del valor de la forma como presupuesto previo a la consecución de una Administración pública más transparente en su actuar y más respetuosa en la aplicación de las reglas jurídicas que regulan tanto del fondo como de la forma y, por consecuencia, con los derechos de los particulares. Y es que, para quién esto escribe, no deja de ser preocupante la continua permisibilidad que se le está otorgando a la Administración en la comisión de determinados vicios de procedimiento tan importantes como lo son los trámites mismos que se omiten, lo que no deja de constituir un cierto retroceso respecto de aquella otra línea jurisprudencial que vino a reconocer sin matices³⁶ que la Administración carece de la facultad para prescindir a su arbitrio de trámites legales, sobre todo, de uno como el de audiencia que permite al interesado, dada su primigenia finalidad, una defensa más eficaz y completa de sus derechos e intereses.

Y junto a ello, una reflexión adicional que viene a complementar la eficacia defensiva propia de este trámite como es la necesidad de que para que la audiencia al interesado tenga realmente sentido, es necesario que se efectúe, no como un simple rito que basta con cumplir formalmente aunque sea frente a una Administración de “oídos sordos”³⁷, no como un simple “adorno” del procedimiento, sino frente a una Administración interesada en conocer en toda su amplitud la versión fáctica y jurídica de quién puede verse afectado en sus derechos por la decisión administrativa que no siempre tiene que ser de contenido sancionador para que tenga carácter intervencionista, y que no sólo está dispuesta a “escuchar” sino también a acomodar sus decisiones a las alegaciones que se le formulen si éstas no están exentas de razón. Sólo así se estará en condiciones de alcanzar ese tan proclamado ideal de Administración de calidad, transparente y servicial, que no requiere la renuncia de derechos ni el menoscabo de la legalidad para lograr que su actuación sea eficaz, que promueve la participación ciudadana, que actúa con deferencia con los ciudadanos y que se muestra respetuosa con los derechos de los interesados con quienes conforma sus relaciones jurídicas en la amplia actividad que desarrolla.

³⁶ STS de 9 de junio de 1975, citada por González Pérez, J. “Comentarios a la Ley...”, op. cit., pág. 673.

³⁷ En expresión de González-Varas Ibáñez, S. *La participación de los ciudadanos en el procedimiento administrativo*, en el libro colectivo “Procedimiento Administrativo. Ponencias del I coloquio hispano-portugués.” Dirigido por Diogo Freitas do Amaral y Laureano López Rodó. Santiago de Compostela, 1994, pgs. 247 y 248. Como bien afirma, “el sentido del trámite de alegaciones y del de información pública está en que las alegaciones realizadas puedan servir de algo, puedan servir para lograr que la Administración se ajuste a ellas si son razonables. De lo contrario, a ningún ciudadano le interesaría especialmente alegar algo, si, pese a ser oído, no se van a atender sus ruegos razonables (...) En este sentido, la Administración ha de razonar su decisión en relación con las alegaciones presentadas en el acto de información pública”.

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 19/2004, de 23 de febrero (BOE de 26 de marzo). Ponente: Delgado Barrio (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 24.1.

otros:

Objeto: Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Zaragoza denegando nulidad de actuaciones

Materias: Derecho a la tutela judicial efectiva: emplazamiento edictal.

La recurrente considera lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en la medida en que no se la han comunicado correctamente los diferentes actos judiciales que han tenido lugar en un proceso del que

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO.

sólo tuvo noticia cuando se encontraba ya en fase de ejecución. Ya en la STC 18/2002 se ha declarado que el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24 CE, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa e intereses legítimos en un procedimiento en que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales; se impone así a los órganos judiciales el especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure su recepción por los destinatarios evitándose así la indefensión (SSTC 77/1997; 268/2000; 18/2002). Por otra parte convendrá recordar la doctrina del TC en relación con la importancia de la efectividad de los actos de comunicación procesal (STC 74/2001), particularmente del emplazamiento a través del cual el órgano judicial pone en conocimiento de quienes ostentan algún derecho o interés la existencia misma del proceso, dada la trascendencia que estos actos revisten para garantizar el principio de contradicción (SSTC 334/1993; 113/1998; 26/1999). Los actos procesales de comunicación a cargo de las oficinas judiciales, especialmente aquellos cuyos destinatarios son quienes han de actuar como parte en el proceso, ofrecen una particular trascendencia, por constituir el documento indispensable para hacer posible la defensa en juicio de esos derechos e intereses controvertidos (STC 36/1987). Por tanto se impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en su realización, al tiempo que justifica que el medio normal de comunicación procesal deba ser el emplazamiento, citación o notificación personal (SSTC 186/1997; 56/2001; 149/2002; 99/2003). Cuando el órgano judicial deba acudir a la notificación por cédula a terceros, será preciso que esta modalidad se practique con riguroso sometimiento a los requisitos y condiciones que exigen el art. 267 y 268 LEC, como se indicó en las SSTC 110/1989; 195/1990; 326/1993, el cumplimiento de esas exigencias constituye la garantía del real conocimiento por el interesado del acto o resolución que se le notifica por terceros; el emplazamiento o citación han de ser realizados por el órgano judicial con todo el cuidado y respeto de las normas procesales que regulan dichos actos que no constituyen un formalismo, sino una garantía para las partes en el procedimiento (STC 113/2001). Aplicando esta doctrina al caso de autos, convendrá subrayar: que se produjo por dos días consecutivos el infructuoso intento de emplazamiento personal en el piso objeto de la acción de división de la cosa común ejercitada por la Caixa. Que posteriormente se intentó de nuevo el emplazamiento, dejándose la citación en manos de una vecina advirtiéndole de su obligación de hacerla llegar a manos del interesado, el cual se excusa de firmar. Sobre esta base y ante la incomparecencia de la demandada se declaró en rebeldía. Admitida prueba de confesión judicial, la citación resultó fallida; en la diligencia consta las declaraciones de los vecinos advirtiéndole que hacía mucho tiempo que la interesada no vivía en ese domicilio. Se procede posteriormente a la diligencia de lanzamiento, no encontrándose en el domicilio de autos a nadie y procediéndose a la eje-

cución correspondiente. Posteriormente se logra, actuación policial mediante, localizar a la demandada quien comparece para promover el incidente de nulidad de actuaciones. La cuestión fundamental era si la receptora de la cédula era vecina de la interesada o, lo que es lo mismo, si se puede considerar a la interesada vecina de ese inmueble, condición de inexcusable cumplimiento para verificar el anterior. Los requisitos del 268 LEC lleva en su expresión misma –*vecino más próximo que fuera habido*– una referencia a la cercanía o proximidad en la residencia que es justamente la adecuada para que el emplazamiento sea efectivo; los datos de hecho ponen de relieve que nunca se encontró en el domicilio a la recurrente, los vecinos manifestaron que ésta no vivía en el domicilio desde hacía bastante tiempo, amén de otros indicios resultante de la propia actuación del acto de lanzamiento, todo lleva a la conclusión de la gran incertidumbre acerca de si efectivamente ése era el domicilio de la demandada y, por tanto, de si la receptora era efectivamente su vecina, vecindad, que es sinónimo de proximidad y que constituye el eje o razón del art. 268 LEC. Los hechos expuestos debieron llevar al ánimo del órgano judicial razonables dudas sobre la efectividad de la notificación (STC 113/2001); el deber de especial diligencia del órgano judicial no se practicó, como, sin embargo, sí se hizo, ya en ejecución de sentencia, lo que permite concluir que el Juzgado no ha desplegado una razonable actividad investigadora, lesionando claramente los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa de la recurrente. Se otorga el amparo solicitado.

2. Sentencia 24/2004, de 24 de febrero (BOE de 26 de marzo). Ponente: Pérez Vera (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 25.1; 17.1; 81.1.

otros:

Objeto: art. 563 del Código penal.

Materias: Principio de legalidad penal; derecho a la libertad y a la seguridad; reserva de ley orgánica.

Se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 563.1 CP que tipifica como delito la *tenencia de armas prohibidas*, desde la perspectiva de las garantías del principio de legalidad, en relación con los arts. 17.1 y 81.1 CE. Para resolver la cuestión el TC acude a su doctrina acerca de las exigencias que para las normas penales se derivan del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE): el derecho a la legalidad penal, incorpora una garantía de orden formal, es decir, supone la exigencia de la existencia de una ley como presupuestos de la acción pu-

nitiva que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden; como se dice en la STC 142/1999, sólo el Parlamento está legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas. Junto a este principio de carácter formal, el principio de legalidad incorpora una serie de garantías de índole material: una primera, fundamental, mediante la que se concreta el principio de tipicidad, es decir, la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones. La exigencia, en suma, de que el legislador opere mediante la formulación de tipos, mediante la descripción estereotipada de las acciones y omisiones inculminadas, con indicación de las correspondientes penas o sanciones (STC 120/1994; 34/1996); resultará esta exigencia desconocida cuando se establezca un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permita deducir siquiera la clase de conducta que puede llegar a ser sancionada (STC 306/1994). Ambos aspectos son inescindibles y configuran en su aplicación conjunta el derecho fundamental contemplado en el art. 25.1 CE. Por fin, el TC asimismo ha afirmado que la reserva de ley en materia penal no se extiende *a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos* (STC 118/1992), así como que *el legislador no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo* (STC 89/1993). En relación con el tenor de la norma cuestionada, hay que indicar que el art. 563.1 CP tipifica como delito y castiga con pena de uno a tres años *la tenencia de armas prohibidas*, sin especificar cuáles sean éstas. Nos encontramos con un precepto con carácter de ley orgánica cuyo significado sólo es posible precisar acudiendo a las normas extrapenales que definan aquéllas. El conjunto de normas que establecen el régimen jurídico de este tipo de normas debe deducirse de la LO 1/1992, así como del RD 137/1993, el cual, a su vez, se remite a la posibilidad de que mediante órdenes ministeriales se especifiquen el tipo de armas de que se trate. En relación con este conjunto normativo, el TC recuerda su doctrina, a tenor de la cual, la reserva de ley en materia penal no excluye la posibilidad de que sus términos se complementen con lo dispuesto en leyes extrapenales y reglamentos administrativos, mas tal posibilidad no debe ir más allá del citado RD 137/1993, sin que pueda considerarse constitucionalmente admisible, a los efectos de la configuración del tipo, la incorporación al mismo de lo prohibido mediante órdenes ministeriales, como se pretende en la DF Cuarta del RD 137/1993. Sentado esto, convendrá afirmar que la definición de la conducta típica se complementa con la normativa extrapenal contenida en la norma reglamentaria, lo que debe considerarse que colma la exigencia de predeterminación normativa. La apelación a la normativa extrapenal está justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma legal y parece necesaria a la vista del objeto de la prohibición, en atención a la complejidad técnica y a la evolución del mercado de las armas, justificándose así la remisión a la legislación administrativa para delimitar lo que en cada momento se considere prohibido, sin necesidad de la constante actualización de la

norma penal (STC 120/1998). Supuesta la claridad y ausencia de imprecisión en la fijación de la pena, sólo será cuestión controvertida si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición, limitándose la norma a la que se remite la penal a completar con carácter instrumental y de forma subordinada el contenido de la misma. El órgano judicial que plantea la cuestión no lo entiende así, por cuanto se permite que cualquier arma que la normativa remitida se decidiera a prohibir pasaría a integrar automáticamente el tipo delictivo, sin ninguna otra exigencia adicional. El TC considera que la norma resultante de semejante interpretación sería, ciertamente, inconstitucional ya que no permitiría afirmar que fuera el legislador quien a través del instrumento de la ley penal definiera el núcleo esencial de la conducta prohibida, permitiéndose, en definitiva, que fuera el Gobierno, a través de una norma reglamentaria quien de forma independiente y no subordinada a la ley, definiera por completo y con total libertad el tipo, con vulneración de la garantía esencial del principio de reserva de ley. En ese caso la inconstitucionalidad sería evidente. Sin embargo tal aproximación al tipo penal, aunque posible, no excluye otras que tengan en cuenta criterios sistemáticos, valorativos y teológicos, atendiendo, sobre todo, al bien jurídico a cuya protección se orienta la norma. La interpretación constitucionalmente conforme ha de partir de que la norma penal cuestionada no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas. Tal reducción del tipo se alcanza, en primer lugar, a partir del concepto de arma –*instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse*, según el Diccionario de la RAE. En segundo lugar, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico frente a conductas reveladoras de una especial potencialidad lesiva; por otra parte, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables; la concreción de tales criterios generales permitirá efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición; la intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en los que el arma posea una especial potencialidad lesiva y cuando su tenencia la conviertan en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Recapitulando, a tenor del 563.1 CP, las armas cuya tenencia se prohíbe son aquellas que cumplan los siguientes requisitos: que puedan ser consideradas armas, desde un punto de vista material; que su tenencia se prohíba por una norma extrapenal con rango de ley o por el reglamento al que la ley se remite, debiendo excluirse del ámbito de la prohibición todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento mediante una orden ministerial; que posean una especial potencialidad lesiva y que la tenencia se produzca en circunstancias o condiciones que la conviertan en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana, excluyéndose la intervención del derechos penal cuando no concurra ese

concreto peligro, sin perjuicio de acudir en este caso al derecho administrativo sancionador (STC 111/1999). De acuerdo con esta interpretación el tipo resulta compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, solamente así entendido el precepto puede ser declarado conforme con la Constitución y sin perjuicio de dejar constancia de la conveniencia de que el legislador defina expresamente el tipo del art. 563 CP con mayor precisión formal.

VOTO PARTICULAR (Jiménez-Sánchez al que se adhieren García Manzano y Conde Martín de Hijas): Se disiente del Fallo y de la argumentación por entender que en la interpretación conforme que se hace por la mayoría del TC se han introducido aspectos que claramente no se derivan de la literalidad del precepto, por lo que se llega a observar un cierto grado de suplantación funcional del TC respecto del propio legislador. La norma debió ser declarada inconstitucional, en opinión de los firmantes de este VP.

(Casas Baamonde): Se disiente del Fallo y de la argumentación al considerar que el art. 563 CP no contiene el núcleo esencial de la prohibición, como en sentido contrario sostiene la mayoría del TC, ni la norma penal resultante de la interpretación conforme satisface las exigencias de certeza. La Sentencia reconstruye el tipo penal a través de la incorporación de elementos de precisión en un esfuerzo que excede del tenor literal del precepto. La Sentencia debería haber declarado la inconstitucionalidad del precepto.

3. Sentencia 37/2004, de 11 de marzo (BOE de 6 de abril). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 23.2

otros:

Objeto: Último inciso del art. 135.b) RDL 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el TR de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Materias: Acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

Se ha promovido cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón. La cuestión se ciñe a determinar si la norma que establecía un límite de edad máximo para los aspirantes a ocupar puestos en la función pública local es contraria a lo establecido en el art. 23.2 CE. Convendrá advertir que con posterioridad tal precepto se ha modificado, indicando ahora, sólo, que es preciso *tener cumplidos 18 años de edad*. El TC comienza preguntándose acerca de los efectos que el cambio sobreenvenido haya podido tener sobre las cuestiones. Todas las partes han argumentado en torno a la STC 75/1983. En esta Sentencia ya tuvo el TC oca-

sión de poner en relación los arts. 14 y 23.2 CE de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública. No cabe duda para el TC que a pesar de que la edad no se explicita como una de las causas por la que no se debe discriminar, ello no impide que deba entenderse que la edad dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública, es una de las circunstancias comprendidas en el art. 14 y en el 23.2, desde la perspectiva excluyente de trato discriminatorio; en la medida en que el precepto cuestionado afecta directamente al acceso a la función pública, resulta evidente que su licitud constitucional debe abordarse desde la perspectiva del art. 23.2 CE. Este precepto debe ser interpretado en el sentido de la imposibilidad de establecimiento de requisitos para el acceso a la función pública que tengan carácter discriminatorio. Por su parte el art. 103.3 ha de traerse a la argumentación en la medida en que exige que el acceso a la función pública se atenga a los principios de mérito y capacidad, de ahí que en la meritada STC 73/1985 ya se dijo por el TC que el art. 23.2 *impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pueden también considerarse violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre los ciudadanos*. El derecho al acceso en condiciones de igualdad no prohíbe que el legislador tome en consideración la edad de los aspirantes, en cuanto ésta es en sí un elemento diferenciador de modo que en combinación con las características del puesto de que se trate [el legislador] *fije objetivamente límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a esos puestos* (FJ 3 STC 75/1983). No obstante, hay que tener en cuenta que es doctrina del TC que corresponde a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer los argumentos que el diferente tratamiento legal posea. (SSTC 68/1982; 75/1983); se tratará por tanto de la imperiosa necesidad de que se argumente la razonabilidad de la exigencia de un requisito que no guarda relación con los mencionados de mérito y capacidad. Los argumentos esgrimidos –no inconveniencia de que se establezcan carreras administrativas que tengan una duración razonable o no inconstitucionalidad de una previsión en cuanto se limita a asegurar que su provisión se realice de forma estable-, desde una perspectiva constitucional, no pueden considerarse razonables. Por todo ello se considera que la norma cuestionada contraviene lo establecido en el art. 23.2 CE.

VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

A. Comunidades Autónomas.

B.2. Competencias.

1. Sentencia 14/2004, de 12 de febrero (BOE de 10 de marzo). Ponente: Conde de Martín de Hijas (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 149.1.6ª; 149.1.25ª; 149.1.29ª.

otros:

Objeto: Determinado precepto del Anexo de la Ley 7/1998, de las Cortes de Aragón, de ordenación del territorio.

Materias: Legislación penitenciaria. Bases del régimen energético. Seguridad pública.

Se plantea el recurso por motivos competenciales, al tiempo que aduciendo vulneración de los principios de lealtad constitucional y solidaridad, que están en la base del sistema general de distribución de competencias. Se aduce una extralimitación en el fundamento de la competencia autonómica, pues el carácter exclusivo en materia de *ordenación del territorio* no es suficiente para afectar a las competencias estatales sobre *legislación penitenciaria* o en materia de *bases del régimen energético*. Se argumenta, por parte del TC, sobre la base de doctrina ya establecida acerca de la necesidad de acudir a la *categoría genérica... a la que primordialmente se reconducen las competencias controvertidas, puesto que es ésta la que fundamentalmente proporciona el criterio para la delimitación competencial, sin perjuicio de que, en su caso, la incidencia de la actividad considerada en otros ámbitos obligue a corregir la conclusión inicial para tomar en consideración títulos competenciales distintos* (STC 80/1985; 197/1996). Cuando las disposiciones en conflicto lleven a identificaciones competenciales diversas habrá de apreciarse tanto el sentido o finalidad de las disposiciones traídas al conflicto como el de los varios títulos competenciales o estatutarios (SSTC 153/1989; 252/1988 y 137/1989). Desde esta perspectiva metodológica se afronta la eventual cabida de la norma controvertida en el título competencial aducido. El TC tiene declarado que *ordenación del territorio*, en cuanto título competencial, lleva a la idea de actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico territorial (SSTC 77/1984; 149/1991), estando constituido su núcleo fundamental *por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo* (SSTC 36/1994; 28/1997). Mas al tiempo no puede atribuírsele un contenido tan amplió que produzca el vaciamiento de otros títulos competenciales, desde luego, no sólo del Estado. Es poco discutible que el precepto controvertido más directa e inmediatamente debe incardinarse en el ámbito competencial de la *legislación penitenciaria*, la cual delimitó, entre otras, la STC 104/1988 a cuyo tenor dentro de las facultades normativas del Estado estaría *tanto la congelación de las actuales pla-*

zas máximas y óptimas, como la fijación minuciosa de los requisitos y condicionamientos para la determinación de tales plazas, también desde la perspectiva de la configuración del sistema penitenciario como un sistema único que integra un conjunto de establecimientos penitenciarios, gestionados bien por la administración estatal, bien por la autonómica; así este sistema servirá como instrumento de fines globales del Estado conjunto; en consecuencia las decisiones que afectan a todo el sistema deben adoptarse por el Estado y en el ámbito estatal de actuación. En el caso de Aragón, además, al no haber asumido competencias de ejecución de la legislación penitenciaria, corresponderá éstas asimismo al Estado. Por todo ello se declara inconstitucional el precepto controvertido. Convendrá ahora entrar en el análisis de la competencia de la Comunidad Autónoma para disponer sobre la instalación de almacenes de residuos nucleares que no hayan sido generados en Aragón. Procedimiento de modo metodológicamente idéntico el TC delimitará el ámbito de la competencia en la que integrar la materia objeto de la regulación, a este fin la cuestión controvertida se ciñe a determinar si se trata de la competencia, estatal, *bases del régimen energético o seguridad pública*, o, por el contrario, en la autonómica, *ordenación del territorio y medio ambiente*. El TC ya ha advertido en otras ocasiones que el sector energético guarda relación con materias muy diversas, de modo que quedarían implicadas, por ejemplo, la seguridad de las instalaciones, la defensa del medio ambiente, la planificación económica, en especial, la energética; en el caso de autos asimismo se aprecia este fenómeno que podríamos calificar de concurrencia competencial. Siguiendo los mismos criterios argumentales se aprecia que debe descartarse que el contenido del controvertido art. 222.b) pueda incardinarse en la materia de *ordenación del territorio*, por inexistencia de correspondencia entre el contenido y la finalidad, de donde pueda afirmarse que el régimen de almacenamiento de los residuos nucleares es por completo ajeno a la materia de *ordenación del territorio*. Se pone en cuestión que la materia sea subsumible en la competencia *seguridad pública* aunque se reconozca que una cierta conexión efectivamente exista. De forma notoriamente más intensa apreciará el TC la relación del controvertido precepto con las materias *régimen energético y medio ambiente*. Por lo que se refiere a la primera, parece obvia la relación; por lo que se refiere a la segunda, ya la STC 102/1995, se trata de un cocepto nacido para reconducir a la unidad los distintos componentes de una realidad en peligro. Por lo que se refiere a la materia *régimen energético*, son indiscutiblemente encuadrables en la misma las diferentes actividades relativas a la producción de energía nuclear. Aprecia el TC que la regulación consistente en la prohibición de almacenamiento de los residuos de la energía nuclear que no hayan sido generados en Aragón se conecta más estrechamente con la materia de *régimen energético* que con la de *medio ambiente*. El precepto sólo atiende a la conexión de los almacenes de residuos nucleares con la producción energética, la normativa objeto de la controversia relaciona de modo directo la producción energética y el almacenamiento de los residuos que se deriven de ella, configuran-

do una correlación estratégica entre producción de energía nuclear y almacenamiento de los residuos derivados. La directriz impugnada atiende así a una dimensión estratégica de la producción energética, a saber, la gestión y emplazamiento de sus residuos. Al Estado corresponde la competencia sobre la legislación básica, la de desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación han sido asumidas por la Comunidad Autónoma. El ámbito de lo básico, ha sido declarado en reiteradas ocasiones por el TC, incluirá, desde la perspectiva material, las determinaciones que aseguren un mínimo común normativo en el sector material de que se trate y una orientación unitaria y dotada de cierta estabilidad en todo aquello que el legislador considera, en cada momento, aspectos esenciales de dicho sector material (SSTC 223/2000; 1/1982; 48/1988; 147/1991; 197/1996); desde la formal, se deben satisfacer determinados requisitos con el fin de que el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente; a esta perspectiva responde el principio de ley formal, en la medida en que sólo a través de este instrumento se alcanzará una determinación cierta y estable de los ámbitos de ordenación de las materias en que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y reglamentarias autonómicas, sin que se excluya la posibilidad de que el Gobierno pueda hacer uso de la potestad reglamentaria, cuando resulten, por la competencia de ésta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia sobre las bases (STC 98/2001; 69/1988). En el análisis del resto de normas, algunas incluso de carácter preconstitucional, que configuran el carácter de básico de esta regulación, convendrá fijarse en el RD 1836/1999 mediante el que se pone de manifiesto que la relación entre el sistema de producción de energía nuclear o radioactiva, el transporte de sus residuos y su almacenamiento, se configura de modo abierto en todo el territorio nacional, de acuerdo con las exigencias de un mercado único, sin sometimiento a limitación territorial de carácter intracomunitario (STC 24/1983). El análisis del conjunto de la normativa básica permite afirmar que ésta ha sometido a los residuos generados en el proceso de producción de energía a un régimen de gestión de efectos supracomunitarios, como consecuencia de que al legislador básico le corresponde la determinación de las características estructurales del sistema de almacenamiento de residuos en el conjunto del territorio nacional. Corresponde al legislador básico decidir si los residuos generados en una Comunidad Autónoma han de ser almacenados en la misma Comunidad o no, de acuerdo con criterios de estrategias de los centros productivos y de almacenaje. En conclusión, la normativa básica dictada en esta materia ordenado el sector de la energía nuclear y radioactiva optando por un sistema abierto a todo el territorio nacional y no por un modelo de gestión intraautonómica, en atención a estas razones se declara la inconstitucionalidad del precepto controvertido por incurrir en infracción del orden constitucional de competencias.

VOTO PARTICULAR (Jiménez de Parga y Cabrera): No se disiente del Fallo sino de la argumentación sobre todo acerca de la función y relevancia

del principio de solidaridad como eje de la actuación de las Comunidades Autónomas, que en atención a los argumentos del disidente no deben quedar en una posición secundaria por lo que a la aplicación de este principio se refiere.

2. Sentencia 38/2004, de 11 de marzo (BOE de 6 de abril). Ponente: Jiménez-Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 149.1.18^a

otros:

Objeto: Art. Único de la Ley 4/1996, de 13 de diciembre, del Parlamento de Asturias, que modifica la Ley 3/1985, de ordenación de la función pública de la Administración del Principado.

Materias: Bases del estatutario de los funcionarios públicos.

La impugnación se centra en la vulneración del orden constitucional de competencias al establecerse en la norma controvertida un sistema de acceso a la función pública al margen de la normativa básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.18^a CE y de las excepciones allí establecidas. En la norma objeto de este proceso constitucional se articulan unas pruebas de acceso que tienen carácter restringido y, en segundo lugar, el proceso selectivo que se estatuye está constituido únicamente por la realización de cursos, que no garantiza los principios de mérito y capacidad ni es acomodable a los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición previsto en la normativa estatal que tiene reconocido el carácter de básico. El art. 1.3 de la Ley 30/1984 reconoce expresamente al art.19.1 aducido, el carácter de básico, carácter, a su vez, expresamente reconocido en otras decisiones del TC (SS 151/1992; 302/1993). No obstante convendrá tener en cuenta, asimismo, que la DT Sexta.4 de esa norma permite a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas convocar pruebas específicas de acceso para los contratados administrativos hasta cierta fecha. El TC ya se ha manifestado con anterioridad acerca de este tipo de pruebas (SSTC 174/1998; 151/1992; 302/1993), en la primera de las citadas se ha afirmado que el art. 19.1 de la Ley 30/1984 establece con carácter básico el principio de que las convocatorias tienen que ser por regla general abiertas o libres, al tiempo que establece, asimismo en norma de carácter básico, la posibilidad de ciertas excepciones, como la ya mencionada de la DT Sexta.4., de donde resulta obligada la conclusión: las Comunidades Autónomas sólo tienen competencias para convocar pruebas de carácter restringido si se atienen a los requisitos que se establecen en la citada DT, a saber, que se dirijan a los que

tengan la condición de contratados administrativos y que su incorporación se hubiere realizado mediante convocatorias públicas realizadas con anterioridad al 15 de marzo de 1984. Por tanto el TC ha de indagar si el supuesto controvertido es efectivamente una de las denominadas pruebas restringidas y de si las pruebas a contemplar están comprendidas en los supuestos permitidos por la normativa estatal básica. Desde luego sobre lo primero el TC no tiene dudas al calificar el sistema diseñado de restringido, cerrado o específico en la medida en que se circunscribe a los que tuvieron la condición de personal laboral fijo en una determinada fecha. En todo caso es lo cierto, para el TC, que a las pruebas no pueden concurrir *aspirantes libre*, es decir, quienes no prestan servicios como personal laboral, incluidos quienes lo hacen como funcionarios interinos. Una norma de estas características vulnera la norma básica estatal que prohíbe las pruebas restringidas o específicas; resta por ver si se acompasa a los criterios de excepcionalidad de la DT. La respuesta es asimismo negativa por cuanto la norma controvertida se refiere al personal laboral fijo, mientras que la DT habla de *contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva función pública*; finalmente se aprecia asimismo una evidente contradicción entre el plazo de aplicación de la norma estatal y la estatutaria, por todo ello ha de concluirse que el precepto impugnado ha infringido el orden constitucional de competencias.

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 ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIAL. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

La suspensión temporal de la aprobación definitiva de un plan general hasta la subsanación de las deficiencias, acordada de conformidad con la Ley urbanística, no lesiona la garantía constitucional.

“La Sala de instancia considera en la sentencia aquí recurrida, que fue conforme a Derecho la decisión de la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana de suspender la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Alcalá de Xivert y exigir que éste clasificara la zona llamada Ribamar no como suelo urbanizable, según pretendía la Administración Municipal, y sí como suelo no urbanizable de protección especial.

Para llegar a tal conclusión, razona que el interés supramunicipal capaz de legitimar la intervención de la Administración autonómica se expresa en el ordenamiento urbanístico valenciano a través del artículo 40 de su Ley 6/1994, de 15 de noviembre; que la decisión de suspensión de aquella aprobación definitiva se hizo invocando expresamente el título competencial de la letra A) del número 1 de ese artículo; que por ello y por lo dispuesto en

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

la Ley (también valenciana) 4/1992, de 5 de junio, aquella intervención se produjo dentro de los límites del control de legalidad, sin transgredir la autonomía local en materia urbanística; que el ejercicio de la competencia autonómica fue correcto, pues puesta en relación la prueba testifical que ratificó un informe realizado en el trámite administrativo por encargo del Ayuntamiento, este informe mismo y la Declaración de Impacto Ambiental referida a aquella zona, «[...] entiende la Sala que el citado informe -así como la ratificación del mismo- no tienen relevancia para enervar la Declaración de Impacto Ambiental elaborada por la Consellería de Medio Ambiente: y, finalmente, «[...] que la clasificación como suelo no urbanizable de protección especial se incardina dentro del planeamiento sectorial plasmado en el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de Sierra Irta, cuyo inicio se aprueba con anterioridad a los actos impugnados -concretamente por Orden de la Consellería de Medio Ambiente de 6 de febrero de 1998-, en el que se incluye la zona litigiosa, y con el que debe ser coherente el Plan General de Ordenación Urbana impugnado».

Digamos ante todo que aquella Ley 6/1994 de 15 de noviembre Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana, dispone en su artículo 40.1.A) que la aprobación autonómica definitiva de Planes municipales, podrá formular objeciones a ella en cumplimiento de alguno de estos cometidos... Garantizar la clasificación como suelo no urbanizable de los terrenos que estime merecedores de ella, conforme a la Ley del Suelo No Urbanizable, de la Generalitat. Y que esta Ley a la que se remite el precepto, que lo es la Ley 4/1992, de 5 de junio Reguladora del Suelo No Urbanizable en la Comunidad Autónoma de Valencia, define en su artículo 1 los supuestos en los que los Planes Generales de Ordenación Urbana y, en su caso, las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento han de clasificar un suelo como no urbanizable y, dentro de éste, como no urbanizable de especial protección. Extremo, este último, en el que ordena [artículo 1.3,A)] que en todo caso se clasificarán como suelo no urbanizable, en su categoría de especial protección, los terrenos a que se refieren las letras a), b) y c) del núm. 1 de este artículo y los de uso o aprovechamiento forestal. Letras, éstas, que se refieren, textualmente, a los siguientes supuestos:

«a) El dominio público natural marítimo e hidráulico, de conformidad con su legislación reguladora.

b) Los terrenos que estén sujetos a un régimen específico de protección o mejora por una medida en vigor adoptada conforme, bien a la propia legislación de la ordenación territorial o urbanística, bien a la reguladora de la conservación de la naturaleza, flora y fauna, del patrimonio histórico o artístico o del medio ambiente.

c) Los terrenos que, aun no estando comprendidos en el supuesto de la letra anterior, reúnan valores o presenten características que, conforme a la legislación urbanística, de protección del patrimonio histórico, de conser-

vacación de la naturaleza, fauna y flora o del medio ambiente. los hagan merecedores de una especial protección».

Es fácil comprender que toda la cuestión litigiosa se reduce en realidad a un solo extremo, cual es si el suelo objeto de la controversia es o no de aquellos que debían, entonces (antes de la entrada en vigor del Decreto 78/200, quedar positivamente comprendidos en la previsión normativa de la letra c) del número 1 del artículo 1 de la Ley valenciana 4/1992; es decir, si se trata o no de un suelo que reúna valores o presente características que, conforme a la legislación urbanística, de protección del patrimonio histórico, de conservación de la naturaleza, fauna y flora o del medio ambiente, lo haga merecedor de una especial protección. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa:

a) No se habría vulnerado el reconocimiento y garantía constitucional de la autonomía de los entes locales, pues ésta es una autonomía (1) en el marco de la Ley y, (2) ésta a través de aquella previsión de la repetida letra c), no habría dejado de respetar o de moverse dentro del marco en que el legislador puede hacerlo sin vulnerar dicha autonomía.

b) Tampoco se habría rebasado el ámbito de control que en el seno del procedimiento de elaboración de los planes de ordenación urbana y ya en el trámite de su aprobación definitiva se asigna a las Administraciones autonómicas, pues en ese ámbito se incluye en todo caso un control de legalidad, siendo en éste en el que se mueve una decisión relativa a si en aquel suelo concurren o no los valores o características que determinarían su sujeción a lo que el legislador dispuso en aquella letra c). Y

c) Ni, en fin, el principio de igualdad. pues es ya manida la afirmación de que éste opera dentro de la legalidad, de suerte que, cualquiera que fuera la decisión que en otros casos, aunque fueran iguales. se hubiera adoptado, la que ahora debe adoptarse es, necesariamente, la que aquella previsión normativa de la letra c)”.

(STS de 20 de octubre de 2004. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.J. 1º, 2º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Menéndez Pérez. Ar. 6574).

IV. BIENES PÚBLICOS

ADSCRIPCIÓN DEMANIAL

En el ámbito del demanio marítimo-terrestre, es un instrumento previsto por la Ley al servicio de competencias de las Comunidades Autónomas.

“Solicitaba o reclamaba, también, si bien subsidiariamente, la Comunidad Autónoma andaluza recurrente que, ante la inviabilidad de la titularidad dominical, al menos pudiera contar con «un título mas intenso y estable que

la mera concesión», cual sería «la llamada adscripción demanial», figura contemplada en la Ley de Costas y, según manifiesta, «por la que se configura un régimen de separación de titularidades demaniales para asegurar el ejercicio de las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas sobre el dominio público marítimo-terrestre», aun reconociendo, en su solicitud, «la no previsión de la posibilidad en la Ley de Costas».

Efectivamente, el ámbito objetivo de las mismas se limita a los supuestos de «la construcción de nuevos puertos y vías de transporte de la titularidad de aquéllas», que no es el caso de autos. La figura de las adscripciones de bienes de demanio marítimo-terrestre es configurada, en los artículos 49 y 50 de la Ley de Costas, para «vincular porciones costeras con el fin de permitirles el ejercicio de sus competencias en dos materias: puertos y vías de comunicación», como también señaló la citada STC 149/1991, de 14 de julio. En consecuencia, «la adscripción demanial es un instrumento puesto por la Ley al servicio de las Comunidades Autónomas, que al actuar dos de sus competencias sectoriales con incidencia en el territorio costero, quedan exentas del régimen concesional general, y pueden obtener la utilización privativa de zonas del dominio público de una forma similar a las reservas en favor de la Administración del Estado».

La misma STC analiza el grado de adecuación del art. 49 de la Ley de Costas al bloque de la constitucionalidad, siendo preciso para ello esclarecer la imbricación de titularidades que se produce en los espacios portuarios, que, lo mismo que los aeropuertos (STC 68/1984), son espacios en los que se llevan a cabo funciones diversas, correspondientes a distintas Administraciones (STC 77/1984), fundamento jurídico 2º) Y, en relación con el art. 50 de la Ley de Costas, que regula la reversión de los bienes adscritos a una Comunidad Autónoma como soporte de los puertos y vías de comunicación de su titularidad, también se suscitaron problemas diferentes en la STC de precedente cita: el relativo a aquellos supuestos que según el precepto justifican la reversión, el referente a quién es el legitimado para adoptar dicha decisión y, por último, el que toca a la reglamentación del consiguiente procedimiento.

Sin embargo, ninguno de los dos supuestos puede extrapolarse o extenderse a la construcción del balneario de autos, con un claro origen concesional, que es lo único que mantiene la Junta de Andalucía, suficiente para la articulación de sus competencias y para el ejercicio de las funciones al que ha sido destinado, y ello, pese a la existencia de la inscripción registral derivada del procedimiento expropiatorio, en su día seguido, cuyo ámbito debió limitarse al de la concesión originaria, la cual -justamente- es también el resultado jurídico derivado del deslinde”.

(STS de 28 de enero de 2004. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.J. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 5785).

VI. CONTRATOS

PLIEGO DE CONDICIONES

No es posible impugnar las bases del Pliego de Condiciones con ocasión de la adjudicación del contrato, salvo que se invoquen vicios de nulidad del acto.

“El cuarto motivo del recurso de casación utiliza la vía del art. 88.1. d) de la Ley de esta Jurisdicción por quebrantamiento de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, con mención de los arts. 80, 87 y 89.2 de la Ley 13/95, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas y de las sentencias de esta Sala que menciona en torno a que no podrán impugnarse los criterios o las bases fijadas en el Pliego de Condiciones con ocasión de la adjudicación del contrato puesto que ello debe hacerse en el momento de hacerse pública la convocatoria del concurso, y en torno a que la presentación de proposiciones implica o presume la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de dichas cláusulas, a tenor del art. 80 de la Ley 13/95, mencionada, lo que también resulta de la cláusula General Duodécima del Pliego de Condiciones, pues lo contrario implica contravenir la doctrina de los actos propios y la buena fe contractual, así como razones de Seguridad Jurídica, sin que resulte eficaz la invocación de haber sido transgredidos principios constitucionalmente protegidos, repitiendo en este motivo las mencionadas partes recurrentes en casación las alegaciones contenidas, en el primer motivo del recurso.

Cierto es que razones derivadas de la doctrina de los actos propios, del criterio de aceptación de las cláusulas cuando se verifica la presentación de proposiciones, y de razones de seguridad jurídica, impiden que, si no se ha impugnado la convocatoria de un concurso ni sus bases, se impugne después el resultado de éste cuando le es desfavorable. según una reiterada doctrina jurisprudencial como la que se recoge tanto en el motivo del recurso, como en la sentencia recurrida, como, igualmente, en el voto particular de éste, y todo ello a tenor de lo que resulta de los arts. 80, 87 y 89.2 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, mas sucede aquí que la sentencia recurrida aclara en su Fundamento de Derecho Tercero, apartado 3, que lo que se impugna son los criterios de adjudicación que permiten analizar y valorar las proposiciones que se presentan, así como que, por el contrario tanto las cláusulas administrativas generales como las particulares como los pliegos de prescripciones técnicas son de «obligado» cumplimiento y no son objeto, pues, de análisis ni de valoración, y que, según la propia sentencia, no cabe equiparar criterios de adjudicación (criterios en lo que habrá de basarse la decisión y bajo los que habrán de analizarse las distintas proposiciones) con los pliegos de referencia. razón por la que concluye el razonamiento. «no nos hallamos ante el supuesto del art. 80 ya citado», criterio és-

te que también se recoge en el voto discrepante, en el que, después de aludir a la doctrina jurisprudencial reiterada y conocida de que los interesados no podrán impugnar los criterios o las bases fijadas en el pliego puesto que deberán hacerlo en el momento de hacerse pública la convocatoria del concurso. entiende que al fundarse el recurso en la violación por las cláusulas de los derechos fundamentales invocando la nulidad radical y absoluta de ciertas cláusulas, se impone su examen desde tal perspectiva exclusiva, con cita de la sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 1997 que recoge las consideraciones de la parte recurrente pero entendiendo que quiebran en los supuestos en los que se invoquen vicios que comporten la nulidad radical o absoluta del acto, como resultaría de la violación de los derechos fundamentales que la parte invoca, y cierto es que en dicha sentencia se hace la salvedad de los supuestos de nulidad absoluta, lo que implica que sí es aceptable el examen, por esta vía, de tales criterios de adjudicación sin que, por ello, quepa alegar con éxito la infracción de dichos preceptos, pudiendo, además, destacarse, que la valoración de tales criterios verificados en la instancia no puede revisarse en casación, cuando no se impugna expresamente, concretando los argumentos en contra, y en vista de la naturaleza extraordinaria y específica de tal clase de recurso, por lo que también ha de desestimarse el motivo, al no ser tal valoración absurda, ilógica ni arbitraria, tal como recogió la sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 2003, con cita de otras anteriores en el mismo sentido.

(STS de 28 de septiembre de 2004. Sala 3ª, Secc. 7ª. F. J. 9 y 10. Magistrado Ponente Sr. Martín González. Ar. 5977).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

ORDENANZAS MUNICIPALES

Con independencia de lo que para el futuro representa en esta materia la Ley 57/2003, la potestad de Ordenanza puede tipificar infracciones y sanciones dentro de los límites de la Ley reconocidos por la jurisprudencia.

“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 de quedar sin efectos. Parece cuando menos deseable una integración de la normativa actual que dé lugar a una interpretación 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. Este 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 mermado y disminuido 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 este 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 consecuencia 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 impor-

tante 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. Ello significa que, para resolver el supuesto planteado hemos de considerar que las Ordenanzas locales tienen abierta la posibilidad de tipificar infracciones y sanciones, aunque no por supuesto de forma genérica e indiscriminada. Tal tipificación no podrá hacerse si anteriormente se ha efectuado ya por Ley estatal o autonómica. En cualquier caso al llevar a cabo la tipificación no pueden aprobarse preceptos contrarios a las Leyes. Por lo demás la tipificación de que se habla no podrá hacerse por Ordenanza obviamente más que en el supuesto de que se trate de la ordenación del uso de bienes o la organización de servicios que supongan potestades implícitas (el primero es el caso de la policía de dominio Público referido a las vías urbanas que ahora nos ocupa) o en aquellos casos de competencia compartida en los que el ente superior, Estado o Comunidad Autónoma, no haya hecho uso de su potestad legislativa con esta finalidad. Ha de tratarse desde luego de sanciones de carácter pecuniario, aplicadas de acuerdo con el artículo 59 del texto refundido de régimen local. Por último es obvio que, tanto en la tipificación de sanciones como en el ejercicio de la potestad sancionadora, han de respetarse los principios que regulan la materia en nuestro ordenamiento, singularmente las de proporcionalidad y audiencia del interesado. Y sin duda también ha de ponderarse la sanción a imponer en función de la gravedad

del ilícito valorada según las características demográficas, económicas y sociales del municipio».

Y en el Fundamento de Derecho Séptimo: «SÉPTIMO.- Entiende en cambio esta Sala que deben acogerse los motivos (o apartados) segundo, tercero y cuarto, en los que se alega que la evolución y las tendencias de la jurisprudencia constitucional y de este Tribunal Supremo deben conducir a una interpretación de los preceptos aplicables favorable a la autonomía local. Así se mantiene en los motivos indicados, refiriendo la argumentación al principio mismo de autonomía, a las actividades de los entes locales, y a la legislación reguladora del régimen local. Como hemos expuesto en los Fundamentos de Derecho anteriores hay que atenerse a la solución jurisprudencial más favorable a la autonomía municipal que consagran los artículos 137 y 140 de la Constitución los cuales deben ser interpretados de acuerdo con el artículo 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local y por tanto de tal modo que esta autonomía suponga una capacidad efectiva de ordenar los asuntos públicos. Esto lleva consigo que debamos declarar que mediante Ordenanza local, en cumplimiento de los preceptos generales de los artículos 55 y 59 del texto refundido de régimen local, se pueden tipificar válidamente las infracciones y sanciones, que han de ser de carácter pecuniario, cuando ello sea una garantía indispensable para su cumplimiento, siempre que al hacerlo no se contravengan las Leyes vigentes, y únicamente en los casos en que no se haya promulgado Ley estatal o autonómica sobre la materia, y en los que los Ayuntamientos actúen en ejercicio de competencias propias que, por así decirlo, tengan el carácter de nucleares y lleven anejas potestades implícitas de regulación, y respetando los principios de proporcionalidad y audiencia del interesado, así como ponderando la gravedad del ilícito y teniendo en cuenta las características del ente local, como se ha dicho antes en el Fundamento de Derecho cuarto».

(STS de 25 de mayo de 2004. Sala 3ª, Secc. 4ª. FJ. 3º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 4036).

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

VALOR URBANÍSTICO

El suelo de sistemas generales -aeropuertos, en el presente caso- si cuenta con los servicios que marca la Ley, es suelo urbano. Si no cuenta con ellos tendrá, a efectos de valoración, naturaleza de suelo urbanizable.

“El sistema general de comunicaciones -repetimos: en la medida en que sirva para crear ciudad-, es materia específica de los Planes de urbanismo y és-

tos lo tienen que recoger en sus determinaciones. Cuando el Plan General de Madrid lo hace, está cumpliendo un mandato que -como hemos dicho- es una constante en nuestra legislación urbanística, en cambio, cuando el de Alcobendas lo omite, está incumpléndolo. Y por eso tal circunstancia no puede alterar el mandato mencionado hasta el punto de desvirtuar su contenido por la fuerza de los hechos. En suma, al tratarse de una instalación vinculada al sistema general de comunicaciones, es indiferente que se encuentre reflejada o no en el planeamiento urbanístico, para que tenga un tratamiento conforme a lo dispuesto en dicho planeamiento.

A la misma conclusión se llega partiendo del concepto material del propio sistema general, que la doctrina jurisprudencial ha vinculado al «destino» del suelo expropiado, destino que, según dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1997, «no depende del título que formalmente se le atribuye». Es de citar también la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1999 en la que se contempla el supuesto de un terreno, clasificado como no urbanizable, clasificación que, después de ejecutar el Proyecto, se altera en las Normas Subsidiarias para posibilitar así la creación de un centro universitario. Y por ello la sentencia habla de que hay propósito fraudulento en tal forma de proceder con la finalidad única finalidad de evitar el valor urbanístico en la expropiación realizada, argumento que incide en la falta de relevancia de la formal descripción del planeamiento al no recoger éste el uso dotacional.

D. Así pues, y habida cuenta de que, en el caso que nos ocupa, nos hallamos ante un suelo incluido en un sistema general dotacional, resta que nos pronunciemos sobre su condición de urbanizable o no urbanizable con abstracción de su clasificación formal. A este respecto la doctrina jurisprudencial recaída al efecto es concluyente: en virtud del principio de equitativa distribución de beneficios y cargas del planeamiento (art. 3, 2 b) y 87, 1 del Texto de 1976, 3b) b) del Texto del 92 y art. 5 de la Ley 6/1998) y «a pesar de estar clasificado como no urbanizable el suelo de uso dotacional o para sistemas generales, su valoración, a efectos de ejecutar éstos por el sistema de expropiación debe hacerse como si de suelo urbanizable se tratase», razón por la que «el justiprecio del suelo ha de atender a la finalidad urbanística del mismo, por lo que no cabe valorar como no urbanizable aquél cuyo destino es ser urbanizado» (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1999, 1 de abril de 2000, 16 de enero de 2001 y otras muchas). La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2000 y otras que se refieren a igual Proyecto señala que «el suelo de sistemas generales, si cuenta con los servicios que marca la Ley, es suelo urbano. Y si no cuenta con ellos, cabe decir, como única posible alternativa contraria, que, cualquiera que sea el tipo de suelo en el que está incluido, tendrá, a efectos de su valoración, naturaleza de suelo urbanizable, con apoyo legal en el art. 26.2 del Reglamento de Planeamiento y su tasación ha de hacerse con arreglo al valor urbanístico. Ello es plenamente coherente con la equidistribución y los sistemas de obtención de sistemas generales».

E. -Así las cosas, es patente que -a diferencia de lo que sucede con el motivo tercero, que ha tenido que ser rechazado- estos dos primeros motivos tenemos que estimarlo en cuanto que en ellos se postula la aplicación\ de la doctrina de nuestra Sala relativa a sistemas generales aptos para «crear ciudad», expresión esta última que consideramos necesario precisar- esta sección 6ª, de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de España viene utilizando, no como simple cláusula de estilo o retórica vacía, sino con plena conciencia de su necesidad para evitar interpretaciones desorbitadas acerca de lo que, a estos efectos, hay que entender por «sistemas generales».

Y habida cuenta también que no resta ningún motivo por examinar, debemos decir ya en este momento que la estimación de los dos motivos citados conlleva también la del recurso con la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, que casamos y dejamos sin valor ni efecto alguno”.

(STS de 17 de septiembre de 2004. Sala 3ª, Secc. 6ª. FJ. 5º. Magistrado Ponente Sr. González Navarro. Ar. 5963).

XIII. FUENTES

ILEGALIDAD OMISIVA DE REGLAMENTOS

El control de las omisiones reglamentarias resulta restrictivo tanto desde el punto de vista formal (legitimación) como material (facultad político-normativa de ejercicio discrecional).

“b) las pretensiones deducidas frente a la omisión reglamentaria han encontrado tradicionalmente en nuestra jurisprudencia, además de la barrera de la legitimación, un doble obstáculo: el carácter revisor de la jurisdicción y la consideración de la potestad reglamentaria como facultad político-normativa de ejercicio discrecional.

Ahora bien, tales reparos no han sido óbice para que, ya desde antiguo, se haya abierto paso una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria, en el ejercicio de esta potestad son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (Cfr. SSTS 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), y no es rechazable ad limine, sin desnaturalizar la función jurisdiccional. una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter en un determinado sentido. en el bien entendido de que únicamente es apreciable una ilegalidad omisiva controlable en sede jurisdiccional cuando el silencio del Reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica

contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal establecida por la Ley o la Directiva que el Reglamento trata de desarrollar y ejecutar o de transponer. Por otra parte, es éste un problema sustantivo diferenciable del alcance del control judicial, pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad o de la omisión administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido o al precepto reglamentario que incurre en infracción omisiva, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio que, abandonando la previsión establecida para el limitado supuesto de las Ordenanzas fiscales en el artículo 85 de la Ley jurisdiccional de 1956, dispone que «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados», y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la Ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político-constitucional. O, dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la Ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición del contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla (Cfr. SSTs 16 y 23 de enero y 14 de diciembre de 1998).

Por consiguiente, la doctrina de esta Sala es, sin duda, restrictiva en relación con el control de las omisiones reglamentarias, tanto desde el punto de vista formal de su acceso a la jurisdicción como desde el punto de vista material o sustantivo, referido al contenido y alcance que corresponde a la función revisora del Tribunal. En efecto, la consideración de que la potestad reglamentaria se encuentre íntimamente vinculada a la función político-constitucional de dirección política del Gobierno reconocida en el artículo 97 de la Norma Fundamental (STs 6 de noviembre de 1984), dificulta que aquél pueda ser compelido por mandato derivado de una sentencia a su ejercicio en un determinado sentido, o dicho en otros términos que pueda ser condenado a dictar un Reglamento o un precepto reglamentario con un determinado contenido, lo que excedería de las facultades de la Jurisdicción (STs 26 de febrero de 1993), en definitiva, como se ha dicho anteriormente, únicamente cabe apreciar una ilegalidad omisiva controlable jurisdiccionalmente, cuando, siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación expresamente establecida por la Ley que se trata de desarrollar o ejecutar, o cuan-

do el silencio del Reglamento determine la creación implícita de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico. Aunque, en ocasiones, para la omisión reglamentaria relativa, el restablecimiento de la supremacía de la Constitución o de la Ley, pueda consistir en negar simplemente eficacia jurídica al efecto derivado de dicho silencio del reglamento contrario al ordenamiento jurídico (Cfr. SSTS 16 y 23 de enero de 1998, 14 de diciembre de 1998 y 7 de diciembre de 2002).

(STS de 28 de junio de 2004. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.J. 2º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Montalvo. Ar. 4989).

XVI. MEDIO AMBIENTE

EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Los Planes Directores de Aeropuertos de interés general exigidos por la Ley 13/1996, son algo distinto del concepto de proyectos a que se refiere la Directiva 85/337 y el Real Decreto Legislativo 1302/1986, por lo que no están sujetos a EIA desde este marco normativo.

“la Sala de instancia razona en los siguientes términos:

1º. Que «la elaboración y aprobación del Plan Director arranca de una norma con rango formal de Ley, concretamente tiene su punto de partida en el artículo 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, precepto éste desarrollado en el Real Decreto 2591/1998 de 4 de diciembre, sobre Ordenación de los Aeropuertos de Interés General y su Zona de Servicio, dictado en ejecución de lo dispuesto en aquella».

2º. Que, en consecuencia, «dichas disposiciones establecen un sistema secuencial, en la ordenación de los aeropuertos de interés general y su zona, que parte del nivel de planificación Plan Director cuya aprobación corresponde al Ministro (artículo 5), un Plan Especial que desarrollará el sistema General Aeroportuario (artículo 8 párrafo 2 y que se tramitará y aprobará por la Administración Urbanística competente de conformidad con lo establecido en la legislación urbanística aplicable (artículo 9); y finalmente las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el ámbito del aeropuerto y su zona de servicios, que se ejecutarán conforme a correspondientes proyectos que deberán adaptarse al Plan Especial».

En el tercer motivo, formulado al amparo del artículo 88.1.d LJCA se considera infringido el artículo 1º del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio (desarrollado por el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, que, como hemos expresado con reiteración transpone la Directiva

85/337CEE. de 27 de junio relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (luego modificada por la 1997/11/CE de 3 de marzo).

En concreto, se expresa que en el Anexo 1 -al que se remite el artículo 4 de la Directiva- se contempla, entre otros proyectos, al proyecto de construcción de aeropuertos cuya pista de despegue o aterrizaje tenga 2.100 metros o más, con la obligación de someter los mismos «a una evaluación, de conformidad con los artículos 5 a 10» de la misma Directiva. Y, como quiera que el Plan Director ya contempla una pista de despegue y aterrizaje de más de 2.100 metros, debe el mismo ser sometido a evaluación previa.

Como hemos reiterado en el anterior motivo, la evaluación ambiental se plantea hoy en dos niveles, con regulaciones europeas diferentes: La EIA individualizada o de proyectos (que regula la Directiva 85/337/CEE y las demás normas europeas, que la modifican, e internas que la transponen), y la EAE de planes o programas (que regula la Directiva 2001/42/CE, cuyo plazo de transposición concluye el 21 de julio de 2004). Como hemos podido contemplar su campo de aplicación ha venido ofreciendo problemas de interpretación, que la jurisprudencia ha ido resolviendo, derivados del solapamiento de los conceptos de «plan» y «proyecto».

Desde la perspectiva del Derecho Comunitario el concepto de proyecto obedece más a un criterio material que a una consideración formal, conectando con la noción de autorización. El artículo 1.2 de la Directiva Comunitaria 85/337CEE, tras considerar los mismos como el objeto de la evaluación que la misma regula (1.1), considera proyecto «la realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras», así como, en segundo término «otras intervenciones en el medio en el medio natural o en el paisaje, incluidas las destinadas a la explotación de los recursos del suelo».

La Audiencia Nacional tras las iniciales SSAN de 25 de septiembre de 2001 (Plan Director del Aeropuerto de Barajas), 14 de noviembre de 2001 (Plan Director del Aeropuerto de Barcelona, objeto del presente recurso de casación) y 31 de enero de 2002 (Plan Director del Aeropuerto de Barajas), ha venido argumentando en las SSAN de 12 de junio de 2002 (Plan Director del Aeropuerto de Barajas), 30 de septiembre de 2002 (Plan Director del Aeropuerto de Barajas), 29 de abril de 2003 (Plan Director del Aeropuerto de Sabadell) y 20 de abril de 2004 (Plan Director del Aeropuerto de Gran Canaria) en esta misma línea de considerar los Planes Directores como algo distinto a los proyectos. Así, interpretando el citado artículo 10 de la Directiva Comunitaria 85/337CEE se ha venido señalando que «el concepto de proyecto, a diferencia del de plan o programa, aparece unido a trabajos de construcción, obra o instalación, es decir, a la idea de ejecución o realización. El proyecto habrá de conectarse con el requisito de la autorización, como exige la normativa comunitaria, a cuya luz ha de efectuarse la interpretación de la legislación interna de transposición». Por ello el Plan Director «en modo alguno supone un proyecto a ejecutar directamente ni una auto-

rización al maestro de obras (término comunitario) para la realización de obras o instalaciones»; y, en consecuencia, los citados Planes «a diferencia de los proyectos de ejecución, no tienen la precisión necesaria para poder ejecutar una evaluación medio ambiental adecuada y ponderar las medidas protectoras y correctoras aplicables».

De conformidad, pues, con todo lo anterior, debemos rechazar también este tercer motivo al no poder considerar al Plan Director del Aeropuerto de Barcelona como un auténtico proyecto. Su grado de concreción se limita al establecimiento de las grandes zonas que tal nivel de planeamiento implica, pero sin constituir el auténtico Proyecto del Aeropuerto de Barcelona; como antes hemos expresado, con fecha de 9 de enero de 2002, fue aprobada por la Secretaría General de Medio Ambiente Resolución por la que se formuló Declaración de Impacto Ambiental del Proyecto de Ampliación del Aeropuerto de Barcelona, de conformidad con el «proceso secuencia» al que hace referencia la sentencia de instancia».

(STS de 7 de julio de 2004. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.J. 2º y 10º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 6506).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

NOTIFICACIONES EN DOMICILIO

El TS estima en parte el recurso de casación en interés de la Ley y fija la doctrina de “que, a efectos de dar cumplimiento al artículo 59.2 de la Ley 30/92, la expresión en una hora distinta determina la validez de cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación”.

“La sentencia recurrida consideró prescrita dicha infracción teniendo en cuenta que desde la fecha en que determina el día inicial para el computo del plazo de prescripción (que, a su juicio, fue el 20 de diciembre de 2001) y aquél en que el sancionado manifestó conocer la sanción interpuesta habían transcurrido más de tres meses, según lo previsto en el artículo 8.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial. Aunque no lo diga expresamente es claro que se refiere a la Ley 19/2001 de 19 de diciembre que modifica el plazo de prescripción general de dos meses que establecía el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. El juzgado de instancia aplica la Ley 19/2001 a unos hechos producidos antes de su entrada en vigor, pero ello no tiene importancia en el presente recurso de casación en interés de la Ley. En él lo que se discute es la doctrina que fija en interpretación del artículo 59.2 párrafo segundo, «in

fine» de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de la Administración Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). Dicho precepto establece, a propósito de las notificaciones practicadas en el domicilio del interesado, que «si nadie pudiere hacerse cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes». En el presente caso, la Generalidad de Cataluña intentó la notificación de la sanción impuesta al recurrente en el domicilio de éste en dos ocasiones, a las 11 horas del día 5 de diciembre de 2001 y a las 12 horas del 10 de diciembre de 2001, y ante la imposibilidad de practicarlas de esa forma acudió a la notificación por edictos, según lo dispuesto en el artículo 59.4 LRJ-PAC. La sentencia recurrida entiende que esa diferencia de sesenta minutos en las dos notificaciones intentadas incumple la exigencia de que la segunda notificación se practique «en hora distinta» pues, según argumenta, «no resulta razonable ni mínimamente riguroso reiterar una diligencia de notificación a las 12 horas de un día laborable cuando el intento precedente ha resultado infructuoso otro día laborable a las 11 de la mañana, pues es obvio que gran parte de la población se halle ausente de su domicilio todos los días no festivos precisamente a esas horas». Como consecuencia de esta apreciación considera que no debió acudirse a la notificación edictal y que ésta no produce efecto interruptivo de la prescripción de la infracción sancionada.

El procedimiento administrativo se desarrolla en función de un principio de garantía de los administrados y otro de eficacia de la Administración en una tensión dialéctica que en materia de notificaciones se manifiesta con especial intensidad. La primordial garantía de los interesados es tener conocimiento directo de las resoluciones que les afecten pero, a su vez, constituyendo la notificación de los actos administrativos que afectan a los interesados presupuesto para su eficacia, el legislador ha adoptado los mecanismos que en cada caso considera adecuados para vencer las situaciones derivadas de la imposibilidad de proporcionar a los interesados ese conocimiento. Por ello, el artículo 59.2 LRJ-PAC establece con carácter general que las resoluciones y actos administrativos se practicarán en el domicilio del interesado, y sólo tras dos intentos de notificación en ese domicilio sin que nadie se haga cargo de ella, se acude al arbitrio de la notificación edictal (art. 59.5 LRJ-PAC).

La notificación por edictos es un mecanismo formal que no garantiza el efectivo conocimiento por el interesado del acto o resolución que le afecta por lo que sólo cabe aceptar su empleo como último recurso, cuando han resultado fallido los dos intentos previos de notificación en el domicilio del interesado y cuando aquellas notificaciones se han practicado según lo preceptuado legalmente. Entre los requisitos de dichas notificaciones en el domicilio del interesado se encuentran, cuando la notificación se haya entregado a la entidad pública empresarial Correos, y Telégrafos, los establecidos

en el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre que en el envío conste la palabra «Notificación» y, debajo de ella y en caracteres de menor tamaño, el acto a que se refiere (citación, requerimiento, resolución) y la indicación del número del expediente o cualquier otra expresión que identifique el acto de notificar (art. 40), así como, si nadie pudiera hacerse cargo de la notificación en el domicilio del interesado, que se haga constar este extremo en la documentación del operador postal y, en su caso en el aviso de recibo que acompaña a la notificación, junto con el día y hora en que se intentó la misma y que, una vez realizados dos intentos, el citado operador deposite en lista la notificación durante el plazo de un mes, a cuyo efecto deberá dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario. Ninguna cuestión se suscita en el presente recurso acerca del cumplimiento de estos requisitos. Únicamente se cuestiona la interpretación del artículo 59.2, párrafo segundo «in fine», que exige que esa segunda notificación se practique «en hora distinta» a la que tuvo lugar la primera.

La actual redacción del artículo 59.2 LRJ-PAC responde a la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero. La Ley 30/1992 autorizaba la práctica de la notificación por edictos tras un primer intento fallido de notificación en el domicilio del interesado. La reforma de dicho artículo es claro que obedece a la voluntad de incrementar las garantías del interesado al imponer una segunda notificación domiciliaria antes de acudir a la notificación por edictos. Sin embargo, así como regula con toda precisión el día en que ha de repetirse la notificación, en cuanto a la hora en que ha de producirse este segundo intento utiliza un concepto jurídico, el que sea en «hora distinta», de una gran indeterminación.

La interpretación literal del artículo 59.2, apartado segundo «in fine» LRJ-PAC autorizaría que esa segunda notificación tuviera lugar con la diferencia de un minuto respecto a la primera, pero es obvio que no es esa la finalidad de la reforma. Es claro también que si la primera notificación se intentó a primeras horas de la mañana se cumpliría lo exigido en el citado precepto si la segunda se practica por la tarde, pero tampoco del precepto en cuestión se deriva que sea imprescindible observar esta diferencia horaria porque el precepto no lo exige como hubiera podido hacerlo, de la misma manera que respecto al día en que ha de tener lugar esa segunda notificación obliga a que se realice dentro de los tres días siguientes a la primera. Entre ambos extremos existe un amplio margen que es el que hemos de precisar.

La tesis de la sentencia de instancia no es aceptable porque, como advierte el Abogado parte del supuesto erróneo de que la ausencia del domicilio durante la mañana se debe a que en ese tiempo se desarrolla la jornada laboral. Habida cuenta de que la jornada laboral se desarrolla también durante la tarde la lógica de la argumentación exigiría que la segunda notificación se practicara en día no laborable, con la consecuencia de que no podría prestarse por el personal encargado del servicio postal universal. La Ley no ha pretendido eso; la recepción de la notificación por el interesado en per-

sona no es imprescindible, puede hacerse cargo de ella cualquier persona que se encuentre en el domicilio y, haga constar su identidad. La Ley no pretende con esa segunda notificación que sea el propio interesado quien se haga cargo de ella, sino que, en defecto de aquél, exista alguna persona en el domicilio que pueda recibirla, y considera que existe una mayor probabilidad de que esto ocurra si la notificación se practica en «hora distinta» a aquélla en que se intentó la primera. Por ello parece suficiente, tal como sostiene la Generalidad de Cataluña, observar una diferencia de sesenta minutos respecto a la hora en que se practicó el primer intento de notificación. La ausencia en el domicilio del interesado de persona alguna que se haga cargo de la notificación no puede frustrar la actividad administrativa, habida cuenta, por otra parte, que el principio de buena fe en las relaciones administrativas impone a los administrados un deber de colaboración con la Administración en la recepción de los actos de comunicación que aquélla les dirija y que el intento fallido de notificación ha de ir seguido de la introducción en el correspondiente casillero domiciliario del aviso de llegada, en el que se hará constar las dependencias del servicio postal donde el interesado puede recoger la notificación”.

(STS de 28 de octubre de 2004. Sala 3ª, Secc. 58. F.J. 2º, 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Enríquez Sancho. Ar. 6594).

XX. RESPONSABILIDAD

DEL ESTADO LEGISLADOR

Perjuicios derivados para los recurrentes por el pase forzoso a la situación de segunda actividad, en aplicación de una norma legislativa declarada posteriormente inconstitucional.

Esta Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada que se derivaría de una hipotética sentencia que pudiera haber recaído en recurso contencioso si se hubiese impugnado el acto administrativo y es también ajena a la firmeza de aquel caso de que no hubiera sido recurrido. El resarcimiento del perjuicio causado por el Poder Legislativo no implica dejar sin efecto, en el caso que nos ocupa, el acto administrativo por que se acuerda el pase a la segunda actividad, éste sigue manteniendo todos sus efectos, supone sólo que ha existido un perjuicio individualizado concreto y claramente identificable producido por la minoración de ingresos indebida al estar fundada aquélla en la directa aplicación por los órganos administrativos competentes de una disposición legal de carácter constitucional.

Sobre este elemento de antijuridicidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicho acto administrativo se apoyó.

Como hemos dicho en la sentencia de 29 de febrero de 2000 y las que haya siguieron: «Podría sostenerse que las partes recurrentes están obligadas a soportar el perjuicio padecido por no haber en su momento recurrido las autoliquidaciones en vía administrativa. De prosperar esta tesis, el daño causado no sería antijurídico, pues, como expresa hoy el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común 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.

Esta Sala, sin embargo, estima que no puede considerarse una carga exigible al particular con el fin de eximirse de soportar los efectos de la inconstitucionalidad de una Ley la de recurrir un acto adecuado a la misma fundado en que ésta es inconstitucional. La Ley, en efecto, goza de una presunción de constitucionalidad y, por consiguiente, dota de presunción de legitimidad a la actuación administrativa realizada a su amparo. Por otra parte, los particulares no son titulares de la acción de inconstitucionalidad de la Ley, sino que únicamente pueden solicitar del Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión, entre otros supuestos, de la impugnación de una actuación administrativa. Es sólo el tribunal el que tiene facultades para plantear “de oficio o a instancia de parte” al Tribunal Constitucional las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley relevante para el fallo (artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. La interpretación contraria supondría imponer a los particulares que pueden verse afectados por una Ley que reputen inconstitucional la carga de impugnar, primero en vía administrativa (en la que no es posible plantear la cuestión de inconstitucionalidad) y luego ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, agotando todas las instancias y grados si fuera menester, todos los actos dictados en aplicación de dicha Ley, para agotar las posibilidades de que el tribunal plantee la cuestión de inconstitucionalidad. Basta este enunciado para advertir lo absurdo de las consecuencias que resultarían de dicha interpretación, cuyo mantenimiento equivale a sostener la necesidad jurídica de una situación de litigiosidad desproporcionada y por ello inaceptable».

Tampoco, puede, finalmente, anudarse la existencia de un supuesto deber de soportar los daños y perjuicios padecidos por la aplicación de la Ley declarada inconstitucional al principio de seguridad jurídica. Este principio, en efecto, tal como se infiere de la doctrina del Tribunal Constitucional, que lo aplica al ámbito tributario en relación con la devolución de los ingresos de esta naturaleza realizados al amparo de una Ley declarada inconstitucional (v. gr. sentencia 45/1989) afecta al ingreso tributario en sí mismo, al acto administrativo en cuya virtud éste ha tenido lugar y a la Administración que lo ha percibido dentro de un sistema tributario que se ri-

ge por un principio de equilibrio entre ingresos y gastos. Sin embargo, dicho principio no puede extraerse de este contexto, para acudir a exonerar al Estado por los daños y perjuicios originados por su actuación legislativa. En efecto, en el ámbito del derecho tributario, tal acontecía en los casos de gravamen complementario, dicha actuación es ajena y de naturaleza distinta a la actividad administrativa tributaria sobre la que aquel principio se proyecta en su formulación por el Tribunal Constitucional. El resarcimiento de los daños causados por la aplicación de la Ley inconstitucional no equivale a la devolución de los ingresos realizados, la cual puede corresponder a un ente diferente. El Estado, en su vertiente de legislador responsable de los perjuicios causados a los particulares, es un ente ajeno a la Administración concreta a quien corresponde la gestión tributaria amparada en la Ley declarada inconstitucional y, mientras la Administración responsable será siempre en este caso la Administración del Estado, la Administración gestora en el ámbito tributario era la Administración Autonómica. En el caso que ahora nos ocupa la acción de responsabilidad patrimonial no pretende en modo alguno reponer al funcionario en la situación administrativa anterior, ni siquiera durante el período de tiempo que transcurrió hasta que se dictó la Ley 26/94, efecto éste que si se derivaría caso de que procediera el ejercicio de una acción de nulidad”.

(STS de 21 de junio de 2004. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.J. 5º. Magistrado Ponente Sr. González Navarro. Ar. 6497).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

CONSTRUCCIÓN SOBRE EL DOMINIO PÚBLICO

El suelo sobre el que se asienta la urbanización no ha perdido su condición de sistema dunar, por lo que los edificios y cimentaciones no desvirtúan la naturaleza demanial del terreno.

“Los motivos primero y segundo, en los se denuncia la infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en los artículos 3.1 b) de la Ley de Costas 3.1 b y 4 d) de su Reglamento y en la Disposición Transitoria primera de dicha Ley, así como la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución e inaplicación de la Disposición Transitoria tercera de aquella Ley, parten de una premisa errónea, cual es que el suelo, sobre el que se asientan los edificios de la primera línea de la Urbanización Los Arenales del Sol, había perdido su condición de sistema dunar activo como consecuencia de su urbanización cuando se promulgó la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, a pesar de que la sentencia recurrida y todas las demás, que se han dictado en relación con el mismo deslinde, declaran categóricamente que, «los elementos

artificiales que constituyen los edificios, sus plataformas y cimentaciones no desvirtúan la naturaleza del terreno sobre el que se construyeron, en cuanto que existe un cordón dunar que se conserva activo hasta el borde mismo de la carretera, que actúa como muro de contención».

Por consiguiente, no se trata de que en el pasado el terreno fuese un sistema dunar activo, cuya naturaleza perdió con la urbanización, sino que, no obstante dicha urbanización, cuando se promulgó la Ley de Costas el suelo sobre el que se alzan los mentados edificios continúa siendo un cordón de dunas activo.

En nuestra reciente Sentencia de 2 de marzo de 2004 (recurso de casación 1516/2001 fundamento jurídico sexto), hemos declarado, al resolver un motivo de casación idéntico al que ahora se plantea por los recurrentes bajo los ordinales primero y segundo del escrito de interposición de este recurso, que, como ya expresamos en nuestras Sentencias de 20 de octubre de 2003 (recurso de casación 9670/98 30 de diciembre de 2003 (recurso de casación 2666/2000 y 12 de febrero de 2004 (recurso de casación 3187 y 3253 de 2001), «la circunstancia de que un suelo haya sido incorporado a un proceso urbanizador no desnaturaliza su condición geomorfológica, estando contemplada en las Disposiciones Transitorias de la propia Ley de Costas la compatibilidad del dominio público marítimo terrestre, con la clasificación como urbano del suelo por haber sido urbanizado en ejecución del planeamiento, de manera que la urbanización de un terreno no constituye un hecho excluyente de la definición legal contenida en los artículos 3.1b de la Ley de Costas y 3.1b de su Reglamento doctrina exactamente aplicable al supuesto enjuiciado por tratarse de edificaciones levantadas en una zona de dunas en evolución, lo que ha sido expresamente declarado probado, respecto del terreno objeto del litigio, por el Tribunal a quo, según antes hemos indicado, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida, asegurando que «los elementos artificiales que constituyen los edificios, sus plataformas y cimentaciones no desvirtúan la naturaleza del terreno sobre el que se construyeron en cuanto que existe un cordón dunar que se conserva activo hasta el borde mismo de la carretera, que actúa como muro de contención», afirmación incuestionable, pues, como hemos dicho en nuestras referidas Sentencias de 10 y 12 de febrero de 2004, «lo que importa en la regulación legal no es el terreno tal como ha sido transformado por obras o instalaciones sino tal como es por naturaleza», de manera que «las características naturales son las que determinan su calificación jurídica y las que han de ser tenidas en cuenta al trazar el deslinde».

(STS de 5 de mayo de 2004. Sala 3ª, Secc. 5ª, F.L. 2º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 5300).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Posesión de 2 gramos de resina de hachis en cartera y sin consumo en lugar público. Procede sancionar ex artículo 25.1 Ley Orgánica 1/92 de 21 de Febrero.

Se impugna en el presente proceso la resolución de la Dirección General de Política Interior de fecha 30 de julio de 1998 confirmando en recurso ordinario la dictada por la Delegación del Gobierno en Andalucía de fecha 14 de mayo de 1998 imponiendo al recurrente la sanción de multa de 50.005 de las antiguas pesetas por la comisión de una infracción prevista en el art. 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

En cuanto a los hechos en ningún instante han sido negados los recogidos en la denuncia formulada por agentes de la Guardia Civil y transcritos en el acuerdo sancionador, siendo estos la posesión por el demandante en su cartera de 2 gramos de resina de hachis. Sobre la tipificación de tales hechos, esto es la mera tenencia de sustancias estupefacientes, no constitutiva de delito, destinada al autoconsumo y sin que éste tenga lugar en lugares públicos, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 28 de septiembre de 1998 en recurso de casación en interés de ley, por lo que a lo declarado en dicha sentencia hemos de estar. Así el Tribunal Supremo afirma que:

“La interpretación literal, lógica y finalista de la trascrita norma que incorpora el precitado artículo 25.1 determina que la mera tenencia ilícita de drogas constituye infracción administrativa de carácter grave y, por tanto, sancionable por la Autoridad gubernativa, sin que pueda entenderse excluida del precepto la tenencia de pequeñas cantidades, aunque se destinen para autoconsumo, porque en la norma no se formula distinción ni excepción de clase alguna al respecto, debiendo ya advertirse, en otro orden de ideas, que para indagar “el concepto de ilicitud que califica la mera tenencia merecedora del reproche administrativo”, no explicitado en la ley, según expresa la Sala de instancia, habrá que integrar aquella con el resto del ordenamiento jurídico, al objeto de precisar el indeterminado concepto de la “tenencia ilícita” siquiera sea mediante la exclusión de los usos o tenencias permitidos, no resultando posible trasplantar, aunque sea a efectos herme-

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

néuticos el ilícito penal o las razones que lo determinan al campo del derecho administrativo sancionador, en cuanto los ilícitos administrativos es posible que no reúnan ni los caracteres típicos de las infracciones penales, ni los motivos tenidos en cuenta por el legislador para su inclusión, en el Código punitivo.

Desde otra perspectiva, aunque en derredor de los mismos conceptos desarrollados en el fundamento anterior, no cabe prescindir de la doctrina proclamada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 341/1993, de 18 de Noviembre, según la cual se considera ajustada a la Constitución el tipo que dio lugar a la sanción administrativa impugnada en vía contenciosa al declarar literalmente “en cuanto configurador de un supuesto de infracción administrativa no es contrario a la exigencias del principio de legalidad en éste orden (artículo 25.1 de la Constitución), tanto en lo que se refiere al rango de la regla delimitadora del ilícito, como en lo relativo a la configuración misma de la conducta infractora. La “tenencia ilícita” no es concepto tachable de impreciso y cuya determinación corresponderá a los Tribunales, aunque sea necesario acudir a otras reglas legales, como la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre normas reguladoras de estupefacientes, para identificar lo que sea tenencia ilícita (artículo 22) y determinar por contraste con ella la tenencia ilícita sancionable. El hecho de que el precepto impugnado de lugar a la sanción de la tenencia ilícita de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas destinadas al consumo propio, que es conducta hoy no constitutiva de delito, no tiene consecuencia de inconstitucionalidad alguna. El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal da lugar a que no cualquier comportamiento ilícito constituya para aquel una conducta típica, siendo admisible que la ley configure como infracción administrativa una “tenencia ilícita” que no suponga en sí contravención de la Ley penal. Si la tenencia ilícita de drogas destinadas al propio consumo ha de ser objeto o no de revisión penal o de sanción administrativa es algo que se deja al legislador”.

La doctrina constitucional que hemos dejado literalmente transcrita en la motivación anterior, cuya vinculación para todos los Jueces y Tribunales establece el artículo 5º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la interpretación de la norma sancionadora que formulábamos en la tercera, según las cuales el tipo aplicado por la Administración, con la cobertura legal necesaria, describe de modo suficiente la tenencia ilícita de drogas abonada ya de principio la estimación del recurso que decidimos y como el concepto de ilicitud que califica la tenencia merecedora del reproche administrativo, desde luego en todo caso, repetimos, independiente del penal, puede deducirse, según apunta el Tribunal Constitucional, de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 17/1967 de 8 de Abril, acorde con las exigencias de los Convenios Internacionales ratificados por España, en el que se relacionan específicamente los usos permitidos (industriales, terapéuticos, científicos y docentes autorizados con arreglo a la presente ley) para, en consecuencia, considerar prohibidos cualesquiera otros, pues según el texto legal no se per-

mitirán otros usos de los estupefacientes, así como la tenencia, siempre que no esté enderezada a los concretos usos relatados, es por todo ello, por lo que no podemos sino reputar errónea la doctrina o el criterio vertido por la Sala de instancia en la sentencia impugnada.”

Sobre la base de lo transcrito, dada la acreditada tenencia de la resina de hachis por el recurrente y no apreciándose violación alguna del principio de proporcionalidad que se invoca, la consecuencia necesaria debe ser la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo y la confirmación de la sanción impuesta.

(St. de 16 de Marzo de 2005. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Cierre de establecimiento de una asociación. Violación del derecho a la inviolabilidad de domicilio; inexistencia.

La sentencia apelada estimó el recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, frente al Decreto de 22 de mayo de 2002, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Málaga, que por carecer de la preceptiva licencia de apertura, acordó el inmediato cierre del establecimiento y el cese de la actividad de “Bar con música” desarrollada en el número 7, bajo derecha, de la calle Pozos del Rey de esta capital, considerando para ello que dicha resolución, y más concretamente el cierre decretado -no así el cese de la actividad-, vulneró los derechos de asociación y reunión de la entidad recurrente, garantizados por los artículos 21 y 22 de la Constitución, y ello al entender que siendo aquella de naturaleza asociativa y teniendo en ese local su domicilio, dicho cierre desconoció efectivamente tales derechos al haber sido decretado de manera improcedente por no requerirse licencia de apertura para la actividad en cuestión.

SEGUNDO. Con todo, y de acuerdo con lo argumentado por la Corporación apelante, tales conclusiones no pueden ser asumidas por la Sala, ya que, ante todo, en cuanto a la supuesta vulneración del derecho de reunión, en ningún momento se aparece que el cierre decretado pudiera haber supuesto el impedimento o interrupción de acto alguno de ejercicio de tal derecho ni tampoco se entiende que pudiera haberlo impedido en un futuro. Debe tenerse en cuenta que como el Tribunal Constitucional ha declarado, el referido derecho, en cuanto autónomo e intermedio entre los de libre expresión y asociación, tiene como elementos configuradores, además del finalístico de la licitud de su finalidad y el real u objetivo relacionado con el lugar de celebración, otro subjetivo, constituido por una agrupación de per-

sonas, y otro más temporal, conectado con su duración transitoria (Sentencias 85/1988 y 196/2002).

Es evidente pues que esa configuración obliga a ceñir la protección del derecho a una concreta agrupación de personas e impide extenderla a la consagración permanente de un determinado lugar para su ejercicio, lo que consecuentemente hace obligado descartar su vulneración en el caso si, como así ocurre efectivamente, no consta que la actuación impugnada hubiere disuelto o impedido ninguna agrupación concreta de personas.

La misma conclusión se alcanza en relación con el derecho garantizado por el artículo 22 de la Constitución, aunque de entrada y frente a lo que señala la apelante, deba reconocerse la posibilidad que asiste a la asociación recurrente para invocar en su favor la protección del artículo 22 CE (así lo tiene dicho el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia 219/2001), que, sin embargo, tampoco extiende su protección a la ostentación de un domicilio o a su ejercicio en un determinado lugar, siempre que, claro está, con ello no se imposibilite efectivamente la realización del derecho.

Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de diciembre de 1997 (casación 874/1995), al declarar taxativamente que “..la disponibilidad del local en modo alguno se inserta en el derecho fundamental elegido, que no queda así afectado por el hecho de que la sedicente asociación pueda ser privada de su uso..”, añadiendo que “..el derecho fundamental de asociación no alberga en su contenido los derechos de que, en su caso, pueda ser titular la asociación constituida, cualquiera que sea la importancia de esos derechos para el mantenimiento de la vida asociativa..”, y que “..las prácticas y actividades de una asociación no son en modo alguno los elementos que hacen cognoscible, según pretende la parte, el derecho de asociación, sino que se diferencian jurídicamente de éste, y están sometidas al régimen jurídico que les sea aplicable..”. En definitiva, como concluye el Tribunal “..el derecho del “colectivo” de jóvenes recurrentes a asociarse es totalmente diferenciable del derecho a disponer de un local, por lo que la privación del uso del mismo en modo alguno afecta a aquel derecho...”.

En consecuencia, tampoco en este caso, en el que la vulneración constitucional se imputa a una decisión administrativa dirigida al cierre del lugar en el que la asociación recurrente tenía fijado su domicilio, puede considerarse vulnerado el citado derecho constitucional, sobre todo, además, a la vista de la finalidad que aquella asume, orientada (según la resolución que autorizó su inscripción en el registro provincial) a la defensa del patrimonio histórico del centro de Málaga, que no parece que requiera de manera indispensable el desarrollo de actividades en un local como el que, según lo actuado, parece configurarse el que fue objeto de la actuación impugnada, cuyas condiciones no lo muestran desde luego como un elemento necesario o indispensable a tal fin, tal y como refleja la solicitud presentada días después del cierre para la realización en el local de actividades de “Bar sin música” y la declaración de la Policía Local, que entre otras cosas se refería a la existencia de una barra para servicio de bebidas.

Por lo demás, descartada la vulneración de los derechos fundamentales alegados y dada la especialidad procedimental escogida por la actora, ceñida al examen aquellos derechos, ninguna relevancia puede ya ofrecerse a la posible infracción de las normas procedimentales aplicables o a la también alegada innecesariedad de licencia de apertura para el desarrollo de la actividad, extremo este en el que, de todas formas, tampoco podría cuestionarse la decisión impugnada si se tiene en cuenta la solicitud de anteriormente formulada por la recurrente, en la que se pedía información sobre el posible ejercicio en el repetido local de aquella actividad comercial, la ya citada solicitud de licencia de actividad que presentó días después del cierre y, finalmente, lo observado directamente por los miembros de la Policía Local, cuya veracidad, frente a lo que alega la representación de la entidad recurrente, no puede ponerse en cuestión por el hecho de hacerse rectificado la denuncia obrante en el expediente remitido a la Sala, que también estuvo en poder de dicha representación, y que dio cuenta del desarrollo en el lugar de aquella actividad de “Bar con Música”.

En cualquier caso, según lo dicho, tales supuestas irregularidades no podrían justificar en el caso dicha vulneración constitucional invocada por la apelada, lo que, en fin, hace obligada la estimación del presente recurso de apelación, con declaración de nulidad de la sentencia recurrida y desestimación de la demanda, y todo ello, sin que, de conformidad con lo establecido por el artículo 139.2 LJCA, se aprecien méritos suficientes para considerar procedente un pronunciamiento sobre el pago de las costas en ninguna de las instancias.

(St. de 11 de Abril de 2005. Sala de Málaga. Se transcribe completa. Ponente Eduardo Hinojosa Martínez)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

IVA- Determinación del Alcance impugnatorio cuando ha habido acta de conformidad.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 30 de octubre de 2002 que, en relación con la reclamación nº 41/6301/00, formulada contra las liquidaciones derivadas de Actas de conformidad practicadas por la Administración de la A.E.A.T. de Sevilla Oeste-Noroeste, por el concepto IRPF, ejercicio 1998 e IVA, cuarto trimestre de 1998 y sanciones derivadas de las Actas, por una cuantía total de 1.992,99 €, declara la nulidad de la liquidación A4160600086002591 referido al IRPF, ejercicio 1998, la inadmisibilidad respecto a los acuerdos de iniciación de los expedientes sancionadores y confirma la liquidación A4160600090000332 correspondiente al cuarto trimestre del IVA, ejercicio 1998.

Determinando previamente aquello que puede ser objeto de impugnación en el presente proceso hay que indicar, en primer lugar, que el TEARA ya declara la nulidad de la liquidación correspondiente al IRPF, ejercicio 1998, por lo que difícilmente puede instarse en este proceso la declaración de nulidad respecto de aquello cuya invalidez ya ha sido previamente afirmada.

En lo que se refiere a las sanciones por infracción tributaria, como indica el acuerdo del TEARA en su fundamento jurídico séptimo, a la fecha de interposición de la reclamación económico-administrativa tan solo existía una propuesta de sanción, lo que constituye un acto de trámite no susceptible de impugnación, extremo que en ningún instante se cuestiona y que necesariamente debe ratificarse pues no existía acto objeto de posible reclamación económico-administrativo e imposibilitando a su vez tal circunstancia el pronunciamiento sobre tal cuestión de esta Sala.

Igualmente, la referencia contenida en la demanda de que la actuación inspectora abarcaría el ejercicio 1997 del IRPF sin que se hubiere dictado acto alguno de conclusión de la Inspección, no puede acarrear otra consecuencia, como indica el TEARA, de que la regularización afectó, en relación con dicho tributo, al ejercicio 1998 y que respecto al precedente existiría un incumplimiento del plazo de finalización de las actuaciones inspectoras con las consecuencias de no interrupción de la prescripción que, en su caso, imposibilitarían dictar en su día liquidación alguna, pero que, en cualquier caso, esta omisión no afecta en absoluto al resto de la actuación llevada a cabo por la Inspección de los Tributos.

Limitada por tanto la cuestión al examen de la liquidación girada en relación con el cuarto trimestre del ejercicio 1998 del IVA, son dos las cuestiones a tratar. Por un lado, la determinación del alcance impugnatorio cuando ha existido Acta de conformidad y, por otro, las consecuencias de la omisión de solicitud y emisión del informe a que se refiere el art. 48.3 RGIT. Para ello, y como referente decisorio, transcribiremos lo que al respecto ha afirmado el T.S. en sentencia de 22 de octubre de 1998 :

“La primera cuestión que se plantea en el presente recurso de apelación consiste en resolver si PIPENSA, parte apelante, podía o no impugnar la liquidación del Impuesto sobre Sociedades, del ejercicio 1984, toda vez que esta liquidación tenía su origen en un acta de conformidad.

El artículo 117 de la Ley General Tributaria dispone que «la confesión de los sujetos pasivos versará exclusivamente sobre supuestos de hecho y no será válida la confesión cuando se refiera al resultado de aplicar las correspondientes normas legales». De este precepto se deduce claramente que la conformidad del sujeto pasivo en un acta de inspección sólo afecta y alcanza a los hechos, desprovistos por tanto de toda calificación y apreciación jurídico-tributaria.

En este sentido, el artículo 61 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 abril, dispone en su apartado 1, siguiendo en este punto una doctrina histórica ya mantenida respecto de las actas de invitación, creadas por Real Orden de 23 septiembre 1927, que «las producidas conforme a la propuesta contenida en un ac-

ta de conformidad y los demás actos de liquidación dictados por la Inspección de los Tributos en vía -, previo el recurso de reposición (...)» precisando a continuación que «no podrán impugnarse las actas de conformidad, sino únicamente las liquidaciones tributarias, definitivas o provisionales, resultantes de aquéllas», precisión que es obvia, aunque didáctica, porque las actas de la Inspección de Hacienda son meros actos de trámite que no deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, ni ponen término a la vía de gestión, por lo que no son impugnables, en cambio sí lo son los, aunque traigan su origen de actas de conformidad.

El apartado 3, de este mismo artículo 61, remacha que «en ningún caso podrán impugnarse por el obligado tributario los hechos y los elementos determinantes de las bases tributarias respecto de los que dio su conformidad, salvo que pruebe haber incurrido en error de hecho».

Este precepto puede inducir a confusión, si no se comprende correctamente. En la determinación (cuantificación) de las obligaciones tributarias hay que distinguir las siguientes fases cognoscitivas: Primera. Conocimiento de los hechos. Segunda. Calificación de los mismos de acuerdo con las normas jurídicas aplicables al caso, para decidir si se da el elemento objetivo del hecho imponible (sujeción y aplicación espacial y temporal), y el elemento subjetivo del mismo. Tercera. Calificación, apreciación y valoración de los hechos y elementos de hecho que conforman la base imponible. Cuarta. Conocimiento de los hechos que implican la aplicación de reducciones, para hallar la base liquidable, del tipo de gravamen, de las deducciones, desgravaciones, etc., hasta liquidar la obligación tributaria. Quinta. Conocimiento de los hechos y circunstancias de hecho para la tipificación de las infracciones tributarias y la imposición de las correspondientes sanciones. (Esta fase es independiente de las anteriores desde la vigencia de la Ley 1/1998, de 26 febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes.)

Pues bien, no son impugnables como tales los hechos, los elementos de hecho y las circunstancias concurrentes, que hayan sido aceptados en un acta de conformidad, salvo que el sujeto pasivo demuestre que incurrió en un error de hecho, por el contrario sí son impugnables los resultados de calificar, valorar, apreciar, y, en general, de aplicar las normas jurídicas a los hechos, elementos de hecho y demás circunstancias, aceptados de conformidad.

En el caso de autos, la liquidación, resultado del acta de conformidad, era en principio impugnable en vía económico-administrativa, si bien a continuación debe examinarse, si los motivos son o no estimables.

La entidad apelante ha insistido tanto en vía administrativa, como en la jurisdiccional de instancia, y, ahora, en el recurso de apelación, que el acta de inspección no contiene los datos fácticos, ni la motivación jurídica, imprescindibles para conocer y enjuiciar los incrementos de la base imponible, que luego se detallan.

El artículo 49 del Reglamento de la Inspección de los Tributos, aplicable, tanto a las actas de conformidad, como a las de disconformidad, dispone en

su apartado 2 que «en las actas de la Inspección que documenten el resultado de sus actuaciones se consignarán: (...) d) Los elementos esenciales del hecho imponible y de su atribución al sujeto pasivo o retenedor, con expresión de los hechos y circunstancias con trascendencia tributaria que hayan resultado de las actuaciones inspectoras o referencia a las diligencias donde se hayan hecho constar. e) En su caso, la regularización que los actuarios estimen procedente de las situaciones tributarias, con expresión, cuando proceda, de las infracciones que aprecien, incluyendo los intereses de demora y las sanciones pecuniarias aplicables, con especificación de los criterios para su graduación, y determinando la deuda tributaria debida por el sujeto pasivo, retenedor o responsable solidario».

Es decir, el sujeto pasivo debe conocer por medio del ejemplar del acta de conformidad, que le entregan los Inspectores Actuarios, y que opera como notificación, los hechos y motivos de la propuesta de liquidación, como exige el artículo 124, apartado 1, a), de la Ley General Tributaria, así como las circunstancias concurrentes que permitan conocer la tipificación de las infracciones tributarias y los criterios aplicados para cuantificar las sanciones.

No obstante, ocurre en la realidad que en las actas de conformidad la expresión de los hechos y de los fundamentos jurídicos suele ser muy concisa, y algunas veces tanto que, ciertamente, se incumplen los preceptos referidos. En cambio, en las actas de disconformidad, ocurre lo contrario, porque los Inspectores Actuarios deben incluso redactar un Informe ampliatorio del acta, como dispone el artículo 56, apartado 3, del Reglamento de la Inspección de los Tributos, que dice textualmente: «En las actas de disconformidad se expresarán con el detalle que sea preciso los hechos, y, sucintamente, los fundamentos de derecho en los que se base la propuesta de regularización, sin perjuicio de que en el informe ampliatorio, que posteriormente ha de hacer el actuario, se desarrollen dichos fundamentos(...)».

El Reglamento de la Inspección de los Tributos no ignora que las liquidaciones originadas por actas de conformidad pueden ser recurribles ante los Tribunales Económico-Administrativos, aunque se haya previamente prestado conformidad a la liquidación, y consciente de que el acta de conformidad será probablemente muy concisa, establece en su artículo 48, apartado 3, no mencionado por las partes en ningún momento, que: «En particular se solicitará informe a la Inspección: (...) se solicitará asimismo, informe por los órganos económico-administrativos cuando se interponga directamente reclamación contra la liquidación tributaria resultante de un acta de conformidad», de modo que cuando se ponga de manifiesto al recurrente el expediente administrativo, éste podrá tener conocimiento de los hechos y fundamentos jurídicos precisos para enjuiciar la liquidación y las sanciones impuestas, sin que exista indefensión.

Este trámite es el equivalente al que debe realizarse por la Inspección de los Tributos, cuando dentro del mes siguiente a la firma del acta de conformi-

dad, el sujeto pasivo se vuelve atrás, rechaza la conformidad prestada y discute los hechos, y la propuesta de liquidación que también había aceptado, en cuyo caso, debe en ese momento iniciarse la instrucción del correspondiente expediente de disconformidad, en el que es preceptivo que los Inspectores Actuarios emitan el informe ampliatorio, para que así al igual que en el caso de impugnación directa ante los Tribunales Económico-Administrativos que hemos expuesto, no se produzca indefensión del sujeto pasivo. En el caso de autos, el Tribunal Económico-Administrativo no pidió el preceptivo informe, ni lo rindió «ex officio» la Inspección de los Tributos cuando tuvo que remitir el expediente del acta de conformidad, ni cuando practicó la liquidación para anular la condonación de la sanción, acordada automáticamente al liquidar, como consecuencia de la aceptación de la liquidación, por todo lo cual la Sala debe examinar si los datos que figuran en el acta de conformidad, son suficientes o no, para que la entidad recurrente tenga conocimiento de los hechos y de los fundamentos de derecho de la liquidación impugnada.”

Aplicando las anteriores consideraciones al particular supuesto aquí debatido se advierte que en el Acta de conformidad se hace mención a que los datos a efectos del cálculo de las cuotas resultantes de la aplicación del régimen simplificado del IVA del cuarto trimestre del ejercicio 1998 son los que constan en la diligencia de toma de datos de 11 de noviembre de 1999 y las de constancia de hechos de 24 de mayo y 13 de septiembre de 2000. Examinando las diligencias citadas se advierte que, en lo que hace mención a la de toma de datos se transcriben una serie de datos promedio referidos a personal no asalariado y asalariado y CVF (potencia fiscal vehículo) sin explicación alguna de donde se extraen. En la diligencia de constancia de hechos de 24 de mayo de 2000 solo hay mención a los libros registros y facturas aportadas por el sujeto pasivo y en la de 13 de septiembre solo hay como datos fiscales de relevancia la mención que los bienes del activo fijo amortizables en el ejercicio son 6 columnas y elementos de cajonería y que las cuotas soportadas deducibles por adquisición de activos fijos asciende a 315.913 de las antiguas pesetas correspondientes a dos facturas de adquisición de unas comodillas. Finalmente, el Acta de conformidad señala que la cuota anual es de 955.130 ptas sin contener detalle de cómo llega a dicha cifra y con la sola mención a que se ha seguido lo señalado en el punto 2 del Anexo II de las Instrucciones para la aplicación de los índices y módulos en el IVA de la Orden de 13 de febrero de 1998.

De lo transcrito se deduce que tanto en relación con los elementos fácticos que sirven de soporte a la liquidación practicada como de la omisión completa de las operaciones seguidas para el cálculo de la cuota fijada, se ha producido indefensión al contribuyente de tal modo que, por lo antes dicho, la falta del informe preceptivo no queda suplido por el contenido del Acta de conformidad y en tal sentido debe declararse la nulidad de la liquidación referida al IVA, ejercicio 1998, cuarto trimestre, estimando la de-

manda en dicha pretensión y sin que quepa hacer pronunciamiento alguno respecto a la actividad inspectora llevada a cabo en relación con el IRPF y las posibles sanciones impuestas, en base a lo fundamentado al principio de la presente sentencia.

(St. de 2 de Marzo de 2005. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Aprobación definitiva del Plan Parcial sin informe no vinculante de la Comunidad Autónoma (116.c TR92 incorporado por Ley 1/97 de 18 de Junio). Nulidad: procedencia.

Mediante el presente recurso, la Administración de la Junta de Andalucía pretende obtener la declaración de nulidad del acuerdo de 24 de marzo de 1999, de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella, por el que se aprobó definitivamente el Plan Parcial de Ordenación del Sector URP-RR-7, El Pinar I, del Plan General de dicha localidad, y con el que, según la actora, la Corporación demandada infringió concretamente el artículo 116.c) del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, incorporado al ordenamiento autonómico por la Ley 1/1997, de 18 de junio, al no solicitar con carácter previo el informe preceptivo del órgano competente de la Comunidad Autónoma a que dicho precepto se refiere, omisión que la Corporación demandada admite expresamente pero a la que niega toda eficacia sobre la validez de la actuación impugnada en atención al carácter no esencial del informe, al hecho de haberse realizado los trámites fundamentales del procedimiento y al principio de conservación de actos que rige el procedimiento administrativo.

Pues bien, aunque las partes nada plantean al respecto, resulta preciso descartar de entrada cualquier insuficiencia que desde la perspectiva de la legitimación pudiera entenderse que padece la posición procesal de la Administración recurrente, como sucedería en caso de dirigirse el recurso frente a actuaciones realizadas en ejercicio de competencias delegadas por aquella, a las que se refiere el artículo 22 del Decreto 77/1994, de 5 de abril, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, que, en efecto, en orden a lograr una mayor eficacia en la gestión pública y una mayor participación ciudadana, prevé la delegación en los Ayuntamientos, entre otras, de la competencia para la aprobación definitiva de Planes Parciales y Planes Especiales que desarrollen planeamiento general, así como de Catálogos y de sus modificaciones cuando se formulen y tramiten independientemente del planeamiento general o especial al que vayan vinculados, en municipios de menos de 50.000 habitantes. Puesto que, según el artículo 13.4 de la Ley

30/1992, de 265 de noviembre, tales actuaciones habrían de entenderse procedentes de la propia organización de la delegante, tampoco podrían ser recurridas por ésta de acuerdo con lo establecido por el artículo 20.a) de la Ley 29/1998, que prohíbe a los órganos administrativos la interposición de recursos contencioso-administrativos contra las actividades de sus respectivas Administraciones Públicas, y cuya aplicación en estos casos de aprobación de planes urbanísticos por delegación autonómica, ha confirmado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 15 de abril (casación 5436/2000) y de 11 de noviembre de 2003 (casación 1676/2000).

De forma distinta, se trata ahora de la impugnación de un acuerdo de aprobación de un Plan Parcial emitido en virtud de atribuciones propias, reconocidas concretamente por el artículo 118.3.b) del Texto Refundido de 1992, que reconoce esa competencia a los Ayuntamientos no capitales de Provincia con población superior a 50.000 habitantes, lo que, por tanto, descarta aquel posible reproche o el que también en esos otros casos de ejercicio de facultades delegadas pudiera observarse en relación con la falta de seguimiento por la actora del cauce previo de la declaración de lesividad, hoy contemplado en el artículo 103 de la Ley 30/1992.

Así las cosas, lo cierto es que también en tales supuestos el ejercicio de la competencia local se sujeta a la preceptiva solicitud del mencionado informe, al que se refería en efecto aquel artículo 116 de la Ley del Suelo de 1992 tras imponer con carácter general la aprobación definitiva de los Planes Parciales por la Comunidad Autónoma, estableciendo que “..si el Plan hubiera de aprobarse definitivamente por el Ayuntamiento, se someterá a informe no vinculante del órgano competente de la Comunidad Autónoma..”, que, por lo demás, según el artículo 12.12 del Decreto 77/1994, correspondía emitir a las Comisiones Provinciales de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y que según aquel precepto tiene carácter no vinculante y se entenderá favorable de no emitirse en el plazo de un mes desde la recepción del expediente completo por el citado órgano, marco legal este que, frente a lo que argumenta la demandada, no permite pasar por alto, como irrelevante, la omisión del trámite en cuestión, que, ante todo, se impone por la ley como exigencia dirigida a garantizar en la medida de lo posible un mayor acierto en el ejercicio de la competencia urbanística local y su coordinación con las propias de la Comunidad Autónoma; además, es evidente que desde la perspectiva formal, relacionada con la propia conformación de la competencia local, el redactor de la norma evidenció con ello su voluntad de introducir el informe como una importante limitación de dicha competencia, sometiendo su ejercicio a esa previa exigencia.

De igual forma, y según todo ello, dicho presupuesto se configura de manera independiente respecto del cumplimiento del resto de los requisitos procedimentales legalmente establecidos, como sucede particularmente con el informe de la Administración del Estado a que se refiere el artículo 112 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, al que se refiere la representación demandada invocando su cumplimentación en el caso, pe-

ro que, como es evidente, por mucha importancia que haya de reconócersele, se refiere sólo a un aspecto concreto del objeto del Plan y no su totalidad (de alcance general en esta modalidad de instrumentos urbanísticos), sin que, por lo demás, esa intervención estatal haya podido servir para sanar la preterición de una Administración distinta, como es la autonómica.

En último extremo, es verdad que el principio de conservación, que también se invoca en la contestación a la demanda, ha de tenerse en cuenta en la resolución del presente recurso, aunque no para dar por buena la vulneración legal cometida, que de admitirse en este caso habría de autorizarse también en cualquier otro, sino para fijar la extensión y las consecuencias del pronunciamiento de nulidad que debe emitirse, que, de conformidad con lo establecido por el artículo 66 de la citada Ley 30/1992, con conservación del resto de las actuaciones practicadas, ha de limitarse a la declaración de nulidad del acuerdo impugnado, con reposición de las actuaciones administrativas al momento anterior a su aprobación, para la solicitud del informe omitido.

En consecuencia, el recurso debe ser íntegramente estimado, con declaración de nulidad del acuerdo impugnado en los términos que acaban de señalarse, y todo ello, sin que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se observen méritos suficientes para considerar procedente un pronunciamiento especial sobre las costas de esta instancia.

(St. de 11 de Abril de 2005. Sala de Málaga. Se transcribe completa. Ponente Eduardo Hinojosa Martínez)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Clasificación de Suelo Urbano en consolidado o no consolidado. Delimitación de unidades de ejecución: discrecionalidad. Equidistribución.

En torno a la impugnación del acuerdo recurrido, se hace valer la pretensión de que se deje sin efecto lo relativo a la Unidad de Ejecución número 11, donde se sitúan los terrenos propiedad del aquí actor, o subsidiariamente que se cambien sus determinaciones.

En cuanto a los hechos no se discute que el suelo en cuestión viene clasificado como suelo urbano de uso residencial. En cuanto a las determinaciones de la Unidad de Ejecución según el acuerdo de aprobación inicial son las siguientes:

Superficie total del ámbito: 1,01 hectáreas.

Superficie edificable: 3000 m² construidos.

Número máximo de viviendas: 20.

Espacios Libres Públicos: 3.600 m².

Aprovechamiento tipo: 0'43 unidades de aprovechamiento por m².

Índice de edificabilidad: 0'42 m²c/m².

Sistema de actuación: compensación.

Instrumento de desarrollo: estudio de detalle.

El objeto de la actuación es el de acondicionamiento del naranjal existente como parque de carácter público ligado a la Carretera Nueva; el establecimiento de una vía que ligue la C/ Virgen de la Consolación y la prolongación de la C/ Julia Palomo, propuesta en la U.E. 5; constitución de una manzana residencial entre el nuevo parque y la C/ Manuel Rodas y la mejora de la urbanización de ésta última calle, señalándose como cesiones las zonas verdes indicadas en la ficha técnica y el nuevo viario urbanizado, así como de una parcela destinada a equipamiento y el 10% del aprovechamiento tipo. Con tales actuaciones se pretende conseguir la recuperación de la permeabilidad peatonal entre el casco histórico y el resto del tejido urbano y el remate del tejido edificado residencial, eliminando construcciones de gran impacto visual y sustituyéndolas por usos más acordes con su localización central, así como la constitución de una nueva zona de actividad ligada a la C/ Manuel Rodas, como inicio del Eje del Paseo Majuelo.

Aprobado inicialmente el proyecto, el actor presentó alegaciones entendiéndose que la actuación era antieconómica para los propietarios, que no se clasificaba el suelo como consolidado o no consolidado por la urbanización, que no se motivaba la delimitación de unidades y que se infringía el derecho al aprovechamiento de los propietarios y el principio de justa distribución de beneficios y cargas; por lo que solicita se revise las normas del plan en los términos definidos, especificando la clasificación del suelo urbano y, en todo caso, que se cambien las determinaciones de la unidad de ejecución en la que se sitúan los terrenos de los actores.

Clasificación del suelo.- Es cierto que, a la entrada en vigor de la Ley 6/98, el 4 de mayo de 1998, aunque por pocos días, todavía no se había producido la aprobación inicial del proyecto que tuvo lugar el 25 de mayo de 1998. En consecuencia estaríamos en el ámbito de la disposición transitoria tercera, estimada constitucional por STC de 11 de julio de 2001. Y, conforme a dicha disposición transitoria:

1. El planeamiento general en tramitación a la entrada en vigor de esta Ley podrá seguirse tramitando sin adaptar sus clasificaciones de suelo a la misma.
2. Se entenderá que se encuentra en la situación prevista en el apartado anterior al planeamiento general, o su revisión, en cuya tramitación haya recaído acuerdo de aprobación inicial.

Y es cierto que, pese ello, el suelo urbano no aparece clasificado en el PGOU en alguna de las dos categorías: consolidado o no consolidado por la urbanización. Ahora bien, interpretando en conjunto los distintos escritos presentados en vía administrativa y aquí, no parece que el actor esté ejerciendo una pretensión de nulidad respecto a todo el planeamiento, sino que se li-

mita a los terrenos de su propiedad, respecto a los que entendemos, a la vista de las alegaciones y pruebas, que pretende una declaración de que se declare que son suelo urbano consolidado por la urbanización. Por lo demás, la omisión general, quedaría hoy salvada por la disposición transitoria primera de la Ley Andaluza 7/2002.

Y, entrando en ello, es cierto que la clasificación en una u otra categoría no es una decisión discrecional; pero, como destaca el TC en su sentencia de 11 de julio de 2001, no compromete la competencia autonómica en materia de elección de modelos urbanísticos. Así la Ley 6/1998, se limita a señalar la diferencia entre suelo consolidado o no consolidado por la urbanización a cuya diferencia liga consecuencias jurídicas importantes en relación a los derechos de los propietarios. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que debe concretarse tanto por la normativa autonómica como por la Administración urbanística actuante, para lo que debe reconocérsele un cierto margen de apreciación tanto a la legislación urbanística aplicable como a las decisiones del planificador. El concepto desde luego apunta a una diferencia entre el suelo plenamente integrado en la trama urbana, con todas sus determinaciones completas, que o reúne la condición de solar o sólo precisa algunas instalaciones en el interior de la parcela edificable para convertirlo en solar; y suelo que, aunque enclavado en la trama, se comporta como una bolsa que hay que integrar en la trama, o que, aun urbanizado, se estima claramente insuficiente la urbanización existente aun para un uso que se mantiene, o que el cambio de uso convierte en inadecuada. Y, en ese sentido, lo ha entendido el legislador autonómico a la vista del artículo 45 de la Ley Andaluza 7/2002.

En todo caso, aquí se trataría de examinar, si estamos en esa zona clara de suelo urbano consolidado por la urbanización, lo que nos permitiría hacer la declaración que pretenden los actores. Y, en este punto, no discutiéndose la clasificación como suelo urbano, la afirmación de que se encuentra consolidado por la edificación contenida en la demanda ha quedado huérfana de toda prueba pues, desde luego, el único extremo acreditado de que tributa por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles no significa que ostente la consolidación pretendida. Por otra parte, se establece una mayor densidad edificatoria, para un uso residencial, lo que necesariamente exige, más que completar instalaciones interiores a la parcela, urbanizar el área, de acuerdo con el plan, a fin de establecer parcelas edificables y solares. No pueden ser las mismas las exigencias e instalaciones preexistente, sin que por lo demás se nos digan cuales son, que las correspondientes al nuevo uso residencial que se establece.

En consecuencia procede desestimar el recurso en este punto.

Sobre la arbitrariedad y falta de motivación de la delimitación de la U.E.- Al respecto hay que señalar que si bien la discrecionalidad de la Administración al planificar es evidente la misma no puede caer en la mera arbitrariedad, no justificando ni siquiera sea mínimamente las actuaciones previstas en el planeamiento. Sin embargo, tampoco puede confundirse la necesidad

de que la decisión del planificador se encuentre justificada y sea razonable con el hecho de que deba coincidir con el criterio del propietario del terreno planificado. Desde esta premisa no puede afirmarse que la delimitación de la U.E. no se encuentre justificada y motivada ni tampoco que las previsiones contenidas sean arbitrarias o irracionales pues, como ya se apuntó, con tales actuaciones se pretende conseguir la recuperación de la permeabilidad peatonal entre el casco histórico y el resto del tejido urbano y el remate del tejido edificado residencial, eliminando construcciones de gran impacto visual y sustituyéndolas por usos más acordes con su localización central, así como la constitución de una nueva zona de actividad ligada a la C/ Manuel Rodas, como inicio del Eje del Paseo Majuelo y el acondicionamiento del naranjal existente como parque de carácter público ligado a la Carretera Nueva; el establecimiento de una vía que ligue la C/ Virgen de la Consolación y la prolongación de la C/ Julia Palomo, propuesta en la U.E. 5; constitución de una manzana residencial entre el nuevo parque y la C/ Manuel Rodas y la mejora de la urbanización de ésta última calle, quedando así plenamente justificada la previsión que se impugna.

Justa distribución de beneficios y cargas.- Se dice que la delimitación de la unidad de ejecución no respeta el principio de justo reparto de beneficios y cargas. Tampoco podemos coincidir en esto con los actores, ya que, como hemos dicho el derecho de los propietarios, en relación a áreas homogéneas, viene garantizado por el aprovechamiento tipo; y si el uso lucrativo es insuficiente, ahí está la previsión del artículo 152 del TR de la Ley del Suelo de 1992, incorporado al Derecho Autonómico por la derogada Ley Andaluza 1/97, aplicable por la fecha, a cuyo tenor:

1. Cuando los aprovechamientos permitidos por el planeamiento fueran inferiores a los susceptibles de apropiación por el conjunto de propietarios, se disminuirá la carga de urbanizar en cuantía igual al valor del aprovechamiento no materializable, con aplicación en todo caso del art. 54 sufragando la Administración actuante la diferencia resultante.

2. Si mediante esta reducción no pudieran compensarse íntegramente el valor de los aprovechamientos no materializables, la diferencia se hará efectiva en otras unidades de ejecución que se encuentren en situación inversa e incluidas en la misma área de reparto o mediante el abono en metálico de su valor urbanístico, a elección de la Administración actuante.

En relación con lo argumentado en la demanda acerca de lo antieconómico que para el propietario supone las determinaciones urbanísticas contenidas en la U.E., falta de justificación de las cesiones obligatorias previstas y la inidoneidad de la tipología de vivienda prevista para la zona hay que señalar que la propiedad urbanística es un haz de facultades con sus correlativos deberes, siendo la Ley, y por remisión de ella, los Planes, los que definen el contenido normal de la propiedad, siendo el criterio para definir dicho contenido el de la clasificación y calificación del suelo y que el mayor o menor contenido urbanístico de la propiedad es decisión pública que no

obliga al planificador nada más que a una equitativa distribución de los beneficios y cargas, pero nunca a que la plusvalía generada con la actuación prevista alcance determinado nivel o intensidad. En esta línea, las cesiones obligatorias no exceden del marco legal, su innecesariedad en absoluto ha quedado acreditada y el hecho de que el actor considere antieconómico la superficie de las viviendas a edificar, instando su modificación por una previsión que le resulte más rentable, no constituye un derecho que le podamos reconocer superponiéndonos a la decisión del planificador.

(St. de 9 de Marzo de 2005. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

La reforma del Estatuto de Autonomía: El problema de la financiación

La apertura del proceso de reforma estatutaria en diferentes Comunidades Autónomas ha puesto de manifiesto algo que ya era posible sospechar con antelación, a saber, que, por relevante que sean cuestiones tales como la ampliación de las competencias o la participación autonómica en determinadas órganos estatales, todos los asuntos quedan en mayor o menor medida eclipsados en el momento mismo en que se suscita en sede estatuyente el problema de la financiación. Que ésta constituye un (*el*) aspecto esencial en la configuración de todo Estado políticamente descentralizado, es afirmación que no requiere, por obvia, aclaración ninguna; resultando, por tanto, perfectamente lógico que haya despertado la mayor atención desde que hizo acto de presencia en los primeros borradores estatutarios que han visto la luz pública. Sin embargo, a poco que se reflexione, se llegará a la convicción de que, de haberse llevado a término correctamente las previsiones constitucionales, el debate, sin más, no tendría que haberse producido. La posible extrañeza que haya suscitado al lector esta aseveración, sólo aparentemente paradójica, reclama alguna explicación por nuestra parte.

Como regla absolutamente general, las Constituciones de los Estados federales “resuelven” el problema de la financiación de la Federación y los Estados federados. No quiere decirse con esto, naturalmente, que el tema quede “agotado” en el texto constitucional, ya que la imprescindible flexibilidad con la que ha de investirse el reparto final de los recursos hace necesario el posterior desarrollo normativo infraconstitucional que “cierre” el modelo de financiación. Pero las Constituciones, decía, sí asumen las decisiones políticas básicas al respecto, de tal manera que, como mínimo, el reparto de poderes financieros queda “predeterminado” o “preconfigurado” por el propio constituyente. Así, por citar un ejemplo de texto constitucional especialmente lacónico, la Constitución de Estados Unidos se limita a establecer un sistema de concurrencia de poderes fiscales, en cuya virtud ambos niveles de gobierno pueden crear los impuestos que estimen pertinentes, salvando las muy concretas restricciones y condicionantes establecidas por el constituyente en la materia. El reparto de las competencias financieras queda, así, fijado en la Constitución; por más que, para comprobar cuál es el reparto real de los re-

cursos entre Federación y Estados miembros, sea preciso examinar cómo han ejercido en la práctica su poder impositivo. Análisis que pone de manifiesto que, materialmente -pues jurídicamente no hay restricción alguna-, la Federación ha tendido a ocupar el ámbito de la imposición directa, mientras que los Estados han encontrado en el gravamen del consumo su principal fuente de imposición. Obviamente, la sencillez del modelo constitucional estadounidense se desvanece en relación con otras Constituciones federales más recientes, en las que la larga práctica experimentada en la materia permite que el constituyente regule con bastante morosidad y detalle la distribución del poder financiero. En esta línea, el Título X de la Ley Fundamental de Bonn desciende a distribuir entre la Federación y los Estados las concretas potestades que cabe ostentar sobre los impuestos, esto es, la facultad normativa, la capacidad de gestión y, por último, el derecho a la recaudación; potestades que, en relación con la misma figura impositiva, puede dividirse entre los diferentes niveles de gobierno, incluyendo las Entidades locales.

Cualquiera que sea la específica técnica elegida, lo que conviene ahora reiterar es que, por lo general, las Constituciones federales asumen las reglas básicas sobre la distribución de las competencias financieras, asegurándose así, tanto a la Federación como a los Estados, un determinado grado de autonomía financiera intangible frente a la normativa infraconstitucional. Sólo en contadas ocasiones alguna Constitución federal ha renunciado a adoptar esta decisión política esencial, y ha optado, en consecuencia, por que fuese una norma posterior la que resolviese el problema de la distribución de las competencias financieras. Así sucedió, por ejemplo, durante la República de Weimar; y tal es también el caso en el marco normativo austríaco actual (aunque la Ley que fija el sistema de financiación tiene rango constitucional). En todo caso, las citadas no constituyen más que excepciones que, como suele decirse, no vienen sino a confirmar la regla absolutamente extendida entre los Estados federales.

Como habrá adivinado el lector, la cuestión no podía abordarse del mismo modo en la Constitución española de 1978. De una parte, porque el constituyente dejó por determinar si el proceso de descentralización política se generalizaría a todo el territorio del Estado o si, por el contrario, se limitaría a determinadas regiones. Y, de otro lado, porque el sistema de distribución competencial del Estado Autonómico es sustancialmente diferente al de los Estados federales. Mientras que en éstos es la propia Constitución federal la que se encarga de asignar las correspondientes competencias a la Federación y a los Estados; en el caso del Estado de las Autonomías la Constitución se limita a operar como marco competencial, acotando los márgenes de lo constitucio-

nalmente posible, pues la verdadera norma atributiva de competencias es el Estatuto de Autonomía. En este contexto, era de todo punto imposible que el constituyente se aventurase siquiera a bosquejar un sistema de financiación mínimamente preciso, pues ni sabía los sujetos a los que debería aplicarse ni tampoco cuáles serían las concretas competencias y servicios que asumirían las Comunidades Autónomas. En suma, sin conocer la atribución competencial y, por ende, careciendo de todo punto de referencia acerca del nivel de gasto que habrían de soportar el Estado y las Comunidades Autónomas, no era dable, sencillamente, articular un sistema de reparto de recursos mínimamente fiable¹. Así pues, ante la probable limitación de la descentralización a determinados territorios y ante la posibilidad, además, de que las competencias autonómicas pudieran variar de acuerdo con el principio dispositivo, todo hacía presagiar que el sistema de financiación habría de abordarse en los respectivos Estatutos, tal y como había sucedido durante la II República. Y, sin embargo, terminó aprobándose una enmienda que se convertiría en el actual art. 157.3 CE, en cuya virtud se habilitaba al Estado para regular mediante Ley Orgánica las competencias financieras y, con ellas, claro está, el sistema de financiación en su conjunto: “Mediante ley orgánica -dice el citado artículo 157.3 CE- podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado I, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado”.

De este modo, frente a la formulación de un modelo a negociar bilateralmente en el marco del Estatuto, el constituyente quiso abrir la posibilidad de que el Estado unilateralmente, mediante una Ley Orgánica en sentido estricto, definiese un modelo aplicable con alcance general para todas las Comunidades. Así ha venido a reconocerlo el propio Tribunal Constitucional en la STC 68/1996:

«Con el art. 157.3 C.E., que prevé la posibilidad de que una Ley Orgánica regule las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, no se pretendió sino habilitar la intervención unilateral del Estado en este ámbito competencial a fin de alcanzar un mínimo grado de homogeneidad en el sis-

¹ La interrelación que media entre asignación competencial, reparto del deber de gasto y distribución de los recursos constituye, por antonomasia, la “cuestión” que ha de ser resuelta por la “Constitución financiera” de todo Estado políticamente descentralizado. Véase M. Medina Guerrero: *La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2004, págs. 13-14.

tema de financiación autonómico, orillando así la dificultad que habría supuesto que dicho sistema quedase exclusivamente al albur de lo que se decidiese en el procedimiento de elaboración de cada uno de los Estatutos de Autonomía. Su función no es, por tanto, como es obvio, la de establecer una reserva de Ley Orgánica en cuya virtud cualquier aspecto atinente al nutrido grupo de recursos autonómicos enumerados en el art. 157.1 C.E. requiriese ineludiblemente una norma de tal rango, sino sencillamente permitir que una Ley Orgánica -la actual L.O.F.C.A.- pudiese insertarse en el bloque de la constitucionalidad delimitador del concreto alcance de las competencias autonómicas en materia financiera (por todas, SSTC 181/1988, fundamento jurídico 7.; 183/1988, fundamento jurídico 3.; 250/1988, fundamento jurídico 1., y 150/1990, fundamento jurídico 3.)» (FJ 9º)

Aunque no sea sólita, no es por entero desconocida para la Constitución la técnica de que el protagonismo en el reparto competencial no lo asuma el Estatuto, sino una Ley Orgánica, la cual viene, en consecuencia, a constreñir y limitar la acción del propio estatuyente. Tal sucede, por ejemplo, con las competencias en materia de justicia (art. 152.1 CE) o de policía (art. 149.1.29ª CE). A diferencia, sin embargo, de estos supuestos, en el caso de la financiación el tenor literal del art. 157.3 CE encierra una cierta ambigüedad (el Estado “podrá” regular), pues permite interpretar que la existencia de dicha Ley Orgánica no es constitucionalmente obligatoria, sino una mera posibilidad de la que las Cortes Generales pueden hacer uso, o no, según su libre criterio. Dada su condición de norma no necesaria, puramente contingente, podía considerarse plenamente legítima la aspiración de cualquier estatuyente de abordar el sistema de financiación. Como también puede comprenderse que la ambigüedad del precepto alentase la tesis de que el Estatuto que se aprobase con anterioridad a dicha Ley Orgánica lograría establecer un sistema de financiación que permanecería intangible frente a cualquier otro modelo que quisiera fijar el legislador orgánico. Dicho sea ya derechamente, la literalidad del art. 157.3 CE explica la rapidez que el estatuyente catalán quiso imprimir al procedimiento de elaboración del Estatuto, pretendiendo en todo caso que el mismo se aprobase con anterioridad a la LOFCA. El final de la historia es bien conocido: a fin de evitar enojosas divergencias y contradicciones se produjo una relación fluida y fructífera entre ambos textos normativos, de tal manera que ambos terminaron asumiendo una regulación prácticamente idéntica. Y una vez sentado el precedente, parecía inevitable -como así sucedió- que los restantes Estatutos de Autonomía de régimen común incorporasen también la regulación de la financiación. En definitiva, en el Estado de las Autonomías la distribución de los recursos entre el poder central y el nivel regional de gobierno se realiza en dos cuerpos normativos de diferente naturaleza, el Estatuto y la LOFCA.

Esta dualidad en las fuentes reguladoras de la Hacienda autonómica no deja de producir algunos efectos distorsionadores, comenzando por la muy espinosa cuestión de decidir cuál es la norma que ha de prevalecer en caso de conflicto. Pues, por más que el estatuyente catalán, primero, y los restantes, más tarde, asumieran el mismo esquema de financiación que la LOFCA, no cabe descartar alguna divergencia o diferencia, siquiera menor, entre ambas fuentes. Pero, sobre todo, la cuestión se agudiza notablemente cuando se pretende introducir alguna modificación en el sistema vigente, al plantearse con toda crudeza la alternativa de optar abiertamente por la norma que, *ope Constitutionis*, debe considerarse como la determinante en el reparto de las competencias financieras. Como ya he sostenido en otro lugar, a mi juicio es la LOFCA la que ha de prevalecer en caso de conflicto y, por ende, constituye la norma que debe necesariamente modificarse en el caso de que se pretenda un cambio de modelo. Tal es, por lo demás, la posición mantenida por buena parte de la doctrina; y es, asimismo, la tesis que parece desprenderse de la propia jurisprudencia constitucional².

Naturalmente, esta posición, que es la correcta en términos jurídicos, resulta tanto más difícil de asumir en términos políticos, puesto que es el Estatuto -la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, expresión en cierta medida de un acuerdo con el Estado- el que se ve desplazado por otra norma que, al menos formalmente, no es sino expresión de la sola voluntad unilateral del legislador estatal. De ahí que, en la medida de lo posible, se haya querido facilitar la propia modificación de los Estatutos; y ello hasta el extremo de tratar de eludir la propia rigidez estatutaria previendo mecanismos de modificación de preceptos estatutarios claves en la financiación -como los que contienen la enumeración de los impuestos cedidos- que no se consideran, propiamente, reformas de Estatutos, permitiéndose su alteración a través del sencillo expediente de un acuerdo entre el Gobierno central y la Comunidad Autónoma que es posteriormente tramitado como proyecto de Ley (así, el artículo 57 del Estatuto andaluz). Claro está que los complejos problemas suscitados por la articulación de las relaciones Estatutos/LOFCA subsisten en el momento en que abandonamos el ámbito de esas peculiares normas estatutarias (las que se encargan de enumerar los impuestos cedidos), planteándose en todas las restantes esferas que afectan a las competencias financieras. Pues cualquier modificación que se quiera introducir en el sistema apuntado

² F. Pérez Royo/M. Medina Guerrero: "Estudio sobre las disposiciones fiscales en la reforma del Estatuto de Cataluña", *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2004, págs. 489-496.

en los Estatutos habrá de sortear sus rígidos procedimientos de reforma. Dificultades de articulación tan evidentes, que están en el origen de esas peculia-rísimas fuentes del Derecho que son las leyes específicas de cesión de tributos a las Comunidades Autónomas; verdaderos Frankensteins normativos -permítasenos la licencia- que, además de proceder a la cesión efectiva a la pertinente Comunidad Autónoma de las concretas atribuciones sobre los impuestos objeto de la cesión, operan como normas que modifican el precepto estatutario que enumera los impuestos cedidos y, además, como Ley marco del artículo 150.1 CE. ¿Alguien puede ofrecer más sólo con dos artículos?³ Esta heterodoxa fuente, sobrepasando ventajosamente cualquier posible exposición, ya advierte de las enojosas relaciones existentes entre la LOFCA y los Estatutos.

Muy probablemente, el panorama normativo, hoy tan enturbiado, ganaría ostensiblemente en seguridad jurídica si se admitiera con toda llaneza la reserva de competencia a favor del legislador orgánico que el constituyente quiso establecer. Sencillamente, es la Ley Orgánica *ex art.* 157.3 CE, que no el Estatuto, la norma llamada a regular la financiación autonómica. De acuerdo con la Constitución, la financiación no es el ámbito de la bilateralidad y del principio dispositivo, sino el terreno de la multilateralidad y del principio de generalidad. En este sentido, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, la solución idónea, en cuanto excluye *a radice* toda posible controversia o conflicto internormativo, consistiría en que el Estatuto, lisa y llanamente, omitiese por completo el tema de la financiación, remitiéndose *in toto* a la LOFCA. Sin embargo, como hemos adelantado, esta opción no es tan fácil de asumir en términos políticos, toda vez que deja en manos del Estado la capacidad de decidir unilateralmente sobre una cuestión absolutamente esencial para definir el nivel de autonomía verdaderamente existente. El temor a que el Estado pueda sojuzgar políticamente a las Comunidades Autónomas recurriendo al sencillo expediente de cegar o condicionar sus fuentes de ingresos justifica, fundadamente, que los estatuyentes opten por incorporar siquiera algunos principios que resultan, así, “blindados” frente a la voluntad unilateral del Estado. Como a nadie se le oculta, esta temor podría quedar en buena medida desvanecido en un nuevo marco constitucional -al que ahora se apunta- en el que el Senado operase como una verdadera cámara de representación terri-

³ Así, por ejemplo, la Ley 19/2002, de 1 de julio, de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo artículo 1 modifica el art. 57.1 del Estatuto, mientras que su artículo 2, de un lado, se remite a la Ley estatal 21/2001 para determinar el concreto alcance de la cesión (art. 2.1), y, de otro lado, opera como ley marco para atribuir a la Comunidad Autónoma la competencia legislativa sobre tales impuestos cedidos (art. 2.2).

torial. Dado que, muy probablemente, una reforma técnicamente correcta exigirá, no sólo la modificación del artículo 69 CE, sino la de aquellos preceptos que prevén fuentes del derecho especialmente trascendentes para las Comunidades Autónomas -a fin de garantizar una presencia relevante del Senado en su tramitación-, parece aconsejable que sea el art. 157.3 CE uno de los que se vean afectados por el proceso de reforma; y ello con un doble objetivo. De un lado, para expresar ya sin tapujos ni matizaciones que la financiación no es materia de regulación estatutaria, sino de una Ley estatal; que el dictado de ésta no es una posibilidad que se abre a las Cortes Generales, sino un mandato imperativo de legislación que se dirige al Parlamento central. Y, en segundo lugar, a fin de elevar a una Cámara Alta verdaderamente representante de las Comunidades Autónomas, al menos, al mismo nivel que disfrute el Congreso de los Diputados en la tramitación de dicha Ley, exigiéndose también una mayoría reforzada del Senado para proceder a su aprobación.

Pero mientras esto no suceda, y a la luz de la experiencia que hemos tenido hasta la fecha, es evidente la tendencia de los estatuyentes a abordar nuevamente el problema de la financiación en el proceso de reforma que ya han iniciado diferentes Comunidades Autónomas. Y repitiéndose en cierta medida la historia, tal y como se desprende de la “Propuesta de reforma de l’Estatut d’autonomia de Catalunya” emanada en primera lectura de la Ponencia redactora en el mes de mayo, el estatuyente catalán, lejos de contentarse con incluir algunos principios genéricos en la materia, pretende incorporar un modelo de financiación bastante perfilado. Otra vez, pues, de aceptarse este modo de proceder, estaremos abocados a hacer frente a la siguiente alternativa: o bien el legislador orgánico asume los postulados del Parlamento catalán y extiende, en consecuencia, su modelo a la generalidad de las Comunidades Autónomas; o bien se aparta del mismo, permitiéndose *prima facie*⁴ una dualidad de regímenes financieros para las Comunidades Autónomas de régimen común. La primera de las hipótesis es, sin embargo, de imposible cumplimiento en la práctica por elementales razones sustanciales: No hay un Estado -digno de tal nombre- que pueda seguir materialmente subsistiendo si la generalidad de sus entes subcentrales disfrutan de un sistema semejante al presentado por el Gobierno tripartito en la “Propuesta de reforma del Estatuto catalán”. Ahora comprobaremos por qué.

⁴ *Prima facie* por cuanto, como hemos apuntado líneas arriba, en caso de conflicto entre la norma estatutaria y la LOFCA ha de prevalecer esta última en virtud de la reserva del artículo 157.3 CE. Y en la hipótesis de que fuese la propia LOFCA la que reconociese la vigencia de un modelo estatutario específico diferente al que ella misma establece, cabría seriamente dudar de su constitucionalidad a la vista de la prohibición contenida en el artículo 138.2 CE.

Ciñéndonos exclusivamente a los aspectos más relevantes del Documento presentado por el Gobierno acerca de la financiación -pues se trata de un texto muy extenso-, conviene destacar en primer término lo que establece su artículo 3.2: “La Generalidad tiene la capacidad normativa y la responsabilidad fiscal sobre todos y cada uno de los impuestos estatales soportados en Cataluña, así como la participación en sus rendimientos, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Cortes y a las instituciones europeas. Estos impuestos tiene la consideración de tributos cedidos total o parcialmente”. En virtud de este precepto, se atribuye a Cataluña capacidad normativa y derecho a la recaudación sobre *todos* los impuestos estatales; aunque en principio no se precisa el alcance exacto que tendrán en la práctica tales potestades. Comoquiera que sea, supone un avance considerable respecto del sistema vigente al menos en dos aspectos: En primer lugar, porque entraña reconocer que la Generalidad tendrá poder normativo en relación con algunos impuestos cedidos sobre los que hoy no se admite tal potestad, como sucede con el IVA. Y en segundo lugar, supone extender el régimen de los impuestos cedidos al único impuesto que hoy sigue considerándose total y exclusivamente estatal, a saber, el Impuesto sobre Sociedades. Extensión ésta que -más allá de los problemas de constitucionalidad que plantea, y cuya explicitación aquí nos llevaría demasiado lejos- no parece en modo alguno aconsejable en un Estado en el que la distribución de las empresas está tan desigualmente repartida entre los diferentes territorios.

Reconocidas en términos genéricos a favor de la Generalidad, en el art. 3.2, atribuciones normativas y sobre la recaudación respecto de todos los impuestos estatales, la propuesta inmediatamente da un paso más y fija unos límites mínimos obligatorios al respecto. Así, en lo concerniente a la potestad normativa, precisa a continuación el art. 3.3: “El ejercicio de la capacidad normativa a que hace referencia el apartado anterior comporta, en todo caso, la potestad de intervenir en la fijación de los elementos esenciales de los tributos y, especialmente, en la determinación de su tipo efectivo”. Y, por su parte, el artículo 5 dispone lo que sigue en punto al reparto de la recaudación de los impuestos:

“Una parte del rendimiento de los impuestos cedidos a Cataluña se atribuye al Estado para la financiación de sus servicios y sus competencias, determinada según el procedimiento que establece el artículo 10.2. A estos efectos, se ha de establecer el porcentaje de participación que corresponda al Estado en los diferentes impuestos cedidos parcialmente. Este porcentaje no ha de ser en ningún caso superior al 50%”.

Así, pues, se fija el tope máximo que puede alcanzar la participación del Estado para financiar sus propias competencias en un 50% de cada uno de los impuestos cedidos; pero, al no establecerse ningún límite mínimo, la suficiencia financiera del Estado va a depender de la capacidad de presión que pueda ejercer en el seno de la Comisión Mixta de Relaciones Fiscales y Financieras Estado-Generalidad, “órgano bilateral de relación entre la Administración del Estado y la Generalidad de Cataluña en el ámbito de la financiación autonómica” (art. 10.1). Comisión que, entre otras funciones, está llamada a “valorar quinquenalmente, con una antelación mínima de tres meses respecto de la actualización del sistema de financiación, los servicios y las competencias del Estado mencionados en el artículo 5”.

Y, ciertamente, la posición negociadora del Estado no puede considerarse en absoluto favorable, si se atiende a la fórmula de gestión de los impuestos que se defiende en la propuesta de reforma del Estatuto. Pues si la atribución a la Generalidad es generosa en relación con las competencias normativas y el derecho a la recaudación sobre los impuestos, la propuesta del Gobierno tripartito no le anda a la zaga -es más; la supera- en lo relativo a la gestión, la tercera y última de las potestades en las que suele dividirse la soberanía impositiva en diversos modelos de federalismo fiscal (señaladamente, los sistemas germánicos). De acuerdo con lo establecido en el artículo 4:

“La Agencia Tributaria de Cataluña es la responsable de la gestión, la recaudación, la liquidación y la inspección de la totalidad de los tributos propios y de los cedidos. El Estado y la Generalidad han de establecer los instrumentos de coordinación o consorciación que se consideren pertinentes entre la Agencia Tributaria de Cataluña y la Administración tributaria del Estado”.

De una forma diáfana y sin matices, se reservan todas las competencias administrativas de todos los impuestos a Cataluña. El Estado prácticamente desaparece de esta Comunidad Autónoma en la esfera tributaria, por más que se pretenda enmascarar o dulcificar esta situación con una apelación a una eventual coordinación o consorciación entre ambas Administraciones; eventualidad que no logra ocultar, de una parte, que es la Generalidad la que ostenta la competencia de gestión sobre todos los impuestos y, de otro lado, que esas fórmulas de coordinación o consorciación requieren el consentimiento necesario de la Comunidad Autónoma para que puedan ponerse en marcha.

No es necesario emprender sesudas investigaciones de federalismo fiscal ni profundas indagaciones en el Derecho Comparado para apreciar la mani-

fiesta inconstitucionalidad de la propuesta. Basta su solo contraste con algún precepto constitucional para advertir de inmediato su imposible acomodación a nuestro ordenamiento jurídico. Como ya hemos sostenido en otro lugar⁵, la atribución estatutaria a las Comunidades Autónomas de la gestión de todos los impuestos cedidos se opone frontalmente al artículo 156.2 CE, que dice así: “Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con la ley y los estatutos”. Con base en el razonamiento que entonces hicimos -y hoy, claro está, seguimos asumiendo-, aunque se apuraran al límite las posibilidades hermenéuticas que ofrece el citado artículo 156.2 CE, lo máximo que permite nuestro texto constitucional es que las Comunidades Autónomas asuman en sus Estatutos, como competencias propias, la gestión de los impuestos enteramente cedidos por el Estado a las Comunidades Autónomas (y, obviamente, la gestión de sus propios tributos). Pues en lo concerniente a los “recursos tributarios” del Estado -y no cabe dudar de que los impuestos parcialmente cedidos constituyen recursos tributarios de aquél-, el tenor literal del artículo 156.2 CE se expresa en unos términos inequívocos: sólo es posible, como máximo, que las Comunidades Autónomas asuman su gestión por delegación del Estado. Y aunque el concepto de “competencia delegada” haya suscitado algún interrogante en sede académica, sí hay pleno acuerdo en sus esenciales rasgos definitorios, a saber: 1) sólo se asume el ejercicio de la competencia, ya que su titularidad se mantiene en manos del ente delegante; 2) como consecuencia de lo anterior, el ente delegante conserva relevantes atribuciones de control que restringen el ejercicio autónomo de la competencia delegada; y 3), y sobre todo, que la delegación es siempre revocable por parte del ente que mantiene la titularidad de la competencia. Siendo esto así, se hace evidente la imposibilidad de adscribir a las Comunidades Autónomas en sus Estatutos la gestión de aquellos impuestos cuya recaudación sirve para financiar al Estado -actualmente, los impuestos parcialmente cedidos y el Impuesto de Sociedades-, puesto que dicha atribución, materialmente, no podría hacerse a título de competencia delegada: dada la rigidez estatutaria, el Estado se vería privado de la capacidad de decidir libremente retomar la gestión, perdiendo así la facultad de revocación que es consustancial a la delegación competencial.

Aunque, en puridad, a poco que se profundice se comprueba que el imposible encaje constitucional de la propuesta catalana no obedece únicamen-

⁵ F. Pérez Royo/M. Medina Guerrero: “Estudio sobre las disposiciones fiscales en la reforma del Estatuto de Cataluña”, en *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Instituto de Estudios Autonómicos, Generalidad de Cataluña, Barcelona, 2004, págs. 474-482.

te a su colisión directa con el art. 156.2 CE, sino a que supone abrazar un modelo de financiación enteramente ajeno a la naturaleza del Estado Autonómico. Según sostienen los principales valedores de la propuesta del Gobierno tripartito, esta fórmula de financiación no viene sino a alinearse con la existente en determinados Estados federales, como Alemania y Canadá. Pero esta afirmación, lisa y llanamente, no se corresponde con la realidad: No hay un solo Estado federal en el que el poder central pierda el control de la gestión de sus propios impuestos, como pretende la propuesta de reforma del Estatuto catalán. Y en vano pretenderá alegarse la experiencia alemana para apoyar la amplísima capacidad de gestión que se pretende arrogar a la Generalidad: Es cierto que los Länder asumen la gestión de los impuestos cuya recaudación se adscribe total o parcialmente al Bund, pero se administran “por encargo del Bund” (art. 108.3 de la Ley Fundamental de Bonn). Se asume, por consiguiente, en esta esfera el régimen de la administración por encargo del Bund (*Bundesauftragsverwaltung*, art. 85 de la Ley Fundamental), lo que permite que la Federación controle permanentemente la exacción de estas fuentes impositivas, toda vez que está facultada para dictar instrucciones generales y particulares, así como para inspeccionar la legalidad y la oportunidad de las medidas adoptadas por los Länder. Todo ello sin olvidar que, además, la Ley Fundamental prevé que el nombramiento de los directores de los órganos intermedios de la Administración financiera de los Länder se efectúe de común acuerdo con el Gobierno federal (art. 108.2), y autoriza al Bund para que, mediante ley, regule el procedimiento tributario a aplicar por los Länder (art. 108.5)⁶. En resumidas cuentas, la gestión descentralizada de los principales impuestos se inserta en un sistema tal de relaciones con el Bund que, en realidad, cabría más propiamente hablar de un modelo de administración mixta o compartida.

No; la propuesta del tripartito no avanza hacia un sistema más propiamente federal. Es más; un modelo en el que el ente subcentral tiene poder normativo y gestiona todos los impuestos, encargándose posteriormente de transferir al poder central los recursos que precisa para financiar sus competencias, en realidad está en las antípodas de un modelo federal: Precisamente, el Estado federal nace para superar las muy variadas deficiencias de funcionamiento de las Confederaciones, siendo una de ellas -y no precisamente la menor- la de naturaleza financiera, a saber, el hecho de que, carente de la capacidad de exigir impuestos, la Confederación dependía de las aportaciones eco-

⁶ M. Medina Guerrero: *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1992, págs. 201-204.

nómicas de los Estados que la integraban⁷. El reconocimiento de fuentes de ingresos propias del poder central -con la subsiguiente liberación de su dependencia económica de los entes subcentrales- está, pues, en el propio origen del Estado federal. No; la fórmula esbozada por el tripartito no consolida la dimensión federal del Estado de las Autonomías, sino que la debilita.

En puridad, lo que se oculta bajo el alambicado modelo diseñado por el tripartito no es sino el régimen de concierto y convenio, esa reliquia histórica de sistema de financiación confederal que aún subsiste merced a la Disposición Adicional Primera de la Constitución⁸. Sólo su expreso reconocimiento por esta disposición ha permitido salvar la constitucionalidad del Concierto y el Convenio, pues, como es palmario, el modelo confederal de Hacienda no tiene cabida en nuestro texto constitucional. La propuesta de reforma catalana, si bien más atenta -*prima facie*, pues todo depende de la negociación- al principio de solidaridad⁹, no encubre en sustancia sino un modelo muy semejante a los regímenes forales: el ente subcentral recauda todos los impuestos, de tal modo que aborda en un posición absolutamente prevalente la negociación sobre el reparto de unos recursos que *ya* están en su bolsa: La falta de acuerdo sólo perjudica a los entes cuya financiación depende de la participación que se le quiera dar en tales recursos, a saber, el Estado y las Comunidades Autónomas de menor capacidad fiscal, que serán, en su caso, las receptoras de las transferencias procedentes de la Comunidad que gestiona todos los impuestos estatales. Que a lo que verdaderamente aspira la propuesta es a un sistema parejo a los forales, es una sospecha que -sin arrobo- se ve confir-

⁷ M. Medina Guerrero: *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1992, págs. 38-40 por lo que hace a los Artículos de la Confederación norteamericana. De ahí que las “contribuciones matriculares” -las asignaciones que los Estados debían entregar al Reich cuando éste no obtenía con sus recursos propios los ingresos precisos para financiar sus competencias- se consideraran por Jellinek y Laband un elemento distorsionante en el contexto del II Reich, ya que entrañaba introducir un elemento confederal en un sistema que era federal en todo lo restante (véase al respecto M. Medina Guerrero: *op. cit.*, págs. 139-142).

⁸ M. Medina Guerrero: *Los regímenes financieros forales en la Constitución de 1978*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1991.

⁹ El artículo 7 de la propuesta del tripartito regula la “solidaridad y los mecanismos de nivelación”, previendo un sistema de perecuación financiera horizontal de inspiración alemana. Se establece, no obstante, un límite absoluto: “La aplicación de los mecanismos de nivelación en ningún caso puede alterar la posición de Cataluña en la ordenación de rentas per cápita entre las comunidades autónomas antes de la nivelación”.

mada por el propio texto emanado del tripartito¹⁰, toda vez que su disposición adicional tercera dice así: “La capacidad de financiación por habitante de la Generalidad ha de equipararse gradualmente, en un término no superior a quince años, a lo obtenido en aplicación de los sistemas de concierto y convenio vigentes en las comunidades autónomas forales”.

Bástenos con lo hasta ahora examinado para tener una idea mínimamente completa del sentido y alcance del modelo defendido por el tripartito, aunque sea sumamente difícil resistirse a la tentación de comentar otros aspectos de su propuesta cuya constitucionalidad es, asimismo, más que dudosa. Confiemos, no obstante, en que no sea preciso detenerse en el futuro en examinar la adecuación a la Constitución de las fórmulas financieras procedentes del Parlamento catalán.

Entrando ya en el tema que más directamente nos concierne, el Estatuto de Andalucía, debemos señalar que, con fecha 21 de junio de 2005, se ha emitido el Informe de la Ponencia de Reforma del Estatuto de Autonomía¹¹, que obviamente dedica unas páginas al “sistema de financiación”, además de dar un tratamiento específico a la Disposición Adicional Segunda. Por lo que hace a esta última, cabe distinguir dos posiciones diferentes entre los grupos parlamentarios: la sostenida por los parlamentarios socialistas y populares, según la cual habría de mantenerse en el futuro Estatuto “siempre y cuando no se haya alcanzado un acuerdo efectivo de reconocimiento y pago de la misma”¹²; y, de otra parte, la posición defendida por los parlamentarios de Izquierda Unida y andalucistas, tendentes a mantener en todo caso esta peculiar fuente de financiación, conectándola, además, no con el nivel mínimo, sino con el nivel medio de prestación de los servicios.

¹⁰ La propuesta presentada por el Grupo Convergencia y Unión va más derechamente y sin disimulo: Expresamente se articula la extensión del Concierto a Cataluña.

¹¹ La Ponencia se halla integrada por los siguientes parlamentarios: Caballos Mojeda, Gracia Navarro, Moro Cárdeno y Pizarro Medina del Grupo Parlamentario Socialista; Oña Sevilla, Rojas García y Sanz Cabello del Grupo Parlamentario Popular; Caballero Cubillo y Romero Ruiz del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía; Dell’Olmo García y Moreno Olmedo del Grupo Parlamentario Andalucista.

¹² El Grupo Popular, además, propone “exigir al Gobierno de la Nación un nivel óptimo de inversión en infraestructuras e investigación, desarrollo e innovación en la búsqueda de la convergencia real con Europa”.

Pasando ya al bloque que el Informe de la Ponencia destina al “sistema de financiación”, nos vamos a detener únicamente en los puntos de Acuerdo alcanzados entre las diversas fuerzas parlamentarias. A este respecto, descuella el énfasis que el Informe pone en el *principio de igualdad* -tal vez reflejo de la singular fórmula de financiación bosquejada en primera lectura por el estatuyente catalán-, al que se califica como “valor supremo informador de todo el sistema” a fin de que “garantice la igualdad de derechos y no implique privilegios sociales y económicos entre los distintos territorios”. En segundo término, el acuerdo se extiende también a la noción de *autonomía fiscal y financiera*, que estaría garantizada por la existencia y ampliación de “espacios fiscales propios” y de “espacios fiscales compartidos con el Gobierno central”. La responsabilidad fiscal se extendería al conjunto de los impuestos compartidos, potenciándose mediante la “ampliación de las competencias normativas” de la Comunidad Autónoma.

El tercer principio que -según se reconoce generalizadamente- ha de articular el sistema es el de *suficiencia financiera*, que es definido en los siguientes términos en el Informe de la Ponencia: “instrumento que garantice los recursos necesarios para hacer frente a las competencias asumidas, atendiendo a las necesidades de gasto y la prestación de servicios públicos que corresponden a la Comunidad Autónoma”. Se precisa, de otro lado, que el “criterio básico para calcular la suficiencia debe ser el de la población”, así como que la misma “debe calcularse bajo el mismo patrón de igualdad para todas las Comunidades Autónomas”. Los ponentes acordaron igualmente que el futuro Estatuto debería destacarse la referencia a las asignaciones de nivelación, sin excluir la posibilidad de que, además de la sanidad y la educación -los servicios mencionados en el artículo 15 LOFCA-, el Estatuto pudiese referirse a otros servicios que pudieran ser considerados como fundamentales por la legislación estatal. El tratamiento de la suficiencia financiera en el Informe concluye con el siguiente párrafo, que nuevamente revela la preocupación de los parlamentarios andaluces por que el sistema de financiación autonómico no evolucione hacia fórmulas menos atentas al principio de solidaridad que la Constitución reclama (art. 156.1): “Igualmente, se debe garantizar la igualdad de acceso a los servicios públicos de toda la ciudadanía con independencia de su lugar de residencia y a la realización de la solidaridad entre las Comunidades Autónomas, así como la corrección de desequilibrios territoriales”. Y, directamente conectado con este asunto, el Informe también hace una específica referencia al *Fondo de Compensación Interterritorial*, propugnando su “potenciación... como instrumento para corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad.

Por último, se considera conveniente que el Estatuto pase a recoger el *principio de lealtad institucional*, en términos semejantes a los previstos en el artículo 2.1 e) de la LOFCA, precepto que fue introducido en la reforma efectuada por la Ley Orgánica 7/2001. Pues, en efecto, según el Informe, dicho principio ha de proyectarse en dos sentidos, a saber: “-Que el Estado mantenga mecanismos de compensación financieros por las modificaciones que lleve a cabo del sistema tributario, que supongan una minoración de los rendimientos que la Comunidad Autónoma tenga atribuidos. -El mismo tipo de mecanismo de compensación en relación a las medidas introducidas por el Estado que impliquen un mayor volumen de gasto en las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma”.

Manuel Medina Guerrero

DOCUMENTOS



La integración de la innovación, el aprendizaje, la dirección del conocimiento y la mejora continua de la calidad del servicio en la Administración Pública en el Modelo EFQM de Excelencia

Juan Ignacio Martín Castilla

Universidad Autónoma de Madrid
juanignacio.martin@uam.es

1. INTRODUCCIÓN

La innovación, modernización o transformación del sector público constituye una exigencia básica que reclama la sociedad en respuesta a la irrupción de un nuevo paradigma de Administración al servicio público inteligente, democrática y que necesita legitimarse día a día. La ciudadanía exige a su Administración que sea eficaz, eficiente, de calidad, y que oriente y aproxime la decisión política y su actividad a los ciudadanos. Y ello en un entorno dinámico, convulso, complejo e incierto que le obliga a afrontar sin dilación grandes retos de modernización y cambio.



Figura 1. Administración Pública inteligente y al servicio público

El nuevo paradigma de Administración Pública exige que ésta reúna las siguientes virtudes:

1. Al servicio público, inspirada en objetivos y orientada a resultados,
2. Relacional, orientada a la diversidad de grupos de interés, y del conocimiento,
3. Adaptada a la sociedad, y al entorno en general, flexible y anticipadora,
4. Democrática y participativa, con valores políticos y ética pública,
5. Competitiva, flexible y adaptativa,
6. Colaborativa, intra e interadministrativamente, y con otras instituciones y organizaciones privadas y de ámbito social,

7. Equilibrada en los servicios que asume entre sus competencias,
8. Inteligente¹, que innova y aprende.

Como diría Mendoza (1990), nos encontramos en una transición de un “Estado Social y del Bienestar” hacia un “Estado Relacional”, caracterizado por la interrelación social entre los diferentes agentes, económicos, políticos y sociales, y dominada por los aspectos intangibles y del conocimiento (Bueno, 2000).

Para Goodstein, Nolan y Pfeiffer (1993), la innovación permite a las organizaciones públicas estar en la vanguardia de la lucha contra la incertidumbre y, fundamentalmente, mejorar su cualificación reforzando su influencia en un entorno dinámico y complejo. De esta forma, según Morcillo (1997), la innovación se impone como única vía de desarrollo organizativo para la gestión del cambio y la formulación de soluciones de mejora creativas, en respuesta a los retos que plantea el entorno.

Por su parte, Thompson (1990) apunta a que la innovación, dentro de la dirección estratégica de una organización, resulta esencial para asegurar que ésta evoluciona en la dirección adecuada y que las estrategias adoptadas son revisadas, con el fin de asegurar su mejora, adaptación y renovación.

Una Administración Pública inteligente, que aprende, debe generar mecanismos de recogida de información de la sociedad, pero, esencialmente, debe generar ideas que la mantengan conectada a la realidad de ésta. Para Bazaga (1997), en la medida en que dicha información se transforme en conocimiento fortalecerá los procesos de pensamiento organizativo y la función pública integradora y agregadora de intereses.

La emergencia y desarrollo del conocimiento es la base de la innovación, la mejora en la toma de decisiones, y la gestión del cambio y facilita el diseño de una Administración Pública orientada al servicio público y que aprende.

La organización deberá propiciar entornos organizativos para la innovación, la creatividad, la transparencia y el enriquecimiento de conocimientos fruto de las interrelaciones e interacciones de todos los grupos de interés.

¹ Según Bueno (2003), para que una organización sea inteligente es preciso generar un “aprendizaje organizativo”, resultado de la interacción y superposición de los agentes que la conforman y con los que interactúa.

2. EL MODELO EFQM DE EXCELENCIA REFERENTE ÓPTIMO EN LA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La adopción de modelos universales de excelencia para la mejora de la gestión en las Administraciones Públicas constituye, al igual que en el sector privado, un instrumento valioso de búsqueda de la excelencia en los servicios que prestan, con el fin de cumplir al máximo las expectativas de los ciudadanos, destinatarios de sus servicios, proporcionando un instrumento para lograr la coherencia en la dirección estratégica a seguir.

Pero no debemos perder la perspectiva política y pública de la Administración, y caer en postulados centrados excesivamente en la gestión, perdiendo de vista las especificidades y la función para la que la sociedad se dota de la Administración Pública, desde una perspectiva también política y de participación de los diferentes agentes clave.

La tendencia actual en nuestro entorno cultural más cercano y, en concreto, en el ámbito público en España, es hacia la adopción del Modelo EFQM de Excelencia de la *European Foundation for Quality Management* como modelo de referencia. En España son cada vez más numerosas las Administraciones Públicas que han adoptado dicho modelo como referente estratégico: la Administración General del Estado (donde se dio el paso hace varios años), las Comunidades Autónomas (donde la mayor parte de ellas optaron por él) y las entidades locales. Quizá está menos desarrollado en aquellos municipios con menos recursos, debido, fundamentalmente, al gran esfuerzo de comprensión y aplicación que exige el modelo.

El Modelo EFQM posee como virtud fundamental su flexibilidad y carácter orientativo, motivador y abierto, que sirve de marco de referencia para establecer el proceso de mejora en la gestión, de orientación para las organizaciones que se embarcan por primera vez en la mejora de la calidad del servicio, así como para aquellas otras organizaciones más maduras en materia de calidad. Dicha flexibilidad y carácter abierto es precisamente la que sitúa en el punto de mira de la Administración Pública dicho modelo como referente óptimo en la dirección estratégica orientada a la mejora.

El Modelo permite definir en qué posición se encuentran las organizaciones en relación al modelo considerado como referente y determinar su situación actual, identificando puntos fuerte y áreas a mejorar, para, a partir de ahí, poder establecer su plan de mejora.

Otro atractivo del Modelo EFQM de Excelencia para la Administración Pública es su enfoque claramente humanista, que sitúa a la persona como centro de su actividad, contemplándola en sus múltiples facetas (ciudadano-cliente, personal, directivos, sociedad u otros grupos de interés) y considera a sus personas y aliados como “clientes internos” a los que también hay que orientarse a satisfacer. Asimismo, propone estructuras organizativas horizontales y enfatiza en actitudes éticas dentro de la organización y a todos los niveles en las que la persona sea el principal valor y motivación.

La aplicación del Modelo al Sector Público permite una amplia flexibilidad y riqueza de matices y puede ser aplicado a cualquier tipo de organización sea cual sea su tamaño y ámbito de actuación (sanidad, educación, hacienda, cultura, etc.) y la forma jurídica que adopte la organización.

El Modelo EFQM de Excelencia incluye los diversos componentes de la gestión de la calidad total en un modelo, lo que constituye la base sobre la que se articulan tanto el análisis como la posterior transformación de la organización.

La perspectiva del Modelo EFQM de Excelencia no conduce a la inacción, sino a una nueva forma de acción basada en una original y novedosa estructura del pensamiento, organizada, sistemática y orientada al movimiento.

El modelo EFQM remueve las conciencias de la organización y produce un efecto catalizador, provocando múltiples reacciones en cadena, irreversibles y exotérmicas, que liberan conocimiento y desencadenan, a su vez, nuevas interacciones, movilizándolo a las personas y subsumiéndolas en un proceso de mejora continua imparabile, alineándolas en la consecución de unos mismos objetivos y tutorizándolas, permitiendo su auto-formación en el propio ejercicio de la acción de mejora. Dicho efecto “devastador” y al mismo tiempo regenerador, orientativo, estimulante y centrado en las personas, es la razón que posiciona al Modelo EFQM de excelencia como un referente óptimo para la dirección estratégica de una organización pública embarcada en un proceso de modernización y cambio en respuesta al entorno descrito.

Podemos afirmar que el Modelo EFQM constituye un valioso referente en la gestión hacia la excelencia y posee múltiples aplicaciones y de él se pueden extraer diferentes beneficios. Según el acercamiento que haga una organización, las utilidades del mismo pueden concretarse en las siguientes:

1. Su filosofía sintoniza perfectamente con el paradigma de Administración al servicio público: democrática y participativa, con va-

lores políticos, relacional, orientada a la diversidad de grupos de interés; equilibrada; competitiva; colaborativa con otras organizaciones públicas y privadas, adaptada a la sociedad, al entono en general, flexible, anticipadora; e inteligente.

2. Es el Modelo adoptado por varias Administraciones Públicas europeas como referente estratégico, lo que permite realizar comparaciones entre sí y constituir una “plataforma” para el desarrollo e intercambio de experiencias y conocimiento.
3. Su flexibilidad y carácter orientativo (no prescriptivo), motivador y abierto, que sirve de marco de referencia para establecer el proceso de mejora en la gestión, de orientación para las organizaciones (o unidades administrativas dentro de éstas) que se quieran dirigir hacia la excelencia y compararse con dicho modelo, proporcionando un instrumento para lograr la coherencia en la dirección estratégica a seguir.
4. Ofrece un enfoque riguroso, holístico, sistemático y sistémico.
5. A través de la Autoevaluación, proporciona un instrumento objetivo, riguroso y estructurado para el diagnóstico y la mejora continua, facilitando la elaboración de los correspondientes planes de actuación.

La autoevaluación constituye una herramienta que permite a la organización llevar a cabo un examen global, sistemático y regular de sus actividades y resultados, definiendo en qué situación se encuentra, e identificando las áreas de mejora a considerar en sus planes de actuación. Asimismo, permite el análisis de la evolución en el tiempo de la organización en el camino hacia la excelencia.

6. Permite compararse con otras organizaciones o partes de éstas, tanto en el mismo, como en distinto ámbito de actuación.
7. Incluye los diversos componentes de la calidad total en un modelo, lo que constituyen la base sobre la que se articulan tanto el análisis como la transformación de la organización.
8. Permite la formación e involucración del personal en la mejora continua, motivándolo en la consecución de unos mismos objetivos.
9. Introduce ciertos elementos de superación y mejora continua, promoviendo la involucración y motivación del personal en las actividades de formación, trabajo en equipo, dirección estratégica orientada a la mejora, así como la innovación, creatividad, desarrollo del conocimiento, de mejora y en la definición de planes de mejora.

3. LA EVALUACIÓN DE RESULTADOS Y SU RELACIÓN CON LA INNOVACIÓN Y MEJORA CONTINUA DE LA CALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO

La adopción del Modelo EFQM de Excelencia como referente estratégico permite la adaptación anticipativa de la organización pública, la innovación y mejora continua, así como el aprendizaje necesario para el impulso y evolución de la organización pública.

La lectura del Modelo es desde la parte derecha (los Resultados), hacia la izquierda (los Agentes Facilitadores), o lo que es lo mismo desde la evaluación de los resultados alcanzados en relación a los diferentes agentes clave de la organización, hacia los Agentes Facilitadores, cuyo adecuado enfoque y despliegue permite la consecución de los objetivos marcados. De esta forma dicha lectura nos dirá que “*los resultados excelentes con respecto al Rendimiento de la Organización, a los Clientes, las Personas y la Sociedad se logran mediante un Liderazgo que dirija e impulse la Política y Estrategia, las Personas de la Organización, las Alianzas y los Recursos, así como los Procesos*”.

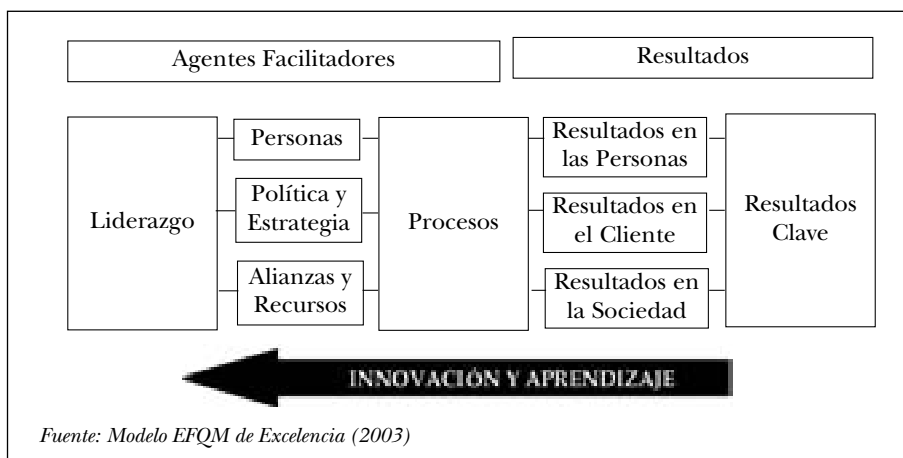


Figura 2. La innovación y el aprendizaje en el Modelo EFQM de Excelencia

La innovación y el aprendizaje deben permitir un proceso de retorno de información y del conocimiento adquirido al evaluar los resultados clave, y que va desde los diferentes agentes, niveles y unidades de la organización hacia la dirección de la organización, permitiendo establecer ajustes y actualizaciones sobre los considerados agentes facilitadores (Liderazgo, Política y

Estrategia, Personas, Recursos, Alianzas y Procesos). Así lo entiende el Modelo EFQM de Excelencia, y lo representa por medio de una flecha que refleja la naturaleza dinámica del Modelo, indicando que la innovación y el aprendizaje permiten un “feedback” o retroalimentación que potencia la mejora continua del valor aportado por los agentes facilitadores, lo que a la postre se traduce en una mejora de los resultados en sus diferentes ámbitos y en relación a los diferentes grupos de interés o “stakeholders”.

Para la medición de los resultados alcanzados con relación a los diferentes grupos de interés se podrá acudir al análisis de:

1. Las percepciones de los diferentes agentes clave.
2. Los indicadores de rendimiento con respecto a cada uno de los diferentes agentes clave.
3. Los resultados finales obtenidos con relación a los diferentes agentes clave.
4. Los indicadores “anticipadores”, que nos permitan prever los resultados que se alcanzarán en relación a los objetivos marcados.

Junto a la lectura horizontal del modelo desde los criterios resultados hacia los agentes facilitadores, existen mecanismos particulares a nivel de cada uno de los criterios agentes facilitadores, desarrollando procesos de evaluación, revisión y mejora o actualización del enfoque y despliegue de los mismos.

La filosofía y espíritu del modelo está impregnada de elementos “captadores de información” o sensores externos e internos que permiten a la organización, no sólo adaptarse continuamente, sino también anticiparse a los factores del entorno.

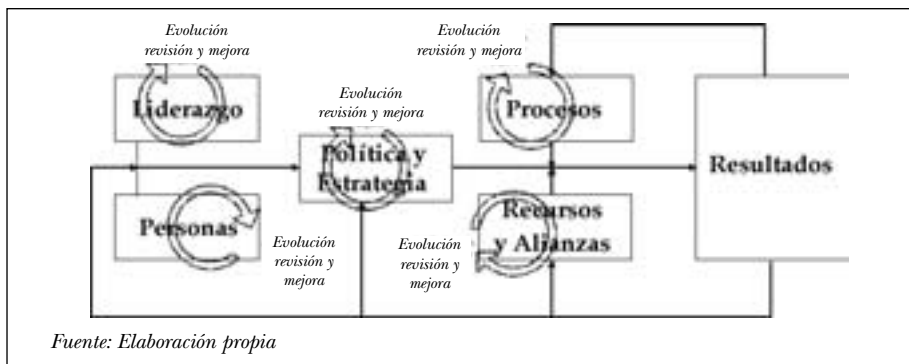


Figura 3. Motores de generación de conocimiento en el proceso de evaluación de resultados, revisión y mejora en el Modelo EFQM

Dichos sensores captan estímulos y envían impulsos neuronales al cerebro de la organización, que los traduce e interpreta, convirtiéndolos en “órdenes para la acción” dirigidas a cada uno de los elementos de ésta, lo que permite su transformación y mejora continua de esta. A su vez, cada elemento dentro de la organización posee sus propios sistemas de automodulación y autoadaptación (Evaluación, Revisión y Mejora).

Asimismo, desde la concepción del ciclo de mejora continua, la planificación se adapta al entorno en el marco de una estrategia anticipativa, permitiendo la innovación y mejora continua de la calidad del servicio al ciudadano y, por ende, una Administración en transformación y moderna, permitiendo un enfoque de dirección estratégica (Morcillo, 1997).

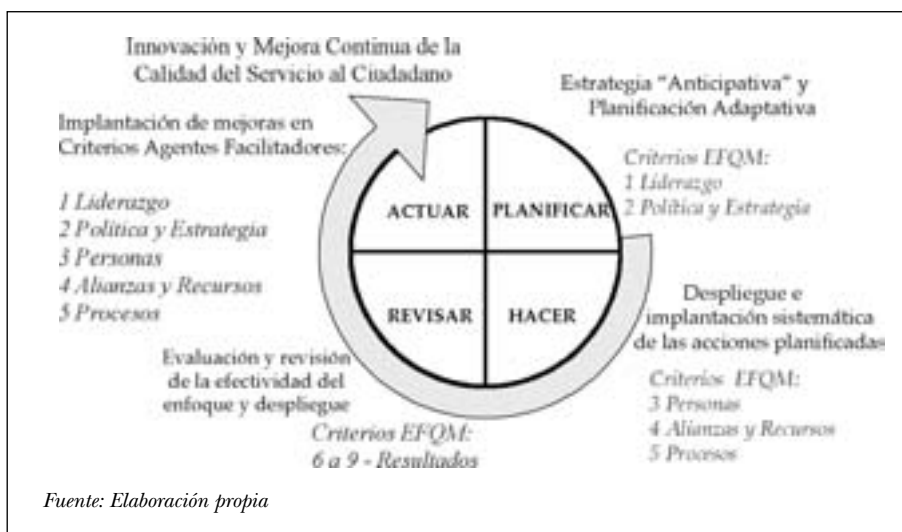


Figura 4. La evaluación de resultados y su relación con la innovación y mejora continua de la calidad en el marco del Modelo EFQM de Excelencia

La organización, apoyada en un liderazgo comprometido con la mejora continua, coherente, visionario y emprendedor, diseñará una política y estrategia que le permitirá desarrollar su misión para alcanzar su visión. Visión que, desde la conciencia de los propios recursos y capacidades de que dispone la organización, deberá ser sensible al entorno y las necesidades y expectativas (actuales exteriorizadas y potenciales latentes o emergentes) de la ciudadanía. El despliegue de la estrategia se apoyará en las personas que integran la organización, los aliados, los recursos de que dispone ésta, poniendo en marcha

una serie de procesos clave específicos para el logro de los objetivos. A lo largo de la implantación de la estrategia, se deberán desarrollar mecanismos de evaluación y revisión de la efectividad del enfoque y despliegue adoptados para los mencionados agentes facilitadores (liderazgo, política y estrategia, personas, alianzas y recursos, procesos). Dicha revisión se podrá acometer a partir de los criterios resultados. Como consecuencia de todo el proceso anterior, la organización podrá identificar las posibles áreas de mejora que le permitirán actualizar tanto el enfoque como el despliegue de los diferentes criterios agentes facilitadores, emprendiendo así un nuevo ciclo de mejora continua.

4. LOS SENSORES Y SISTEMAS COGNITIVOS AL SERVICIO DE LA INNOVACIÓN Y MEJORA DE LA ORGANIZACIÓN PÚBLICA EN EL MODELO EFQM

La legitimación de la Administración Pública se basa en su carácter instrumental al servicio de la búsqueda de una sociedad del bienestar. Ello tiene las siguientes implicaciones:

- I. Administración al servicio público.
- II. Involucración y participación democrática de los diferentes grupos de interés, tanto en la elección a nivel político, como en su involucración y participación en las decisiones y actuaciones que les puedan atañer, así como en la gestión pública.
- III. Eficacia, eficiencia, economía y calidad del servicio al ciudadano.
- IV. Equilibrio en los servicios a prestar, en función de aspectos de índole social, política o económica que tengan especial incidencia en la búsqueda de la sociedad del bienestar.

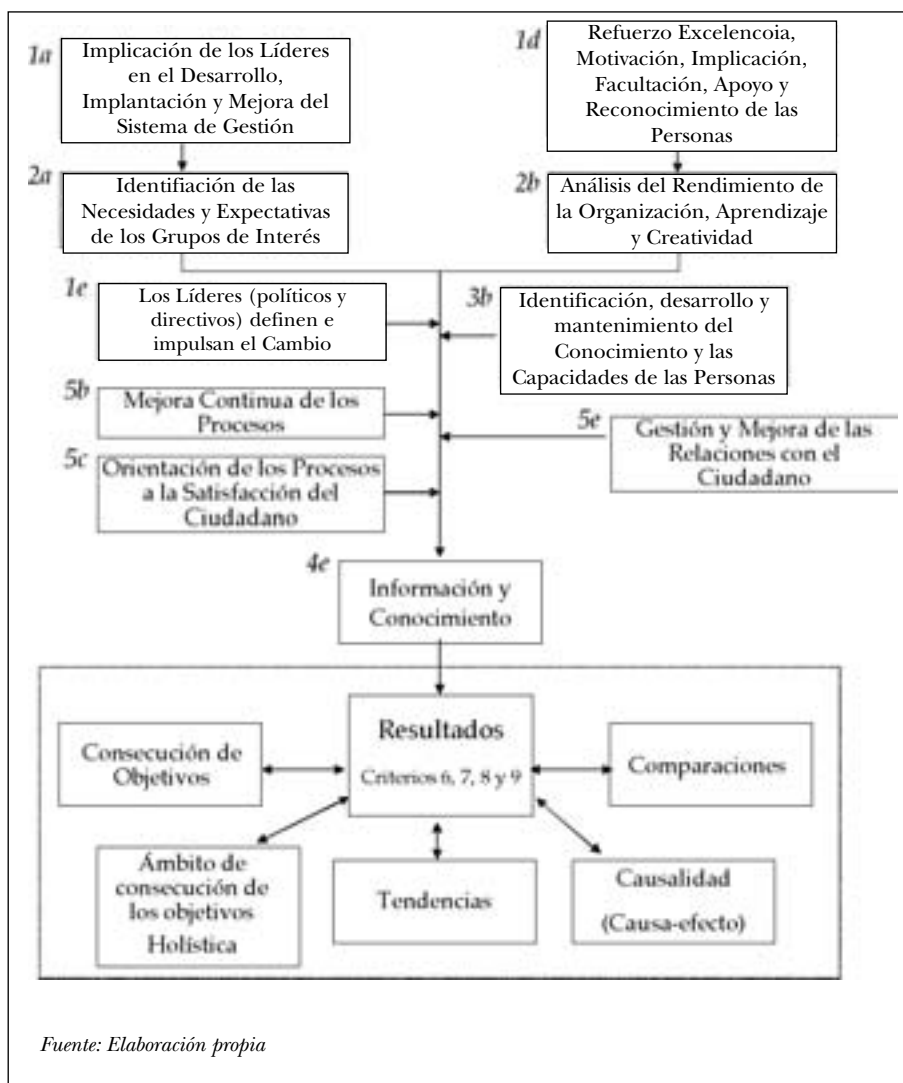


Figura 5. Los sensores y sistemas cognitivos al servicio de la innovación y mejora de la organización pública en el Modelo EFQM de Excelencia

A partir de las premisas anteriores, y de la visión del modelo de servicio público que se quiere, la organización pública deberá enfrentarse a un entorno complejo, dinámico, e incierto; y hacer compatibles ambos aspectos.

Una vez hecho un análisis del entorno, la organización pública deberá también analizarse y comprenderse a sí misma. Resulta por ello un factor fundamental, e incluso de supervivencia del actual modelo de bienestar, el disponer de “sensores” altamente precisos que permitan la captación, transmisión e interpretación de dicha información.

A este nivel, el Modelo EFQM de Excelencia tiene integrados en su estructura los siguientes sensores:

1. **Subcriterio 1c:** Implicación de los líderes con los diferentes grupos de interés: ciudadanos, colaboradores, aliados y representantes de la sociedad, etc.

Los líderes no deberán olvidar la gran importancia del desarrollo de una democracia participativa, creando los espacios de participación necesarios, buscando el refrendo y consenso continuo de los diferentes agentes clave (en especial la diversidad de colectivos, y en su caso, representantes de los mismos) y a la hora tanto de diseñar las políticas, planes, programas, etc., como de implementarlos de forma adaptativa, recogiendo la pluralidad de sensibilidades e intereses reflejo de la riqueza de la sociedad democrática, e incluso asumiendo la crítica. Dicha involucración y receptividad a las inquietudes de la sociedad será extensible tanto a los directivos políticos como de la Administración.

Este aspecto es fundamental en el liderazgo (tanto político como directivo) en la Administración Pública en una democracia participativa y así, Pfeffer (1992) apunta a que a lo largo del proceso de liderazgo habrá que evaluar en qué medida el líder ha sido capaz de formular, desarrollar e implantar una estrategia que satisfaga los cambios que la sociedad demanda de la Administración y el nivel en que ésta es eficaz en la respuesta a un problema social, sin perder de vista la necesaria consideración del campo de fuerzas político y de poder.

2. **Subcriterio 1d:** Los líderes refuerzan la excelencia, implican y facultan a las personas, interactúan con ellas, las apoyan, motivan y reconocen sus esfuerzos.

En dicho sentido, resulta fundamental la transmisión y promoción entre las personas de la organización de un espíritu de servicio público a la sociedad y la orientación al ciudadano, así como los objetivos globales de la organización y cómo se traducen en los individuales en cada puesto de trabajo.

Para ello, se habrá que articular una adecuada comunicación de la estrategia a través de una serie de canales de comunicación fluidos y

activos entre el equipo de dirección y de las personas y tanto descendente como ascendentemente.

La organización pública y sus líderes deberán promover la participación e involucración del personal en grupos e iniciativas de mejora, la innovación, creatividad y espíritu emprendedor de las personas al servicio de la mejora continua de la gestión y el valor aportado por el servicio al ciudadano, favoreciendo un clima de refuerzo en la asunción de responsabilidades, creatividad e innovación y el sentimiento de pertenencia e identificación con el proyecto de la organización.

3. Subcriterio 2a: Identificación de necesidades y expectativas de los diferentes grupos de interés.

En el nuevo paradigma de Administración al Servicio Público, resulta fundamental la involucración, participación y orientación hacia la satisfacción de los diferentes agentes o grupos de interés (*Stakeholders*).

Resulta evidente que, en un contexto como el señalado, de globalización, interconexión, dinamismo y complejidad; la organización pública gestione “mirando hacia el exterior aunque poniéndolo en relación con lo interno” (Bazaga, 1997), de forma que “el pensamiento global y la conciencia del entorno constituyen el origen de la búsqueda de nuevos enfoque para la acción pública”.

Ello exige que la organización conozca la realidad social de los diferentes colectivos, y de los ciudadanos en general, y asuma su papel de servicio como Administración Pública, adecuando la organización estructural y funcionalmente al ejercicio de sus competencias y prestación de los servicios correspondientes.

4. Subcriterio 2b: La política y estrategia se basa en el análisis de la información de los indicadores de rendimiento, la investigación, el aprendizaje, la creatividad y la identificación de las mejores prácticas externas y modelo a seguir (“*Benchmarking*”).

Una de las posibles vías para obtener información es a partir de indicadores de actividad, cuadros de mando, así como a través del aprendizaje proporcionado por:

- La experiencia.
- El análisis de los resultados alcanzados por la organización.
- El análisis de las mejores prácticas identificadas en otras organizaciones consideradas modelo a seguir.
- La formación del equipo directivo.

- La aportación del personal a través de los grupos de mejora, iniciativas y sugerencias.
 - Las sugerencias, quejas o reclamaciones de los ciudadanos o usuarios del servicio.
 - Encuestas de opinión, calidad y de satisfacción realizadas a los ciudadanos-clientes, índices de percepción de la calidad.
 - El desarrollo del conocimiento procedente de: la experiencia y los resultados de la organización, los clientes externos e internos, las personas que integran la organización, los proveedores y otros aliados, la competencia/el entorno del mercado, organizaciones similares, consideradas modelo a seguir, agentes sociales y comunidad investigadora, otros agentes.
5. Subcriterio 1e: Los líderes (políticos y directivos) definen e impulsan el cambio, desde la comprensión de los fenómenos internos y externos que impulsan la transformación y modernización de la organización pública.
- Como señalaban Goodman y Kurke (1993) “los cambios planificados en una organización pueden aumentar la adaptabilidad, y la adaptabilidad puede producir cambios planificados”. En respuesta al gran reto de cambio y modernización, la sociedad demanda una Administración inteligente, pensante, flexible y adaptativa, de forma que la modernización de la gestión pública y la mejora de la gobernabilidad deben ser prioritarias para los líderes públicos. De este modo, Villoria y Del Pino (2001) apuntan que el éxito está íntimamente vinculado a la capacidad de los dirigentes públicos de la Administración de identificar los posibles escenarios de futuro que condiciona el entorno externo y aprovechar el conocimiento del campo de fuerzas político en que se sitúa para desarrollar estrategias que permitan la implantación, de forma que el siguiente paso será la “rutinización” y el cambio. De esta forma el directivo y líder público deben ser auténticos emprendedores (MAP, 2000).
6. Subcriterio 3b: Identificación, desarrollo y mantenimiento del conocimiento y las capacidades de las personas que integran la organización.
- Los responsables de la organización deberán perseguir la adecuación de las capacidades de las personas a los requisitos específicos de cada puesto de trabajo, aplicando una gestión por competencias (Bueno y Morcillo, 1997), dirigida a identificar la diferencia entre las competencias disponibles y las competencias precisas para el desarrollo de

la estrategia, desarrollando las correspondientes acciones correctoras a través de acciones formativas de sensibilización, comunicación o de desarrollo de habilidades.

Se deberá favorecer y promover la participación de las personas en las acciones formativas y el desarrollo del conocimiento y las habilidades en cada puesto de trabajo, que permitan la mejora la empleabilidad (o cualificación del personal que le capacite para mejorar su posición profesional), y su eficacia.

7. Subcriterio 5b: Mejora continua de los procesos, recabando información de las aportaciones innovadoras de los grupos de interés. Una organización pública orientada a la excelencia promueve la creatividad, innovación y participación de las personas (tanto las que integran la organización como otros agentes clave) en la mejora continua o modernización de la organización, implantando formas innovadoras de organización, gestión y operación para mejorar los procesos y aprovechando las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías en la mejora de los procesos.

8. Subcriterio 5c: Orientación de los procesos a la satisfacción del ciudadano, desarrollando, en su caso, nuevos servicios. La orientación del servicio y, por consiguiente, de los procesos y procedimientos exige conocer de las necesidades y expectativas del ciudadano. Para ello, la Administración Pública puede acudir, entre otras, a las siguientes herramientas:
 - Análisis cualitativo y cuantitativo del entorno.
 - Encuestas de necesidades/expectativas de los ciudadanos.
 - Reuniones con agentes representativos (asociaciones de consumidores, etc.).
 - Encuestas de opinión/satisfacción y de percepciones a ciudadanos.
 - Encuestas a empleados sobre su percepción del nivel de satisfacción y las necesidades y expectativas de los ciudadanos.
 - Grupos de mejora compuestos por personal de la organización.
 - Grupos de trabajo con usuarios.
 - Análisis de sugerencias, reclamaciones e iniciativas de mejora tanto del cliente como de los empleados.
 - Empleo de la técnica de “Cliente Anónimo”, es decir una persona que se hace pasar por un cliente, generalmente con alguna problemática o particularidad extrema, para analizar el nivel de servicio que recibe.

- Comparación con los servicios ofrecidos por otras organizaciones.
- Medición de la evolución de las necesidades y expectativas del ciudadano.
- Relación entre las nuevas tecnologías y posibles nuevas necesidades o demandas de los clientes (por ejemplo la tramitación telemática).

A continuación, será preciso conocer los parámetros o atributos del servicio (Mapas de Calidad) que el ciudadano o usuario tiene en consideración, a la hora de evaluar el nivel de satisfacción obtenido en la utilización del mismo (accesibilidad, transparencia, procedimientos administrativos simples, claridad en el lenguaje, formularios/impresos de fácil comprensión y cumplimentación, información adecuada y puntual, trato amable, tiempo de respuesta, acierto, precisión, etc.). Al mismo tiempo, se identificará la importancia relativa que el ciudadano otorga a cada uno de los atributos del servicio. Posteriormente, la organización podrá identificar las diferentes tipologías de destinatarios del servicio y segmentarlos, atendiendo a las diferentes necesidades y expectativas con respecto al servicio/producto.

9. Subcriterio 5e: Gestión y mejora de las relaciones con el ciudadano, recabando información de éste.

La organización pública deberá identificar las expectativas con respecto al servicio y las percepciones de los ciudadanos con respecto a la calidad recibida. Para ello deberá disponer de sistemas formales de seguimiento, control y evaluación periódica de la calidad del servicio que permitan articular mecanismos de ajuste y mejoras oportunas y ágiles.

Dichos mecanismos, se deberán articular tanto alrededor de la obtención de la opinión o percepción de los ciudadanos, como en torno al análisis de indicadores de rendimiento.

10. Subcriterio 4e: Información y conocimiento, dirigido a la innovación y creatividad.

La actividad propia de la Administración Pública depende enormemente de su orientación a la creación y uso del conocimiento. La optimización de la gestión de la información y la dirección del conocimiento implican que la organización desarrolle un proceso sistemático de captar e incorporar, generar, adaptar, estructurar y almace-

nar, transmitir y reutilizar la información y conocimiento adquirido, con el objetivo de aprovechar dicho capital intelectual, diseñar y desarrollar apropiadamente su estrategia y permitir su actualización y mejora continua.

La organización pública deberá identificar los ámbitos en los que la gestión de la información y conocimientos resultan factores críticos, así como la información relevante dentro de dichos ámbitos.

Al mismo tiempo, identificará las necesidades de información en cada puesto de trabajo y define los mecanismos adecuados para gestionar la transmisión de la misma.

A continuación, deberá desarrollar mecanismos para la captación e incorporación de la información adecuada relativa a los resultados alcanzados, estableciendo un feedback o retroalimentación que permita la toma de decisiones para realizar los ajustes y mejoras adecuados.

11. Criterios Resultados obtenidos en los agentes facilitadores, analizados a través de la evaluación de:

La consecución de objetivos previstos,

El ámbito de consecución de los objetivos, contemplado de una forma holística,

Las tendencias positivas, buen rendimiento y sostenibilidad de los mismos,

El principio de causalidad o relación causa-efecto. Es decir, los resultados deberían ser consecuencia de un adecuado enfoque de los criterios agentes facilitadores,

Las comparaciones temporales de la organización consigo misma, con relación a otras organizaciones consideradas modelo a seguir y a similares.

5. LA AUTOEVALUACIÓN EFQM: UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS PUNTOS FUERTES Y ÁREAS DE MEJORA DE LA ORGANIZACIÓN

La autoevaluación supone un potentísimo instrumento que provoca el afloramiento o emergencia de conocimiento en la organización, en forma de puntos fuertes y áreas de mejora. La autoevaluación remueve las conciencias de la organización y, a continuación las estimula e imbuje en un torrente hacia la acción a través de un Plan de acción.

La incorporación del aprendizaje adquirido tras la evaluación en desarrollo de planes de mejora, otorga un carácter dinámico al modelo, que le capacita para emprender una dirección estratégica adaptativa.

La autoevaluación permite realizar un examen global, sistemático y regular de las actividades y resultados de una organización comparados con el Modelo EFQM. Proporciona un enfoque objetivo, riguroso y estructurado para el diagnóstico e impulso de la mejora continua. Nos atreveríamos a decir que el propio Modelo adquiere vida propia y tutoriza a la organización a lo largo del proceso de auto-reflexión. Reflexión que en sí misma también se convierte en un proceso de transmisión del conocimiento que alberga el modelo EFQM a las personas que intervienen en la misma.

Como resultados de dicho proceso, la organización pública podrá definir unos puntos fuertes (elementos facilitadores y “palanca para avanzar”) y unas áreas de mejora. A partir de dichos elementos, se podrá diseñar un plan de actuación estratégica que defina las líneas de acción y las ordene atendiendo al nivel de prioridad e impacto en la organización, asigne recursos y responsables de la implantación y que, además, incluya medidas de seguimiento y control del progreso de las acciones a implementar y la evaluación de los resultados.

Por otra parte, la autoevaluación permite el llevar a cabo un análisis comparativo o “benchmarking” con relación a los competidores o a otras organizaciones consideradas modelo a seguir por sus buenas prácticas.

La generación de conocimiento fruto de un proceso de autoevaluación posee dos vertientes. Una primera vertiente, desde dentro de la propia organización, provocando el afloramiento de sus puntos fuertes y áreas de mejora. La segunda fuente de conocimiento, proviene de la actuación del Modelo EFQM como tutor, transmitiendo conocimiento “desde fuera” de la organización, en forma de mejores prácticas o modelos a seguir.

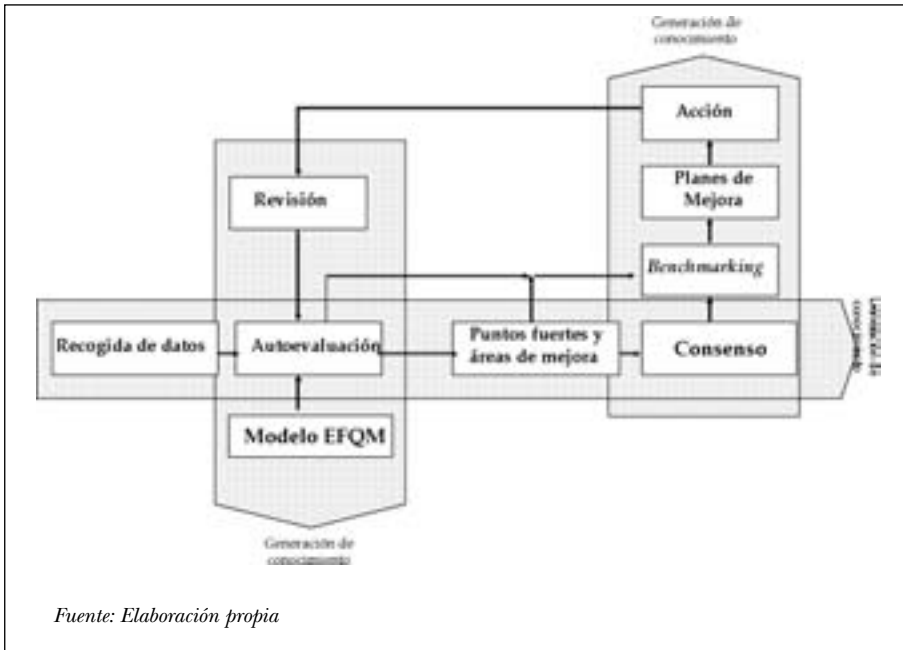


Figura 6. Vectores de generación de conocimiento en el proceso de autoevaluación EFQM

Por ende, la autoevaluación provoca interacciones entre las personas, que reunidas en torno al Modelo, en el marco de grupos de evaluación o mejora, son involucradas en el proceso y conducidas a entenderse y consensuar un diagnóstico. Ello supone la interacción, consistente en generación de ideas individuales, debate y controversia, defensa de posiciones y, finalmente, el consenso.

6. EL MODELO EFQM: INTEGRADOR DE LA INNOVACIÓN, EL APRENDIZAJE Y LA DIRECCIÓN DE CONOCIMIENTO EN LA MEJORA Y TRANSFORMACIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN PÚBLICA

La innovación facilita un proceso de generación de ideas que permite desarrollar nuevos servicios, nuevos procesos de prestación de los mismos, la racionalización, simplificación y normalización de los procedimientos administrativos, o nuevos sistemas e interacciones entre la Administración y el ciuda-

dano; en suma la orientación continua del servicio público a las necesidades de la sociedad.

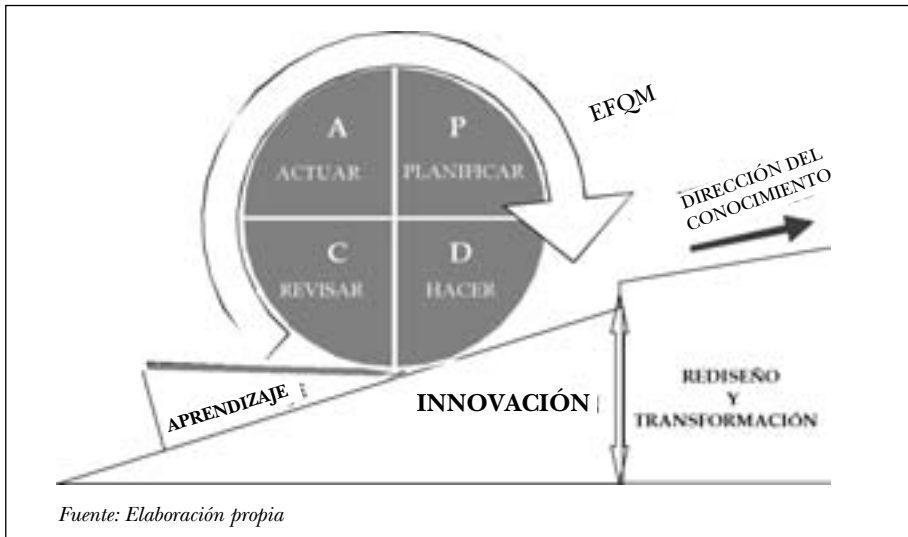


Figura 7. Vectores de generación de conocimiento en el proceso de mejora continua de una organización pública

Dicho proceso se puede dar a nivel de la relación con los ciudadanos, los propios procesos de gestión y de prestación de servicio (procesos clave), las tecnologías, la relación de las personas, la estructura organizativa, las alianzas, etc., con los siguientes tres objetivos:

- Acercar el servicio al ciudadano y reducir al máximo las diferencias entre sus necesidades y expectativas y la calidad del servicio realmente prestado por la organización pública.
- Adelantarse a las futuras necesidades de la sociedad y de sus ciudadanos.
- Gestionar la organización de forma eficaz, eficiente y flexible.

El éxito de una organización depende en gran medida del aprovechamiento del conocimiento y habilidades, de la creatividad innovadora y de la motivación tanto de su personal como de sus aliados: proveedores, colaboradores o los propios ciudadanos-clientes usuarios de los servicios, así como del aprendizaje organizativo.

El Modelo EFQM de Excelencia constituye el motor para la innovación y la alineación del conocimiento y la estrategia al servicio de la consecución de la misión de la Administración pública, confiriéndola inteligencia propia, permitiendo su transformación o modernización continua, y anticipación a las necesidades cambiantes de la sociedad. El aprendizaje organizativo supone una condición necesaria para la autorrealización de la organización (Gardner, 1963) y es un factor básico de la supervivencia, actuando como “palanca” que impulsa y hace avanzar a la organización, optimizando el valor aportado a la ciudadanía y, por tanto, confiere a la Administración Pública la inteligencia que le es requerida.

7. CONCLUSIONES

El nuevo contexto, dinámico, convulso, complejo e incierto, requiere una Administración alerta, con todos sus sentidos en disposición activa; sólo así logrará legitimar su función al servicio público y la receptividad necesaria.

La adaptación de la organización pública exige información, que deberá ser transformada en conocimiento, generar nuevas ideas y fortalecer los procesos de pensamiento organizativo y la función pública integradora y agregadora de intereses que la mantenga conectada a la realidad.

La organización pública, sistema complejo y dinámico, debe introducir de forma transversal y sistemática la innovación y la creatividad al servicio de la dirección del conocimiento, dotando de inteligencia a la Administración Pública para orientarse a la excelencia.

La adopción de modelos universales de excelencia para la mejora de la gestión en las Administraciones Públicas constituye, al igual que en el sector privado, un instrumento valioso de búsqueda de la excelencia en los servicios que prestan, con el fin de cumplir al máximo las expectativas de los ciudadanos. En dicho sentido, la tendencia actual en nuestro entorno cultural más cercano y, en concreto, en el ámbito público en España, es hacia la adopción del Modelo EFQM de Excelencia de la European Foundation for Quality Management como modelo de referencia.

A lo largo del presente análisis, se ha podido comprobar como el Modelo EFQM ofrece valiosos instrumentos en apoyo de la Administración Pública en proceso de modernización, desde sensores que permiten a la organización comprender el entorno, sus circunstancias internas, hasta sistemas que per-

miten traducir la información en conocimiento, facilitando la regulación de su funcionamiento, su adaptación y anticipación a las necesidades de la sociedad. Asimismo, el corazón impulsor o motor de la mejora continua es el ciclo PDCA o esquema REDER (Resultados-Enfoque-Despliegue-Evaluación-Revisión). Dicho esquema impregna y permea de forma holística todo el modelo. Como consecuencia de la traducción en conocimiento de la información, la innovación y transformación, la organización aprende y avanza.

8. BIBLIOGRAFÍA

Bazaga, I. (1997): “El análisis de las políticas públicas”, en Bañón, R. y Carri-
llo, E. (comps.), *La nueva Administración Pública*, Alianza Universidad Tex-
tos, Madrid, pp105-123.

Bueno, E. (2003): Ponencia pronunciada “*La cultura organizativa como facilita-
dor o barrera en la incorporación de tecnologías emergentes para la innovación*” en
la Jornada “Gestión empresarial de Tecnologías Emergentes”, organizada
por la Fundación para el Conocimiento. Madri+d, el 28 de mayo de 2003,
Madrid.

Bueno, E. (2000): “La dirección del conocimiento en el proceso estratégico de
la empresa: información, complejidad e imaginación en el espiral del co-
nocimiento”, en Bueno, E. y Salmador M.P. (Eds.): *Perspectivas sobre direc-
ción del conocimiento y capital intelectual*, I.U. Euroforum Escorial, pp.55-56.

Bueno, E. y Morcillo, P. (1997): *Dirección por competencias básicas distintivas: Pro-
puesta de un modelo de competitividad y evidencia empírica*, Documento IADE
nº 51, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid.

EFQM (2003): *Modelo EFQM de Excelencia. Versión para el sector público y las orga-
nizaciones del voluntariado*, Club Gestión de Calidad, Madrid.

Gardner, J.W. (1963): *Self-Renewal: The Individual and the Innovative Society*,
Harper & Row, Nueva York.

Goodstein, L.; Nolan, T.; y Pfeiffer, J.W. (1993): *Applied Strategic Planning*, Mc-
Graw Hill, Nueva York.

MAP (2000): *Libro Blanco para la Mejora de los Servicios Públicos*, Ministerio de
Administraciones Públicas, Madrid.

- Martín Castilla, J.I. (2002): *En Busca de la Excelencia: El Modelo EFQM en la Comunidad de Madrid*, Comunidad de Madrid.
- Martín Castilla, J.I. (2004): *El modelo EFQM referente óptimo en la dirección estratégica de la Administración Pública orientada a la excelencia*, Tesis Doctoral leída el 14 de septiembre de 2004, UAM, Madrid.
- Mendoza, X. (1990): “Técnicas gerenciales y modernización de la Administración pública en España”, *Revista Documentación Administrativa*, nº 223, julio-septiembre, 1990.
- Morcillo, P. (1997): *Dirección estratégica de la tecnología e innovación. Un enfoque de competencias*, Cívitas, Madrid.
- Pfeffer, J. (1992): *Managing with Power*, Harvard University Press, Boston.
- Thompson, J.L. (1990): *Strategic management*, Chapman and Hall, Nueva York.
- Villoria, M. y Del Pino, E. (2001): *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Tecnos, Madrid.

El descarte de las Leyes de Acompañamiento: ¿Un problema de coherencia política o de constitucionalidad?*

José Luis Martín Moreno

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN, CARACTERÍSTICAS Y PREVISIBLE FINAL DE LAS LEYES DE ACOMPAÑAMIENTO. II. TRES EJEMPLOS QUE ILUSTRAN LA INSEGURIDAD JURÍDICA QUE GENERA LA TRAMITACIÓN ACELERADA y LA DEFECTUOSA TÉCNICA LEGISLATIVA EMPLEADA EN ESTAS LEYES. A) *Cuando menos te lo esperas: modificación de un mismo impuesto y de un mismo precepto por dos leyes que se aprueban el mismo día.* B) *To be or not to be: that is the question.* C) *El último tranvía.* III. RESUMEN DE LA POSICIÓN MANTENIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN SU SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2003. IV. EL ESPERADO DESENLACE.

I. INTRODUCCIÓN: ORIGEN, CARACTERÍSTICAS Y PREVISIBLE FINAL DE LAS LEYES DE ACOMPAÑAMIENTO

La presente comunicación debería constar de los tres elementos clásicos que dan cuerpo a las novelas, es decir, planteamiento, nudo y desenlace. Con la licencia del lector, prescindo de los dos primeros y me centro en lo que pudiera ser el fin de las “leyes de acompañamiento”¹.

En efecto, en el ámbito estatal se ha anunciado el abandono de esta práctica legislativa, una decisión que puede y debe explicarse no sólo en clave política, como actitud exigible a quienes en su labor de oposición han combati-

* Comunicación elaborada por el autor para las VI Jornadas de la Función Consultiva.

¹ Las “leyes de acompañamiento” surgen en España como consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites al contenido posible de la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado. Las dimensiones que había de cobrar esta práctica legislativa, nacida en el ámbito estatal a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo, se evidencian ya en el ordenamiento autonómico en el ejercicio de 1997, en clara conexión con el reconocimiento de facultades normativas en materia de tributos cedidos. Desde entonces es apreciable la continuidad y reiteración anual de esta práctica legislativa en la mayor parte de las Comunidades Autónomas (dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 381/2003, entre otros).

do la aprobación de “leyes de medidas” heterogéneas y asistemáticas, sino también y sobre todo desde el punto de vista jurídico, dados los problemas de constitucionalidad que suscitan, sin que hasta el momento exista pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto.

El Consejo Consultivo de Andalucía ha expuesto con razón que el notable esfuerzo llevado a cabo para la depuración de las leyes del Presupuesto - adecuándolas al contenido que les es propio de acuerdo con el bloque de constitucionalidad- resulta empañado por el recurso a este tipo de leyes como alternativa para salvar, formalmente, las objeciones derivadas de la inadecuada utilización de las leyes de presupuestos como vehículo de modificación del ordenamiento jurídico (dictámenes 117/1996, 136/1997, 106/1998, 193/2001, 381/2003 y 292/2004).

Constatando la reiteración de este tipo de leyes en los últimos años, el Consejo Consultivo de Andalucía se ha remitido a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interrelación entre técnica normativa y seguridad jurídica (SSTC 46/1990, de 15 de marzo, y 150/1990, de 4 de octubre, entre otras), así como a la opinión institucionalmente expresada sobre las deficiencias técnicas que concurren en las leyes de acompañamiento (dictámenes del Consejo de Estado de 3 de octubre de 1996, 25 de septiembre de 1997 y 30 de septiembre de 1999, entre otros) y los efectos negativos que de las mismas se derivan (v.g.: informe del Consejo General del Poder Judicial de 15 de octubre de 1997).

Así, partiendo de las exigencias de claridad y certeza jurídica, los referidos dictámenes han destacado la necesidad de evitar el recurso abusivo a este tipo de leyes “que, como normas por definición heterogéneas, pueden traducir una deficiente técnica legislativa y ponen en peligro la seguridad jurídica”.

En el sentido indicado se advierte: *«son varias las instituciones que alertan sobre el peligro que encierra el recurso indiscriminado a las “leyes de acompañamiento” o “de medidas” y comienza a ser communis opinio que estas leyes, cuyo contenido no está delimitado constitucional o estatutariamente, a diferencia de las de presupuestos, no pueden tener un objeto ilimitado que les permita abordar cualesquiera materias»*.

Este comunicante quiere subrayar los nocivos efectos derivados de dicha práctica legislativa y para ello recurrimos a algunas experiencias negativamente sobresalientes.

II. TRES EJEMPLOS QUE ILUSTRAN LA INSEGURIDAD JURÍDICA QUE GENERA LA TRAMITACIÓN ACELERADA Y LA DEFECTUOSA TÉCNICA LEGISLATIVA EMPLEADA EN ESTAS LEYES

A) *Cuando menos te lo esperas: modificación de un mismo impuesto y de un mismo precepto por dos leyes que se aprueban el mismo día.*

Este supuesto, verdaderamente ejemplar de lo que no debe hacer el legislador para no poner en peligro la seguridad jurídica, lo describe Falcón y Tella² del siguiente modo:

“Un buen ejemplo de las consecuencias esquizofrénicas de esta pluralidad de normas lo constituye el hecho de que un mismo impuesto, y a veces incluso de un mismo precepto, se vea modificado el mismo día por varias leyes distintas. En la Ley de Presupuestos para 1997, por ejemplo, se modifica la deuda tributaria en la obligación real del IRPF, mientras que las sanciones por la falta de nombramiento de representante, también dentro de la obligación real del mismo impuesto, son objeto de modificación a través del artículo 6 de la Ley de Acompañamiento, Esta última, con notoria falta de sistemática, dedica al IRPF tanto la sección 1^a, (arts. 1 al 6) como la 8^a (arts. 14 y 15) del capítulo I del título I. Y, en concreto, el artículo 2 de la Ley de Acompañamiento, en su apartado tercero (relativo a la tributación de los derechos de imagen), fue objeto de modificación en la disposición adicional 2^a de la Ley de Cesión, pese a que ambas leyes fueron tramitadas simultáneamente y publicadas el mismo día, “lo que sólo se explica por la improvisación con que tan a menudo se tramitan procedimientos normativos en materia tributaria”.³

Igualmente llamativo resulta el caso del Impuesto sobre Sociedades, cuya Ley reguladora volvió a ser objeto de modificación por la Ley de Presupuestos (arts. 56 y 59 y DA 22.^a) y por la Ley de Acompañamiento antes citadas.

Entendemos con Falcón y Tella que el hecho de que la Ley de Presupuestos sólo pueda contener aspectos parciales de la regulación que se pretende llevar a cabo (por las limitaciones derivadas del artículo 134.7 de la Constitución), debiera haber llevado, por pura coherencia, a la inclusión entera de la nueva regulación en la Ley de Acompañamiento.

² Falcón y Tella, R.: «Ley de Presupuestos y Leyes de “acompañamiento”», presentación de la obra *Medidas Fiscales para 1997*, del mismo autor y de Martín Fernández, J., Natera Hidalgo, R., Rozas Valdés, J. A., y Serrano Antón, F., Civitas, 1997, págs. 30 y 31.

³ Falcón y Tella, R.: «Ley de Presupuestos y Leyes de “acompañamiento”...», *op. cit.* pág. 31.

El hecho de que el resto de las leyes acusen también el fenómeno de la precipitación y falta de coordinación en el procedimiento legislativo⁴ no altera ni un ápice la crítica consideración que hacemos de las “leyes de medidas”, pues éstas, por su propia génesis y por su heterogeneidad y defectuoso planteamiento estructural, multiplican los perniciosos efectos que lleva consigo la “legislación motorizada”.

El desatino de las “leyes de medidas”, que en ocasiones alcanza el grado de lo grotesco, es puesto de manifiesto por García de Enterría⁵ al comentar la de 1998, significando que en ella se llega a modificar una ley que aún no había entrado en vigor.

B) *To be or not to be: that is the question.*

El segundo ejemplo se refiere a la posible inconstitucionalidad por antinomia entre el artículo 24 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el artículo 26 de la Ley 21/2001, de la misma fecha.

Menos dramática desde luego que la duda de Hamlet, pero también paralizante es la antinomia que se planteó entre el artículo 24 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (24/2001, de 27 de diciembre) y el artículo 26 de la Ley por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (21/2001, de 27 de diciembre). Ambas publicadas el 31 de diciembre de 2001 y con la misma fecha de entrada en vigor.

⁴ Una muestra de ello, entre otras muchas que podrían ponerse, es la mención que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al concretar las prohibiciones de contratar, realizó a la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, que ya estaba derogada cuando aquella se publicó. En efecto, la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, había sido publicada siete días antes que la propia Ley de Contratos, sin que ésta lo tuviese en cuenta.

Otra más: la Ley 44/1999, de 29 de noviembre, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, afirma en su Exposición de Motivos que una vez entre en vigor el Tratado de Amsterdam, la política social comunitaria volverá a ser común a los quince Estados miembros. Resulta que dicha Ley se publicó en el BOE 286/1999, de 30 noviembre 1999, mientras que el referido Tratado había entrado en vigor seis meses antes (el 1 de mayo de 1999).

⁵ García de Enterría, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999.

Aunque no es un hecho inédito en la historia de la legislación española, se trata de un claro ejemplo de infracción del principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución. Con él se confirma la inseguridad que puede acarrear la técnica legislativa empleada por las “leyes de medidas”, tanto por su heterogeneidad material como por la celeridad y poca reflexión a que da lugar su paralela tramitación con la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Res ipsa loquitur.

El artículo 24 de la Ley 24/2001 modificó el artículo 36 y los apartados 2 y 4 del artículo 38 del Texto Refundido de Tasas Fiscales, aprobado por Decreto 3059/1966, de 1 de diciembre, de manera que la exigencia de tasas por la autorización, celebración u organización de rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias, requería en adelante un ámbito territorial de participación nacional o, al menos, superior al de una Comunidad Autónoma⁶.

Paralelamente se produce la cesión del rendimiento del tributo en favor de la Comunidad Autónoma correspondiente, siempre que el hecho imponible sea realizado en su territorio. Tal cesión se materializa en virtud del artículo 26 de la Ley 21/2001, publicada también, como se anticipó, el 31 de diciembre de 2001, y con la misma fecha de entrada en vigor; Ley especialmente cualificada por su alcance y significación desde el punto de vista del bloque de constitucionalidad.

La cuestión fue abordada por el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen 73/2002, que considera viable la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por infracción del artículo 9.3 de la Constitución, reproche que se realiza al artículo 24 de la Ley 24/2001 porque el mismo día fue aprobada otra norma legal difícilmente conciliable con ella, el citado artículo 26 de la Ley 21/2001.

6 Con posterioridad, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 12), da nueva redacción al artículo 36 del Texto Refundido de Tasas Fiscales, siendo el texto vigente del siguiente tenor: “Se exigirán estas tasas por la autorización, celebración u organización de rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias. Su exacción corresponderá al Estado cuando (...) el ámbito territorial de participación sea nacional o superior al de una Comunidad Autónoma. Por el contrario, será exigible por cada concreta Comunidad Autónoma cuando el ámbito territorial de participación no exceda del suyo propio”. La nueva acotación del hecho imponible restituye la sujeción de las rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias cuyo ámbito quede comprendido en el territorio de una Comunidad Autónoma.

Contra la norma de la que trae causa la nueva redacción que se acaba de transcribir consta la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña.

Comoquiera que el punto de conexión -ya sea bajo el supuesto de autorización por parte de la Comunidad Autónoma, ya bajo el de celebración sin ella- tiene como presupuesto que el ámbito territorial de tales rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias sea coincidente con el de la Comunidad Autónoma y este hecho es, a su vez, determinante de la no sujeción de tales juegos al hecho imponible de la tasa regulada en el artículo 36 del Texto Refundido de Tasas Fiscales, aprobado por Decreto 3059/1966, de 1 de diciembre, *se llega a una conclusión absurda: se cede un tributo inexistente.*

Según el Consejo Consultivo de Andalucía, bajo esa interpretación pueden compartirse los reproches a la situación creada por la simultánea aprobación y entrada en vigor de dos normas contradictorias, con olvido de la necesaria coordinación y armonía que debe observarse en el procedimiento de tramitación de las leyes. Pero, sobre todo, la situación creada ha de reputarse contraria a la seguridad jurídica garantizada en el artículo 9.3 de la Constitución, desde el momento en que se cede un tributo en supuestos que quedan extramuros del hecho imponible, según la redacción dada por el artículo 24 de la Ley 24/2001 al artículo 36 del Texto Refundido de Tasas Fiscales.

“Por consiguiente, se vulnera el principio constitucional de seguridad jurídica, entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1, entre otras), que en este caso no sólo opera en el plano de la relación que se establece entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el marco del sistema de financiación, sino también en el de la delimitación del hecho imponible y, por tanto, en el de las garantías de los contribuyentes, llamados a tributar sólo por los hechos legalmente establecidos. En suma, resulta procedente la calificación de inconstitucionalidad por antinomia, al amparo de lo que establece el artículo 9.3 de la Constitución.”

C) El último tranvía.

Un tercer ejemplo de falta de planificación en las tareas legislativas, descoordinación y precipitación, viene dado por las últimas modificaciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que muestra cómo son utilizadas a final de año las “leyes de acompañamiento”, evocando el episodio del pasajero descuidado que se ve obligado a coger el último tranvía para llegar a su destino. No es el caso de la canción del mismo nombre en la que se pregunta: “¿A qué tranvía esperas tú?... Se pierde el tiempo estando en cola, porque ha pasado ya el último tranvía.”

Por el contrario, en época de congestión y de largas colas se ha encontrado en las “leyes de acompañamiento” un instrumento maravilloso que más que un tranvía es un “tren bala”, sin parada en estaciones intermedias.

La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 309/2003, de 26 de diciembre), procede, a través de su disposición adicional decimocuarta, a la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Concretamente se modifican los artículos 2.e), 8, 9, 21.1, 37, 78,1, 80.2 y 110, añadiéndose también una disposición adicional (séptima).

Cinco días después de la publicación de dicha reforma aparece en el BOE la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 313, de 31 de diciembre), que vuelve a modificar la LJCA, en relación con las consecuencias derivadas de la falta de envío del expediente administrativo y las multas coercitivas para la ejecución de lo acordado (arts. 48, apartados 7 y 8, y 112 de dicha Ley).

No sólo existe desidia a la hora de justificar el porqué de dichas modificaciones y quedan sin explicitar qué circunstancias conducen a realizar dos modificaciones sucesivas en tan corto período de tiempo, sino que la vía utilizada oscurece el hecho mismo de la reforma y su alcance. Así, no son pocos los juzgados que siguen aplicando el “procedimiento ordinario” a recursos frente a actos de personal que dan lugar al nacimiento de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera, ya entrada en vigor la modificación del artículo 78.1 de la LJCA que determina la aplicación del procedimiento abreviado a los asuntos que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin la excepción antes prevista en dicha norma.

III. RESUMEN DE LA POSICIÓN MANTENIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN SU SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 2003

La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003 se adelanta al pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión al dar respuesta a la impugnación del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre Nuevas Formas de Gestión del Instituto Nacional de la Salud, formulada por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos.

En efecto, dicha sentencia considera improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que presta cobertura a la disposición reglamentaria impugnada. Frente a la conclusión de los actores, que consideran que el artículo 111 de la Ley 50/1998 supone una extralimitación del contenido propio de las “leyes de acompañamiento” y, por ende, lesiona el principio de seguridad jurídica, el Tribunal Supremo afirma la constitucionalidad de este tipo de leyes, destacando que resulta evidente que el artículo 134 de la Constitución sólo impone límites a las leyes de presupuestos, de manera que una ley ordinaria como la de acompañamiento, puede en principio abarcar cualquier materia, pues así lo permite la libertad de configuración normativa de que goza el legislador. No obstante, se destaca que la función legislativa está sujeta a límites constitucionales y entre ellos el de seguridad jurídica (FJ 5).

Tras analizar la jurisprudencia constitucional, señala el Tribunal Supremo que, al resolver los casos concretos, subsiste la tendencia a considerar los problemas de técnica legislativa como ajenos al Derecho, salvo en los posibles casos de notoria gravedad o clamorosos (FJ 6). No obstante, el rechazo del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no se funda en una afirmación generalizada de constitucionalidad respecto de esta categoría de leyes, que obviamente no podría realizarse, sino en que la concreta Ley analizada respeta los parámetros exigibles que pueden deducirse de la doctrina del Tribunal Constitucional.

En el sentido expuesto, después de advertir que las objeciones formuladas por la parte recurrente no son exclusivas de las denominadas “leyes de acompañamiento” (la técnica de introducir normas “intrusas” en cuerpos legales cuyo contenido es ajeno al regulado por ellas es relativamente frecuente en otras leyes), el Tribunal Supremo tiene muy en cuenta que el artículo 111 de la Ley 50/1998 introduce una modificación que no puede considerarse sustancial, porque tiene un valor sectorial (no resulta modificada la regulación general), aparte de que no hace sino concretar el régimen ya introducido por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud. Junto a ello, se significa que tal norma no puede considerarse ajena a la materia presupuestaria y responde a una problemática que ya venía siendo abordada, *“lo que reduce el margen de incertidumbre y falta de transparencia que permitiría considerar la existencia de una posible lesión del principio de seguridad jurídica”* (FJ 9).

La lectura que puede realizarse de dicha sentencia no conduce a afirmar la constitucionalidad de las “leyes de acompañamiento”, sino la del artículo 111 de la Ley 50/1998, siempre en opinión del Tribunal Supremo.

Lo más significativo de la sentencia es, precisamente, la alusión a determinados parámetros cuyo incumplimiento podría viciar de inconstitucionalidad a las “leyes de acompañamiento”: la abrupta introducción de una materia en estas leyes podría ser considerada contraria al principio de seguridad jurídica si se produce una *“modificación sustancial de las normas susceptibles de ser clasificadas en el concepto atípico de Derecho Codificado -dentro del cual podrían incluirse, en una primera aproximación, las leyes orgánicas, principales o básicas y que constituyen cabecera de grupo de los distintos sectores del ordenamiento-”*. Y ello cuando no se advierta *“una justificación suficiente para introducir en la Ley de acompañamiento una modificación legislativa cuya eficacia y certeza está en gran parte subordinada a su consideración en relación con el resto del sistema o subsistema en el cual pretende realizarse y cuyos efectos son susceptibles de proyectarse sobre un importante sector del ordenamiento. De resultar indispensable una modificación de tal naturaleza -sigue el TS- sería menester que la seguridad jurídica consistente en la garantía de la consistencia del ordenamiento producto del estudio y ajuste sistemático de la modificación y de la debida transparencia de su conocimiento se obtenga mediante técnicas normativas adecuadas que tengan su reflejo en el procedimiento de elaboración y en la sistemática de la norma o normas aprobadas y de los enlaces entre ellas”* (FJ 8).

IV. EL ESPERADO DESENLACE

A pesar de todo lo expuesto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no permite avanzar cuál será el desenlace de los recursos de inconstitucionalidad pendientes de resolución. En este sentido, cabe señalar que una de las últimas sentencias que abordan la presunta infracción del artículo 9.3 de la Constitución, en su vertiente de certeza, por la inclusión de un precepto sobre incompatibilidades en la Ley de Presupuestos Generales del Estado rechaza este motivo de inconstitucionalidad por dos razones: la primera porque lo considera susceptible de integrar el contenido eventual de estas leyes. La segunda porque *“el legislador en este caso no ha aislado el precepto de la legislación de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración, sino que lo ha integrado en el seno de la propia Ley de incompatibilidades...”* (STC 67/2002, de 21 de marzo); criterio que habrá que tener en cuenta en el futuro, porque, en sentido contrario, puede legítimamente interpretarse que si el precepto en cuestión permanece *“aislado”* se daña el principio de seguridad jurídica.

Corresponde ahora al Tribunal Constitucional decidir si las leyes de medidas recurridas constituyen un fraude respecto de su propia doctrina sobre los límites materiales de las leyes de presupuestos⁷ y lesionan el principio constitucional de seguridad jurídica. Mientras tanto, el legislador debe ser consciente de que la vía utilizada es expresión radicalizada de un fenómeno que exige prontas soluciones porque está en juego la credibilidad del Estado de Derecho⁸.

Siendo cierto que el juicio sobre la alegada inconstitucionalidad ha de recaer individualizadamente sobre cada una de las leyes que han sido objeto de impugnación, es preciso también resaltar que si se acepta que las “leyes de acompañamiento” constituyen un rodeo o artificio para eludir los límites ma-

⁷ Los argumentos al respecto son muy defendibles, lo que ha permitido llegar a esta conclusión a numerosos autores. En este sentido, nos remitimos a lo expuesto por Falcón y Tella («Leyes de Presupuestos y Leyes de “acompañamiento” un posible fraude a la Constitución», editorial de Quincena Fiscal, núm. 22, Aranzadi, diciembre-1994); Antón Pérez («Reformas tributarias: perspectivas jurídicas», Hacienda Pública Española, núm. 2, 1994, pág. 190) Olalde Martín («Ley de Presupuestos versus Ley de Acompañamiento», *Impuestos*, núm. 24, año 11, 15 de diciembre de 1995, págs. 29 y 37, y «La constitucionalidad de la Ley de Acompañamiento», en *Expansión*, 7 de febrero de 1997, pág. 46; pronunciándose abiertamente en favor de la declaración de inconstitucionalidad por los mismos vicios apreciados respecto de las leyes de presupuestos); Martín Queralt, J. «La Ley de Acompañamiento o el sinvivir del Derecho», en *Tribuna Fiscal*, núm. 74, diciembre de 1996, págs. 5 y 6); Ferreiro Lapatza («Estatuto del contribuyente o Estatuto de la Administración Tributaria», *Quincena Fiscal*, núm. 10, mayo de 1997, pág. 14) y Martínez Lago, M.Á. (*Ley de Presupuestos y Constitución*, Trotta, Madrid, 1998, págs. 133 y ss. y especialmente las págs. 140, 141 y 151). Asimismo, Sánchez Blázquez, V. L., considera que la aparición de las leyes de acompañamiento tiene que ver con la respuesta del legislador ante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que como hemos visto se endurece en la STC 76/1992, de 14 de mayo, lo que explicaría que la primera de dichas leyes fuese la 22/1993, de 29 de diciembre «Las Leyes de Presupuestos y las Leyes de Acompañamiento», en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 242, 1996, págs. 868 y 869).

⁸ Al referirse a las críticas a la actual legislación, Erico Bülow señala que en Alemania se ha llegado a debatir incluso si el fenómeno del aluvión normativo está amenazando los postulados de la democracia y poniendo en peligro el Estado de Derecho (en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Capítulo XIV, *La Legislación*, segunda edición, traducción de Antonio López Pina, Marcial Pons, Madrid, 2001, págs. 762 y ss.). Siendo claro, como destaca dicho autor, que la ampliación de las tareas del Estado no puede, por menos, que suponer un mayor volumen de legislación, también lo es que resulta una gran paradoja que la producción legislativa se haya llegado a contemplar como una amenaza para el Estado de Derecho. Para evitar esta situación el Gobierno federal alemán ha creado una comisión para simplificar las normas y la Administración (la llamada Comisión Waffenschmidt), que ha efectuado numerosas propuestas de desreglamentación.

teriales de las leyes de presupuestos⁹, según han sido entendidos por el Tribunal Constitucional; si se considera que la inclusión en ellas de preceptos que no constituyan complemento necesario de las leyes de presupuestos daña la seguridad jurídica y se reconoce asimismo que las circunstancias en que se desenvuelve la tramitación de estas leyes se traducen en un cumplimiento deficiente de las tareas de deliberación, publicidad e integración de intereses¹⁰, no resulta coherente la conclusión de que las mismas no llegan a incurrir en inconstitucionalidad, sino que simplemente entrañan un desdoro para el papel político central propio de la institución parlamentaria¹¹.

⁹ Esta es la pregunta que formula y casi deja contestada Rodríguez Bereijo («Jurisprudencia constitucional y Derecho presupuestario. Cuestiones resueltas y temas pendientes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, núm. 44, mayo-agosto de 1995, págs. 53 y 54). No obstante, y después de cuestionar si cabe cualquier contenido normativo en estas leyes sin lesionar el principio de seguridad jurídica y las competencias del poder legislativo en materia financiera, reconoce que no es posible dar una respuesta apriorística y que es difícil deslindar dónde acaban los problemas de técnica jurídica y empiezan los de constitucionalidad de las leyes.

¹⁰ Bocanegra Sierra pone de manifiesto que muchas de estas leyes, aun respetando la reglamentación puramente formal, se articulan de modo que se hurta el debate (inclusión de normas que pasan desapercibidas en un proyecto cuyo título no responde a su contenido, disposiciones adicionales o finales que nada tienen que ver con el resto del articulado, en ocasiones introducidas por vía de enmienda en el Senado pese a la más absoluta falta de relación con la ley que se tramita); supuestos que dañan la seguridad jurídica y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Bocanegra Sierra, Raúl: «Observaciones sobre el régimen jurídico de la empresa nacional Santa Bárbara y la posible inconstitucionalidad de las leyes de acompañamiento de los Presupuestos», en *Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, obra coordinada por Francisco Sosa Wagner, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, págs. 2571-2573).

¹¹ Véanse, a este respecto, las apreciaciones que figuran en el prólogo que Álvaro Rodríguez Bereijo realiza a la obra de Cazorla Prieto *Las llamadas Leyes de Acompañamiento Presupuestario, sus problemas de constitucionalidad*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 1998, págs. 10 y ss. Por eso consideramos que las consecuencias que últimamente extrae Cazorla Prieto de esta práctica parlamentaria («Comentario al artículo 134 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, 3.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, págs. 2286 y 2287) no se corresponden con la gravedad del problema, en el que se involucran cuestiones que desbordan lo que, desde perspectivas distintas, no sería sino un problema de técnica legislativa, Las afirmaciones de Cazorla Prieto en la obra que se acaba de citar contrastan claramente con las conclusiones explicitadas en su libro sobre *Las llamadas Leyes de Acompañamiento, sus problemas de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 1998, en el que expone que en la parte que no podría haber sido incluida en la Ley de Presupuestos las leyes de acompañamiento incurrir en fraude a la ley constitucional y advierte que la incorporación que realizan de preceptos que no constituyen un complemento necesario de dichos Presupuestos constituye una vulneración del principio de seguridad jurídica y tiñe la norma en cuestión de decidida inconstitucionalidad (pág. 138).

Aunque el Tribunal Supremo ha sentado -entendemos que como punto de partida- una serie de parámetros conectados con las exigencias deducibles de la jurisprudencia constitucional, sobre todo con la establecida en relación con el contenido material de las leyes de presupuestos, corresponde ahora al Tribunal Constitucional refrendar esta doctrina, que arroja importantes dudas sobre la constitucionalidad de diversas disposiciones introducidas en anteriores leyes de medidas. Mientras tanto se siguen sucediendo duras críticas y recursos¹², con la novedad que significa el propósito de enmienda que parece observarse recientemente, al menos en el ámbito estatal.

¹² Algunas de ellas tremendamente significativas por estar formuladas por quienes son o han sido parlamentarios con responsabilidades en las Cámaras. Así Jorge Trías Sagnier, que fue diputado en la VI Legislatura y portavoz del Grupo Popular en la Comisión Constitucional, critica la “arbitraria decisión” que, en su opinión, supuso la introducción de una enmienda en la Ley de Medidas, durante su tramitación en el Senado -sin debate previo alguno en el Consejo de Ministros y en el Congreso-, por la que se impide a las personas físicas o jurídicas que participen en el capital de una sociedad concesionaria de un servicio público de televisión de ámbito estatal, participar en otras sociedades concesionarias de televisión, cualquiera que sea su ámbito de cobertura (Diario *ABC* de 29 de noviembre de 2002). Este autor termina su artículo de opinión afirmando que “sean cuales sean los intereses que defienda, si el PSOE recurre la Ley de Acompañamiento no sólo hará un buen servicio a la regeneración democrática, sino que provocará que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse de forma rotunda sobre tan espurias, fraudulentas y antidemocráticas formas de legislar”.

El nuevo procedimiento disciplinario de los abogados

Gloria Ortega Reinoso

Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad de Granada.

1. PLANTEAMIENTO.- 2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DENUNCIANTE.- 2.1. EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR COMÚN.- 2.1.1. Doctrina tradicional.- 2.1.2. Crítica a la doctrina tradicional.- 2.1.3. La Ley 30/92.- 2.1.4. El RD 1398/93 (RPS).- 2.1.5. Nueva Doctrina.- 2.2. EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS.- 2.3. EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE LOS ABOGADOS.- 3. LA DENUNCIA.- 3.1. EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES.- 3.2. EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE LOS ABOGADOS.- 4. LA INFORMACIÓN PREVIA.- 4.1. EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR COMÚN.- 4.2. EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE LOS ABOGADOS.- 4.2.1. Actuaciones previas *sui generis*.- 4.2.2. Información previa.- 4.2.3. El denunciante abogado es más interesado.- 5. CONSIDERACIONES FINALES.- 5.1. EL MALTRECHO SECRETO PROFESIONAL.- 5.2. LA NUEVA SITUACIÓN DEL ABOGADO IMPUTADO

1. PLANTEAMIENTO

El pasado 25 de junio del 2004 el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) aprobó un nuevo Reglamento de Procedimiento Disciplinario (RPD) que será aplicable directamente o, en su caso, con carácter supletorio, en las actuaciones que realicen los Colegios de Abogados, los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas, y el CGAE para la depuración de la responsabilidad disciplinaria en la que puedan haber incurrido los abogados, los colegiados no ejercientes, y los abogados inscritos en virtud del RD 936/2001¹, en caso de infracción de sus deberes profesionales, colegiales, o deontológicos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que se les pueda exigir por los órganos jurisdiccionales.

¹ RD 936/2001, de 3 de agosto, que transpone la Directiva 98/5/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título.

Se dicta en desarrollo de la Ley de Colegios Profesionales² y del Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE)³, y adaptado, según indica, a la Ley 30/92⁴ y al Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS)⁵, que se aplicarán en lo no previsto en él⁶, si bien, se aparta de estas normas y de la doctrina constante de los Tribunales Contencioso-Administrativos en muchos de sus aspectos, como veremos a continuación.

El nuevo RPD de los abogados ha entrado en vigor el día 1 de octubre del 2004, sustituyendo al que fuera aprobado por la Asamblea de Decanos del CGAE en sesión de 25 de junio de 1993, modificado el 30 de junio de 1995, aunque, como indica su Disposición Transitoria, *“Los expedientes disciplinarios abiertos antes de la entrada en vigor de este Reglamento y que se encuentren en tramitación en dicha fecha se regirán hasta su conclusión por las normas vigentes en el momento de su incoación”*.

El nuevo RPD de los abogados está transido de una premisa, cual es, la configuración jurídica del denunciante, al que por el solo hecho de la denuncia se le otorga la condición de interesado y parte en el procedimiento disciplinario que regula, lo que condiciona su posición jurídica durante toda la tramitación, sin que esto tenga apoyatura legal alguna, y en contra de la doctrina constante de los citados Tribunales.

² Ley 2/1074, de 13 de febrero.

³ Aprobado por RD 658/2001, de 26 de junio.

⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁵ Aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto.

⁶ Referencia expresa a tales normas que permite su aplicación, pues, en otro caso, habría de estarse a lo que disponen los arts. 127.3 de la Ley 30/92 y 1.3, pfo. 2º, del RPS, según los cuales, los arts. 127 a 138 de dicha Ley y las disposiciones del citado Reglamento no son de aplicación ni tienen carácter supletorio respecto del ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria.

2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DENUNCIANTE

2.1. En el procedimiento sancionador común

2.1.1. Doctrina tradicional

Para intervenir en un procedimiento administrativo no basta con la capacidad de obrar. Es necesario algo más. Una aptitud especial que se conoce con el nombre de legitimación, que implica una relación del sujeto con lo que constituye el objeto del procedimiento, esto es, una especial posición del sujeto respecto del acto que ha de dictarse en el procedimiento⁷. La configuración subjetivista de la legitimación, inherente al procedimiento administrativo, conlleva que éste se inicie por quien pide algo para sí, ostentando por ello interés en su resultado.

En los procedimientos administrativos sancionadores el criterio legitimador que tradicionalmente ha permitido al administrado su intervención (no su incoación, que se produce de oficio), incluida la posibilidad de recurso, ha sido la titularidad de un “interés directo”, configurado en un principio como un interés “legítimo”, pues sólo puede otorgarse protección a intereses conformes al Ordenamiento jurídico⁸, lo que significa que han de estar protegidos por un precepto legal concreto, en contraposición a otros que no son objeto de tal protección⁹; “personal”, pues el acto administrativo ha de afectar de manera particularizada a la esfera jurídica del administrado; y “directo”, pues ha de haber una relación inmediata entre la situación creada o derivada

⁷ La exigencia del requisito procesal de la legitimación se ha declarado compatible con el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, que reconducido a sus justos límites prohíbe la indefensión del sujeto. Por lo que, únicamente los requisitos procesales que impidan u obstaculicen esa defensa pueden reputarse inconstitucionales. Entre ellos no se encuentra la legitimación. Si bien, algunas exigencias legitimadoras han tenido que aplicarse con criterio diferente, consecuencia de la interpretación sistemática de los arts. 162.1.b) CE y 48.1, 46.1.b) y DT 2ª de la LOTC. Así, se ha sustituido el criterio legitimador del “interés directo” por el más amplio del “interés legítimo”; vid., LAFUENTE BENACHES, M., “La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativos después de la Constitución”, *REDA*, n° 42, 1984, pp. 435-457.

⁸ Vid., LEGAZ LACAMBRA, L., “Legalidad y legitimidad”, *RAP*, n° 101, pp. 5 y ss.

⁹ STC 218/1983, de 11 de julio.

del acto administrativo y el administrado. En consecuencia, no ha bastado un interés “indirecto”¹⁰, ni se ha admitido la “acción popular”, que se identifica con el simple interés de la legalidad¹¹, y que es excepcional¹².

La Constitución, en cambio, ha señalado que el interés para que el particular pueda pretender la tutela jurídica de los Jueces y Tribunales ha de ser “legítimo” y “personal”, pero no es necesario que sea “directo”¹³. Siempre que el administrado pueda demostrar la repercusión perjudicial, directa o indirecta, del acto administrativo en su esfera jurídica deberá reconocérsele legitimación, pues en ambos casos será titular de un interés legítimo lesionado, radicando entonces la dificultad en diferenciar el interés indirecto del mero interés por la legalidad¹⁴.

Por tanto, habrá interés que legitime la intervención del administrado en el procedimiento administrativo cuando de su resolución pueda obtener al-

¹⁰ Cuando el particular pueda obtener de la impugnación del acto administrativo una ventaja o evitar un perjuicio, aunque no exista una relación inmediata entre la situación creada por el acto administrativo y el administrado recurrente, podemos considerar que éste ostenta un “interés indirecto” en la anulación o modificación de aquél, LAFUENTE, cit., p. 443.

¹¹ Esta es una legitimación *ex lege*. Su fundamento está en la voluntad del legislador, que puede otorgarla a una categoría determinada de personas, a un sujeto o sujetos concretos, o de forma indiscriminada a cualquier persona (acción popular), para que pueda interponer las acciones que estime pertinentes sin necesidad de alegar ningún tipo de titularidad en la relación jurídica debatida en el proceso.

¹² Sin embargo, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Vol. II, 1991, p. 183, entienden que “El reparto del campo sancionatorio entre la Administración y los Tribunales obliga a extender a la primera la acción popular prevista en el artículo 125 de la Constitución y generalizada en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

¹³ Como puso de relieve el TC en su Sentencia 97/1991, de 9 de mayo, “Este Tribunal ha declarado reiteradamente que la expresión «interés legítimo» es más amplia que la de «interés directo» de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (STC 60/1982), y como tal resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad derivada de la reparación pretendida (ATC 356/1989). Ahora bien, este Tribunal también ha precisado que la expresión «interés legítimo» utilizada en nuestra Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo» ha de entenderse referido a un «interés en sentido propio, cualificado o específico» (STC 257/1988); vid., NIETO, A., “La discutible supervivencia del interés directo”, *REDA*, nº 12, pp. 39 y ss.

¹⁴ Vid., LAFUENTE, cit., p. 444.

gún beneficio, o se le evite un perjuicio¹⁵, según la posición que adopte: para el que solicita su incoación o comparece a fin de que se dicte existirá interés siempre que la resolución le reporte un beneficio; para el que comparece oponiéndose a la pretensión existirá interés siempre que la situación creada por la resolución le origine un perjuicio, aunque se produzca por vía indirecta o refleja¹⁶. Beneficio o perjuicio que pueden ser de la más variada naturaleza, civil o administrativo¹⁷, material o moral¹⁸, pues lo que se tiene en cuenta es la repercusión o efecto del acto.

Conforme a esta doctrina, el único interesado en el procedimiento sancionador ha sido aquél contra el que se ha dirigido, pues, aun cuando entre la persona totalmente ajena a la infracción y la que resulta perjudicada por ella existe una diferencia cualitativa, no por ello ostenta ésta un interés legítimo; interés que sólo podría cifrarse en el castigo del infractor, ya que la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador no admitirá otro contenido que el archivo o la sanción, y de ninguno de los dos se deriva un beneficio para el perjudicado, que, en particular, no ve reparado el perjuicio sufrido. Interés, por tanto, en que se sancione al infractor que no es legítimo, so pena de reconocer relevancia jurídica al “ánimo de venganza”¹⁹. Por lo que, en el procedimiento sancionador sólo pueden intervenir dos sujetos, la Administración, que ejercita su *ius puniendi*, y el inculpado, que hace valer su *ius libertate*.

¹⁵ La STC 143/1987, de 23 de septiembre, señaló que el interés legítimo al que se refiere el art. 24.1 “equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta (TC SS 60/1982, 62/1983, 257/1988 y 97/1991, entre otras)”.

¹⁶ La STS de 29 de septiembre de 1997 se refiere a que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto que define la legitimación comporta que el acto que en definitiva se dicte “produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto (STS de 1 de octubre de 1990, Ar. 1454), y presupone por tanto que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona (STS de 4 de enero de 1991, Ar. 1241). En la misma línea pueden citarse las Ss. de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 (Ar. 2387 y 5111) y 12 de febrero de 1996 (Ar. 1567), entre otras muchas”.

¹⁷ Vid., STS de 14 de noviembre de 1970.

¹⁸ Vid., SSTS de 18 de noviembre de 1993 y 28 de marzo de 1985.

¹⁹ REQUENA LÓPEZ, T., “¿El ocaso de la concepción del inculpado como único interesado en el procedimiento sancionador?”, *RAAP*, nº 26, 1996, p. 50.

La posición jurídica del perjudicado por la infracción administrativa en el procedimiento sancionador únicamente ha podido ser la de un denunciante, que se define como aquél que pone en conocimiento de la Administración determinados hechos dando noticia de ellos; actuación con la que se agota su *status* jurídico, pues no puede formular alegaciones en el procedimiento que se incoe, ni se le notifican los acuerdos que en él se dicten, ni puede recurrirlos.

Los Tribunales han negado a los denunciantes legitimación para exigir la persecución de las infracciones que les han perjudicado y los derechos procedimentales que se reconocen al interesado en sentido legal en un procedimiento administrativo por dos razones básicamente: porque no puede haber un tercero interesado en que la Administración sancione, y porque la potestad sancionadora está delimitada por los intereses públicos que defiende y por los derechos del imputado, que son los únicos que pueden verse afectados²⁰, quedando extramuros el resto, aunque haya sujetos perjudicados por la actividad infractora, pero para los que ningún pronunciamiento favorable puede derivarse de la resolución que ponga fin al procedimiento, dado que, como hemos visto, la imposición de una sanción al denunciado no constituye por sí misma la satisfacción de un interés.

La Jurisprudencia insistía en que al tercero o denunciante no se le puede reconocer el derecho a ejercitar una “acusación particular”, que no está prevista en el procedimiento administrativo sancionador²¹. Por lo que el tercero perjudicado por la infracción sólo podía ser un denunciante, carente de legitimación en ese procedimiento²², pero con una diferencia, aunque única, en relación con el denunciante no perjudicado, y es que al primero se le reco-

²⁰ El procedimiento sancionador se contrae exclusivamente “al binomio Administrador-infractor, por lo que, fuera de estas personas, no puede colegirse interés alguno” (STS de 3 de febrero de 1982).

²¹ Así lo reitera la STS de 13 de enero de 1994, según la cual, “Que en los procedimientos sancionadores, y concretamente en los disciplinarios, por su naturaleza cuasipenal, la Administración venga obligada a respetar los derechos de defensa del inculpado -cuya participación es consustancial a este tipo de procedimientos- en los términos que establece el artículo 24.2 de la Constitución, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia a que se refiere la demanda, no significa que correlativamente se reconozcan en dicho precepto análogos derechos al denunciante y por ende su cualidad de parte acusadora en aquéllos”.

²² Vid., STS de 23 de enero de 1986, según la cual, “la condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada, de forma que nunca adquiere este carácter”.

noía el derecho a que se le comunicara la resolución que pusiera fin al procedimiento²³, aunque sin ninguna trascendencia jurídica, ya que carecía de legitimación para recurrirla, tanto en vía administrativa como jurisdiccional²⁴.

“Las posibilidades de actuación del particular se agotan en la denuncia de la infracción cometida” (STS de 20 marzo de 1992). “Y no siendo parte el denunciante en las diligencias previas informativas carece de acción para instar la prosecución de la actividad sancionadora del Colegio de Abogados ante el que se presentó la denuncia, ni objetar la falta de motivación del acuerdo ordenando el archivo de dichas diligencias, toda vez que ese acuerdo no afecta a su derecho ni interés, sin perjuicio de ejercer las acciones que en el orden civil o penal creyere le corresponden por los actos denunciados que estime procedentes” (STS de 9 de febrero de 1993).

En definitiva, la Jurisprudencia ha negado de forma constante al denunciante (perjudicado o no por la infracción) el carácter de interesado en el procedimiento administrativo sancionador²⁵. No hay más interesado que el imputado, al no haber un derecho individual a la sanción, ni ser posible en el marco del procedimiento sancionador el resarcimiento de los daños individuales derivados de la infracción.

²³ Vid., entre otras, SSTS de 5 julio de 1977, 16 de marzo de 1982, 28 de noviembre de 1983, 27 de junio de 1984, y 23 de enero de 1986.

²⁴ Vid., STS 23 de junio de 1997, según la cual, “La consecuencia inmediata de este planteamiento es que, si se niega la condición de parte en el procedimiento administrativo, por falta de interés en él, falta ya una base (en términos sustancialistas) para poder sustentar esa misma condición en un ulterior proceso impugnatorio de actos de aquél, pues el mero dato formal de la existencia de un acto dictado en el procedimiento administrativo no tiene entidad para alumbrar un interés nuevo, diferenciable del inexistente antes”.

²⁵ Vid., por todas, la STS de 23 de enero de 1986: “el denunciante de una supuesta infracción... no se convierte en titular de ningún derecho subjetivo ni pone en juego un interés personal o legítimo... que hubiera de encontrar satisfacción adecuada y traducida en algún beneficio o ventaja, puesto que se limita a comunicar a la Administración un proceder que considera irregular, a fin de que se ponga en marcha su actividad investigadora y sancionadora, que... es concluida de oficio por aquella con una resolución sancionadora o de sobreseimiento, sin más aclaraciones y menos aún de reconocimiento de situaciones individualizadas en favor de personas ajenas al fin perseguido, criterio éste que se recoge por la jurisprudencia, indicando que la condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada, de forma que nunca adquiere este carácter”.

2.1.2. Crítica a la doctrina tradicional

Esa postura de los Tribunales ha sido criticada por la Doctrina²⁶, pues difícilmente resulta conforme con el Ordenamiento jurídico el negar en todo caso al denunciante la condición de interesado²⁷. Hay que admitir, como punto de partida, que puede haber supuestos en los que la actividad infractora afecte de forma negativa, además de al interés público, a intereses particulares, y que pueda afirmarse que sus titulares ostentan un interés legítimo (distinto, por tanto, del cumplimiento de la legalidad y del castigo del infractor) tutelable en el procedimiento sancionador en cuestión²⁸.

Si el particular afectado puede obtener un beneficio en el procedimiento sancionador habrá que considerarlo interesado en sentido legal con los derechos que el procedimiento administrativo le reconoce²⁹, y entre ellos, el de

²⁶ Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, cit.; REBOLLO PUIG, "Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador", Coord. J. BARNÉS VÁZQUEZ, *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Madrid, 1992, pp. 227 y ss, publicado también en *Poder Judicial*, nº 29, 1993, pp. 59-78; GARCÍA MANZANO, P., "Comentario al Título IX", AAVV, *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993; PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, y *Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1995; NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, 1994; COBREROS MENDANOZA, E., "La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas", *RVAP*, nº 41, 1995, pp. 761 y ss, y "El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador", *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, 2000, www.tirantonline.com; HUERGO LORA, A., "La desigualdad en la aplicación de potestades administrativas de gravamen: remedios jurídicos", *RAP*, nº 137, 1995; REQUENA, "¿El ocaso de la concepción del inculpado...", cit., pp. 39-63; TOLA RÚA, M.A., "La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador", *Actualidad Administrativa*, nº 31, 1999.

²⁷ REBOLLO, "Interesados y denunciante...", cit., p. 61, señala que "de que el denunciante no se convierta por esa sola condición en interesado no se infiere de ninguna forma que no lo pueda ser si realmente concurren en él otras circunstancias".

²⁸ Según COBREROS, "El reconocimiento al denunciante...", cit., "qué duda cabe que de la revocación de una licencia otorgada para realizar una actividad, constitutiva de la sanción prevista por ejercer indebidamente y con perjuicio de terceros dicha actividad, puede producir un efecto beneficioso en tales terceros (que han podido actuar como denunciante o no)".

²⁹ REBOLLO, "Interesados y denunciante...", cit., p. 73, indica que "En los casos en que la infracción haya concretado de alguna forma sus efectos antijurídicos sobre sujetos determinados podrá detectarse un interés legítimo de los perjudicados. No cabe dar una respuesta general positiva y será necesario atender a las circunstancias de cada caso, pero desde luego no puede excluirse por hipótesis como en ocasiones se ha hecho".

exigir la persecución de la infracción y el de ser parte en el procedimiento con todas las garantías procedimentales. Son entonces posibles dos tipos de denunciantes: el denunciante-simple, que sólo formula la denuncia, y el denunciante-cualificado, o interesado, si efectivamente demuestra la titularidad de un interés legítimo protegible en el procedimiento sancionador de que se trate³⁰.

El perjudicado sigue sin ostentar por el solo hecho de serlo un interés legítimo que lo convierta en interesado, pues, como se ha expuesto, el interés en que se sancione al infractor no es legítimo. Y sin que pueda buscarse un paralelismo con el proceso penal, en el que todo perjudicado tiene derecho a la reparación material del daño, so pena de defender la generalización de la acción popular en el procedimiento sancionador, que no es admisible, salvo excepciones, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal, en el que encuentra fundamento en la mayor valoración de los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal³¹, de forma que el acusador particular puede acumular su pretensión civil a la penal. Sin embargo, el perjudicado por la infracción administrativa no puede participar en el procedimiento sancionador con la pretensión de que la resolución sancionadora declare, además del contenido propiamente punitivo, la responsabilidad civil del infractor en su favor. Para obtener el resarcimiento, restitución, o indemnización tendrá que acudir al proceso civil declarativo correspondiente; la Administración sólo puede actuar como una instancia independiente para declarar la responsabilidad civil tendente a reparar sus propios perjuicios patrimoniales³².

³⁰ PARADA, *Régimen Jurídico...*, cit., p. 279, argumenta que la doctrina del TS que niega al denunciante el carácter de interesado en el procedimiento “valdrá realmente para supuestos en que el denunciante no tiene ninguna otra vinculación con los hechos que el de su conocimiento, ni otro interés que el de cumplir en abstracto con su deber de colaboración ciudadana; pero la solución no debe ser la misma cuando, además de que se instruya o no el procedimiento y de que se resuelva en uno u otro sentido, se deriven para él beneficios concretos, como las primas de denuncia, o la prevención de daños para el denunciante o su entorno, como pudiera entenderse en el caso de denuncia de conductas que perjudican como puede ser el caso de denuncia de infracciones urbanísticas”.

³¹ TORÍO LÓPEZ, A., “Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)”, *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría*, III, Madrid, 1991, pp. 2529 y ss.

³² GARBERÍ LLOBREGAT, “El art. 3 del RD 1398/93”, *El Derecho administrativo sancionador*, Valencia, 2002.

En definitiva, y a diferencia de la postura tradicional, hay que admitir que el denunciante puede ser interesado en los procedimientos sancionadores al menos en dos ocasiones: 1) Si el legislador ha consagrado en la regulación sectorial la acción popular para exigir la observancia de sus disposiciones, en cuyo caso el denunciante por el solo hecho de la denuncia se considera beneficiario de la presunción legal de interés legítimo (o de la no necesidad de aducirlo y probarlo) y, en consecuencia, interesado y parte en el procedimiento³³. Presentada una denuncia en virtud de esta acción popular, el órgano competente tiene que iniciar el procedimiento sancionador, a salvo las denuncias inverosímiles o carentes de contenido infractor, y el denunciante puede someter al control jurisdiccional una eventual inactividad de la Administración; y 2) Si el denunciante es el perjudicado por la infracción y la regulación sectorial ha previsto junto a las medidas meramente represivas otras de carácter reparador del daño causado de las que pueda beneficiarse³⁴, puesto que sí es legítimo el interés en la reparación del daño sufrido, para cuya satisfacción deberá constituirse en parte por medio de la personación, como han de hacerlo los interesados en los demás procedimientos administrativos³⁵.

³³ COBREROS, "El reconocimiento al denunciante...", cit.

³⁴ No obstante, algunos autores estiman que al perjudicado hay que reconocerle en todo caso la condición de interesado en el procedimiento sancionador; PARADA, *Derecho Administrativo*, cit., p. 565, le reconoce esa condición al denunciante que tenga derecho a premio, al perjudicado y al que vaya a obtener una indemnización "(existe alguna diferencia entre estos dos últimos sujetos?)"; a esta idea responde la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en cuya Exposición de Motivos se lee que "El artículo 30 y el 35 pretenden introducir el equivalente a la acusación particular del proceso penal. No se encuentra motivo alguno para limitar la virtualidad del concepto general de interés legítimo en el procedimiento administrativo sancionador. El ciudadano no tiene derecho a castigar, pero, en cuanto víctima posible del ilícito penal o administrativo, tiene un claro interés en solicitar el ejercicio del poder público punitivo y en participar en el procedimiento previsto para encauzar tal ejercicio. La infracción administrativa puede perjudicar los derechos e intereses individuales tanto como el delito o la falta penales (amén del perjuicio al interés general siempre presente), por lo que no se alcanza a comprender la causa de la limitación consistente en que en el procedimiento administrativo sancionador únicamente estén presentes el interés general y el individual del imputado...", que analiza COBREROS, "El reconocimiento al denunciante...", cit.

³⁵ REQUENA, "¿El ocaso de la concepción del inculcado...", cit., p. 51, concluye que "puede afirmarse que siempre que la infracción cause perjuicios de cualquier índole a los particulares y que la sanción (excepcionalmente) o las medidas que corten a aquélla (normalmente) permitan reparar aquéllos, ha de reconocerse la condición de interesados a esos agraviados".

2.1.3. La Ley 30/92

La Ley 30/92 no contiene una regla, expresa ni tácita, de la que inducir que solo el inculpado es interesado en los procedimientos sancionadores. Y, por el contrario, admite como principio la posible existencia de otros interesados si en ellos concurre alguna de las situaciones legitimadoras que describe en su art. 31. Este precepto confiere legitimación para actuar en el procedimiento administrativo:

A) A “*quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales y colectivos*”. Situación legitimadora que está pensada para los procedimientos administrativos iniciados a instancia de parte (art. 70 Ley 30/92), y no para los iniciados de oficio, entre los que se encuentran los procedimientos sancionadores, que son promovidos e impulsados por los órganos administrativos competentes (arts. 69 y 74.1 Ley 30/92), a los que no cabe calificar de interesados, como tampoco puede serlo el inculpado que, lógicamente, no promoverá un procedimiento en su contra, y ni siquiera los terceros afectados en sus derechos e intereses por la infracción, porque tampoco ellos promueven e impulsan este tipo de procedimiento.

B) A “*los que, sin haber incoado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte*”. En esta situación legitimadora se encuentra el imputado en los procedimientos sancionadores, cuyos derechos fundamentales (de presunción de inocencia, de defensa, etc.) se encuentran afectados desde que el procedimiento se dirige en su contra como presunto infractor, sin perjuicio de los personales o patrimoniales que también puedan serlo si la resolución es sancionadora. En tal sentido, el art. 13.2 RPS califica expresamente al inculpado como interesado. Y también pueden encontrarse los terceros que ostenten derechos subjetivos (no simples intereses legítimos) que puedan resultar afectados por la resolución, lo que en la práctica resulta difícil, dado que la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador no podrá contener una declaración de responsabilidad civil a su favor.

c) Las personas “*cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva*”, que tampoco existirán en un procedimiento sancionador en tanto la resolución sólo pueda acordar el archivo o la imposición de una sanción. No así, cuando dicha resolución pueda decidir otras medidas capaces de afectar a intereses legítimos, como la reparación del daño provocado por la infracción, y el perjudicado se haya personado en el procedimiento

(personación que puede ser expresa, por una declaración en tal sentido al tiempo de formular la denuncia o con posterioridad, o tácita, por su intervención en el procedimiento incoado).

En definitiva, la Ley 30/92 deja abierta la puerta a interesados distintos del inculpado en los procedimientos sancionadores porque sean titulares de un derecho subjetivo, o más fácilmente de un interés legítimo, que pueda resultar afectado por la resolución que le ponga fin y se hayan constituido en parte.

2.1.4. El RD 1398/93 (RPS)

Aparentemente el RPS admite interesados distintos del imputado en el procedimiento sancionador común que regula.

En primer lugar se trata del denunciante que acompaña su denuncia de una solicitud de iniciación del procedimiento sancionador (art. 11.2 RPS). Sin embargo resulta, que su interés se limita a la incoación del procedimiento, cuando es el interés en la resolución el que otorga la condición de interesado, y que esa solicitud no vincula a la Administración para iniciar el procedimiento sancionador (art. 11.1 y 2 RPS). El único efecto jurídico de dicha solicitud es la obligación que surge para la Administración de notificarle la decisión que adopte al respecto (arts. 11.2 y 13.2 RPS).

En segundo lugar se trata de esos otros interesados a los que se refiere el art. 3.4, cuando habla de garantizar “*la defensa del imputado y la de los intereses de otros posibles afectados*”, y el art. 13.2, cuando indica que el acuerdo de iniciación del expediente habrá de notificarse “*al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado*”. Término, *interesados*, que reitera a lo largo de su articulado.

Ahora bien, el único significado de tales referencias es que el RPS no excluye que puedan intervenir en el procedimiento sancionador interesados distintos del inculpado siempre que efectivamente lo sean. Si bien, no es a él a quien corresponde su determinación. No son las normas procedimentales, sino las materiales, las que han de establecer cuándo un particular es interesado en un procedimiento y cuándo no. Y a tal efecto hay que recurrir en primer lugar al art. 31 de la Ley 30/92, que establece con carácter general, para todos los procedimientos administrativos, cuándo se ostenta la condición de interesado, sin que el RPS imponga ninguna reducción en el procedimiento sancionador que él regula³⁶.

³⁶ REQUENA, cit., pp. 56-57.

Se mantiene, por tanto, que el perjudicado por la infracción no se transforma automáticamente en interesado. Para que lo sea es necesario que sea titular de un interés que pueda verse satisfecho en el procedimiento sancionador, lo que a su vez dependerá de que las leyes que disciplinan los diversos ámbitos sectoriales, especialmente las sancionadoras que tipifican las infracciones y las sanciones, contemplen medidas reparadoras entre las consecuencias de la infracción. Si la sanción a imponer o las medidas que lleve aparejada pueden reparar el perjuicio causado por la infracción a un particular deberá reconocérsele su condición de interesado; ni el interés en el cumplimiento de la legalidad (que fundamenta la acción popular, que es excepcional) ni el interés lesionado son intereses legítimos en el procedimiento sancionador, pero sí el de la reparación de la lesión sufrida, siempre que el procedimiento sea cauce idóneo para su satisfacción.

En este sentido, el art. 22 del RPS aporta un dato en orden a la legitimación del perjudicado por la infracción, al establecer con carácter general la posibilidad de que la resolución del procedimiento sancionador imponga medidas reintegradoras o reparadoras, pues, aun cuando la limita a que los daños los haya sufrido la Administración, puede ocurrir que estos hayan alcanzado a los particulares y que la reparación de aquellos conlleve la de estos, en cuyo caso habrá que reconocerles la condición de interesados en sentido legal.

2.1.5. Nueva Doctrina

Posteriormente, el TS ha matizado que la solución no puede ser igual respecto de todos los denunciados y en todos los procedimientos sancionadores, sino que debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, pues puede haber denunciados en los que concurra la condición de interesados porque aleguen y prueben un interés legítimo, concretado en la posibilidad de obtener una ventaja de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, lo que dependerá de que ésta pueda contener pronunciamientos distintos de la mera imposición de sanción al imputado que efectivamente les favorezcan, ya que, como sigue argumentando el TS, la sanción del imputado, o lo que es igual, la satisfacción del denunciante de que se castigue al denunciado -interés moral, único que le resta-, no es bastante para fundamentar su legitimación. Se trata de un “simple interés”, insuficiente para configurar el concepto técnico de interesado, para el que se requiere un “interés legítimo”, y cuya confusión llevaría a la legitimación pública, que no es lo pretendido por el art. 24 CE³⁷.

³⁷ Vid, por todas, la STS de 8 de febrero del 2001: “Con relación a tal cuestión de la legitimación activa del recurrente contra el Acuerdo de Archivo de las diligencias informativas, adoptado

Por lo que, aun cuando el TS ha avanzado en el sentido de admitir la posible existencia de denunciantes que sean interesados, porque efectivamente aleguen y prueben un interés legítimo, y no por el solo hecho de interponer la denuncia o de resultar perjudicados por la infracción, sigue fiel a la tesis beneficio/perjuicio en la esfera jurídica del denunciante.

2.2. En los procedimientos disciplinarios

Si bien esta nueva orientación jurisprudencial permite distinguir entre denunciantes-no interesados y denunciantes-interesados en los términos vistos, esta distinción carece de virtualidad en los procedimientos disciplinarios, en los que, dado el contenido de las sanciones a imponer y que éstas no se acompañan de medidas reparadoras, es imposible que el eventual perjudicado pueda encontrar algún tipo de satisfacción admisible jurídicamente; se concluye, entonces, que el interés que pudiera ostentar no se dilucida en el procedimiento disciplinario³⁸.

Y es que, el fundamento de la potestad disciplinaria difiere del de la potestad sancionadora. Ésta es una especie del género *ius puniendi* del Estado, cuyo objetivo es castigar las infracciones del orden jurídico general no calificadas como delito por el ordenamiento penal y proteger a los miembros de la sociedad en su conjunto, mientras que la potestad disciplinaria se asienta en un poder de coacción que precisa la Administración para proteger su propia organización frente a determinadas conductas de sus miembros³⁹. Distinción

por la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, una reiteradísima jurisprudencia de esta Sala... ha venido a expresar que, partiendo de que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, la Sala entiende que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte que se lo arroga, siendo que la clave para determinar si existe o no ese interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución del Consejo General del Poder Judicial, dictada en expediente abierto en virtud de una denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad de un Juez, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera, y ser así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como pueda darse la contestación adecuada a tal cuestión, no siendo lo de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés”.

³⁸ REQUENA, “¿El ocaso..., cit., p. 43.

³⁹ En este sentido, la STS de 20 de julio de 1988 declaró que “...el derecho disciplinario persigue, más que el restablecimiento del orden social quebrantado, la salvaguarda del prestigio y dignidad de la Administración y la garantía de la correcta actuación de los funcionarios”, y la de 7 de mayo de 1986 que la finalidad del régimen disciplinario “es tutelar tan peculiar organización y su orden interno, haciéndolo discurrir por una concreta relación personal de sujeción”.

que recoge tanto la Ley 30/92, que excluye el régimen disciplinario de la regulación que ella contiene sobre el procedimiento sancionador (art. 127.3), como el RPS (art. 1.3, pfo. 2^a).

Así, del procedimiento disciplinario seguido contra los abogados sólo pueden predicarse efectos para el abogado inculcado, bien porque se declare su responsabilidad disciplinaria y se le imponga la oportuna sanción, bien porque se declare que no ha incurrido en ella con su consiguiente archivo. En el primer caso la resolución agota su contenido en la imposición de la sanción: ni el apercibimiento, ni la suspensión en el ejercicio de la Abogacía por el periodo que haya de acordarse, ni la expulsión, únicas consecuencias de la infracción, pueden satisfacer el interés del eventual perjudicado. Como pone de relieve la STS, entre otras muchas, de 8 de febrero de 2001, “el procedimiento disciplinario ni puede interferir un proceso en curso, si lo está, ni alterar las resoluciones que en éste hayan recaído, ni es instrumento de satisfacción de los intereses debatidos en ese proceso, por lo que no cabe así que esos mismos intereses puedan operar como base de legitimación del denunciante, en cuanto interesado, en su caso, en obtener que se imponga una sanción en el caso contemplado, ya que entre el interés legitimador del proceso previo y el hipotético interés en obtener dicha sanción, existe una diferencia cualitativa indudable, un salto lógico indiscutible”.

Pero es que, si pese a ello el denunciante solicitara algo distinto de la mera exigencia de responsabilidad disciplinaria que pudiera representar un beneficio para su esfera jurídica, precisamente con la intención de poder alegar y probar un interés propio que le legitime para ser parte en el procedimiento disciplinario, resultaría que, si bien esto sería favorable a su legitimación al menos en vía de principio, también lo sería la incompetencia del órgano que conoce del procedimiento disciplinario para pronunciarse sobre esa otra petición, como puso de manifiesto la STS de 20 de noviembre de 2000⁴⁰.

⁴⁰ STS de 20 de noviembre de 2000: “el planteamiento que se hace en la demanda, y, por remisión de la misma, en los diversos escritos de denuncia que ha presentado ante diferentes Organismos, parece exceder -hasta donde resulta posible comprenderlos, dado lo sumamente confuso de su redacción- de la mera petición de medidas sancionadoras, para internarse en la pretensión de que el Consejo, de alguna forma, intervenga en la corrección de las particulares resoluciones judiciales que, según su criterio, se han dictado en su perjuicio. Es por eso que en este proceso puede entenderse que la parte actora pide algo que efectivamente podría representar un beneficio para su esfera jurídica. Ahora bien, este motivo favorable a la legitimación del demandante es el que, a su vez, determina inexorablemente la consecuencia de que el recurso sea desestimado, porque si se examinan las denuncias del actor, éste en realidad no hace más que manifestar su desacuerdo con los comportamientos y decisiones de cuantas personas han interveni-

Y es que, como resumió la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 1 de marzo de 1999, “Debe tomarse nota de que el Tribunal Supremo se está refiriendo, en estos casos, a recurrentes que, como en el nuestro, se consideraban directamente perjudicados por la actitud denunciada, y, pese a ello, les deniega la legitimación. La doctrina indicada supone dar por buenas las siguientes afirmaciones, que se encuentran explícita o implícitamente contenidas en la misma: a) La facultad de denunciar un hecho perseguible de oficio por la Administración no concede al denunciante la condición de parte interesada, ni la posibilidad por tanto de recurrir, incluso cuando, sin perjuicio de que la Administración lo pueda perseguir de oficio, el hecho ha causado o puede haber causado un perjuicio directo al denunciante; b) El ejercicio de acciones disciplinarias sólo concluye en su caso con la imposición de una sanción al denunciado, pero no con la reparación material al denunciante, ni en el sentido de una indemnización ni en el de la revocación de la actuación jurisdiccional realizada; c) El mero interés moral que, por tanto, resta al denunciante, de que se sancione al denunciado, no es suficiente para fundamentar su legitimación”.

3.2. En el nuevo procedimiento disciplinario de los abogados

Si se repasa la tramitación del nuevo procedimiento disciplinario de los abogados se comprueba que reserva una intervención al denunciante paralela a la del abogado imputado. Así, habrá que notificar al denunciante a efecto de posibles recursos: el acuerdo de archivo *ab initio* de la denuncia (art. 6.1, pfo. 3º); el que ponga fin a un eventual periodo de información previa que decreta su archivo o la imposición de una sanción por infracción leve (art. 7.4, pfo. 2º); los acuerdos que adopte el instructor en materia de prueba (art. 11.6); y la resolución que ponga fin al expediente disciplinario (art. 16.7).

Y está prevista su participación en todos los trámites que conforman el nuevo procedimiento disciplinario. Unas veces el RPD se refiere a él utilizando el término *denunciante*, y otras lo incluye junto con el imputado en términos comprensivos de ambos, según su planteamiento, como *interesados* o *partes*. Así, habrá que dar traslado al *denunciante* de las alegaciones y pruebas propuestas por el inculcado para que formule las que le interesen (art. 10.1); se

do en relación con sus peticiones y recursos. Pues bien, dejando de lado las quejas o denuncias relativas a corporaciones (Federaciones de fútbol y Comités de árbitros) y Letrados, sobre los que el Consejo General del Poder Judicial carece por completo de competencia disciplinaria alguna y centrandó el tema debatido en las alegaciones referidas a las decisiones jurisdiccionales, es claro que al afirmar el Consejo su incompetencia para actuar en el ámbito de lo estrictamente jurisdiccional, no hizo otra cosa que dar cabal cumplimiento al artículo 117 de la Constitución”.

abrirá un periodo probatorio cuando, entre otros casos, lo haya solicitado el denunciante (art. 11.1 y 5); se le notificará el acuerdo del instructor ordenando la práctica de pruebas (art. 11.1, último pfo., y 4); e igualmente se le notificará, para que presente alegaciones y documentos, la propuesta de resolución (art. 14.1), el resultado de las actuaciones complementarias (art. 16.2), y cuando el órgano decisor considere que la infracción reviste mayor gravedad que la indicada por el instructor (art. 16.4). Alude a los *interesados* cuando se refiere a la resolución que pone fin al expediente disciplinario (art. 16.1), y a las *partes* en relación con la aportación de documentación nueva (art. 14.2). En dos ocasiones se vale del término *interesado* (en singular), lo que, sin embargo, no significa que esté excluyendo al denunciante, pues, en cuanto a la recusación, el conocimiento de la identidad del instructor y del secretario puede no ser simultáneo (art. 9.3), y en relación con la modificación de lo inicialmente fijado dice que se notificará al interesado en la propuesta de resolución (art. 13.2), de la que, como hemos visto, también hay que dar traslado al denunciante (art. 14.1). Por último, obsérvese que hace uso del término *expedientado* para referirse al interesado-imputado por oposición al interesado-denunciante, cuando resulta que también éste es expedientado, en la medida en que interviene en el expediente que regula el nuevo RPD, que por ello debió prescindir de tal término, que sí tiene sentido en el resto de procedimientos disciplinarios, en los que el único interesado y expedientado es el imputado.

En definitiva, el nuevo RPD de los abogados otorga al denunciante, sea o no el perjudicado por la infracción, por el solo hecho de interponer la denuncia la condición de interesado y parte en el procedimiento disciplinario que regula, y en coherencia con tal configuración lo tiene en cuenta en todos y cada uno de los trámites, garantizándole el principio de defensa y el de contradicción. En este sentido, el precepto más expresivo es quizá el art. 14.1, según el cual, “*La propuesta de resolución se notificará al expedientado y al denunciante, indicándoles la puesta de manifiesto del expediente, y concediéndoles un plazo improrrogable, de diez días para que puedan alegar ante el Instructor cuanto consideren conveniente en su defensa*” (defensa, por tanto, también del denunciante).

Al respecto conviene recordar que, a la vista de los preceptos de la Constitución relativos a la configuración del poder sancionador de la Administración, el Tribunal Constitucional elaboró una doctrina general, contenida por vez primera en su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, conforme a la cual, los principios penales son de aplicación, con ciertos matices, a las sanciones administrativas. Así, la preceptiva audiencia del imputado en el seno del procedimiento sancionador constituye un corolario necesario del derecho consti-

tucional de defensa, que requiere para la imposición de sanciones administrativas la existencia de un procedimiento contradictorio en el que aquél tenga la posibilidad de aportar y proponer el material probatorio que estime pertinente y de formular las alegaciones que a su derecho convengan.

A esa finalidad responde el trámite de audiencia y vista del procedimiento, regulado en el art. 19.1 del RPS, que evita tener que dar traslado a los interesados de todas y cada una de las actuaciones que se van realizando dentro del procedimiento en orden al esclarecimiento de los hechos para que puedan emitir su opinión sobre ellas, lo que complicaría la tramitación, comprometiendo la eficacia de la acción administrativa. Trámite de audiencia que debe cumplirse en sus justos términos, a fin de evitar la indefensión que trata de enervar, y que por ello sólo está previsto para los interesados-parte, que, como venimos repitiendo, en los procedimientos disciplinarios sólo pueden serlo los imputados.

3. LA DENUNCIA

3.1. En los procedimientos sancionadores

Conforme al art. 11.1 del RPS, “*Los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia*” (en igual sentido los arts. 69.1 de la Ley 30/92 y 6.1 del hoy derogado RPD de los abogados⁴¹).

Por tanto, los procedimientos sancionadores se inician siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, que no está vinculado por la denuncia (a salvo su contenido), lo que influye en algunos institutos jurídicos. Así, en el plazo de prescripción de la infracción, que no se interrumpe por la interposición de la denuncia, como tampoco se cuenta desde ella el plazo que determina la caducidad del procedimiento.

La denuncia no tiene otro efecto “que el de poner en conocimiento de la Administración la comisión de hechos supuestamente ilícitos, con el fin de

⁴¹ El art. 6.1 del hoy derogado RPD decía que “El procedimiento se iniciará de oficio por resolución de la Junta de Gobierno resolución que se adoptará por propia iniciativa a petición razonada del Decano o por denuncia”.

que se ponga en marcha su actividad investigadora y sancionadora” (STS 27 junio 1984), pero sin que en nuestro Ordenamiento jurídico haya disposición alguna que imponga a la Administración la obligación de incoar expediente sancionador a instancia de parte. El art. 11.2 RPS insiste en que la denuncia no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador.

Efectivamente, la denuncia no obliga al órgano competente a su incoación, el cual, no sólo no debe iniciarlo cuando se trate de denuncias inverosímiles, disparatas o faltas de contenido infractor (pues los poderes públicos no puedan abusar de su inicial posición de preeminencia como titulares de la potestad sancionadora)⁴², sino que ante el resto puede estimar, en virtud del margen de discrecionalidad que ostenta en este momento, que no es oportuno su inicio⁴³. Discrecionalidad que, no obstante, no juega cuando la infracción es grave, ni cuando en los casos de menos gravedad es denunciada por un interesado en sentido legal. Pero sin que, incluso en tales casos, se limiten las facultades que la Administración tiene para comprobar la veracidad de los hechos denunciados⁴⁴.

⁴² Vid., STC 111/1995, de 4 de julio, conforme a la cual, cuando el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela, carecen de ilicitud penal, el derecho a la jurisdicción que ejerce el denunciante y el querellante no conlleva el de apertura de una instrucción.

⁴³ Niegan este margen de discrecionalidad, REBOLLO, “Interesados y denunciados...”, cit., p. 75; GARCÍA/FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., p. 183; PARADA, *Derecho Administrativo*, cit., p. 493.

⁴⁴ Se trata del discutido tema de si la Administración debe regirse por el principio de legalidad, en cuyo caso el ejercicio de la potestad sancionadora es una actuación debida u obligada, de forma que producida una infracción la Administración necesariamente tiene que iniciar el correspondiente procedimiento sancionador, o por el principio de oportunidad, en cuyo caso goza de un margen de libre apreciación (o discrecionalidad) sobre si ejercitar o no sus potestades sancionadoras. Pues bien, aun cuando hay que partir del principio de legalidad, la realidad de la Administración, cuyos medios materiales y personales suelen ser insuficientes para perseguir todos los ilícitos, unido a que puede considerar más eficaz determinadas políticas permisivas, aconsejan que tenga un cierto margen de decisión en cuanto al ejercicio de la potestad sancionadora de la que es titular, sin que su falta de ejercicio suponga siempre un incumplimiento (y finalmente una ilegalidad), ya que, en resumidas cuentas, la potestad sancionadora no es mas que un instrumento del que el Ordenamiento jurídico dota a la Administración para que pueda servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), a diferencia de los órganos jurisdiccionales penales, que tienen como única y exclusiva misión la de juzgar los ilícitos penales y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 y 4 CE). Principio de oportunidad, por tanto, pero con ciertas limitaciones: 1) No podrá reconocerse margen alguno de discrecionalidad atendiendo a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y a la entidad del riesgo originado o del daño efectivamente producido; y 2) En los restantes casos (leves infracciones o consecuencias): a) La discrecionalidad se referirá sólo al momento previo al ejercicio de la potestad sancionadora; b) La dis-

Y es que, como hemos visto, el denunciante por el hecho de la denuncia, es decir, por poner en conocimiento del órgano competente unos hechos que pueden constituir una infracción, no adquiere la condición de interesado en sentido legal, ni legitimación para ser parte en el procedimiento sancionador. Por lo que ninguna consideración tiene en el mismo, salvo que en su denuncia haya incluido una petición de iniciación, en cuyo caso, y según la legislación vigente (arts. 11.2 y 13.2 RPS y 42.1 Ley 30/92), tiene derecho a que la Administración le comunique el acuerdo que haya adoptado, de inicio o no del procedimiento. La resolución denegatoria ha de ser expresa (art. 42.1 Ley 30/92) y motivada (art. 54.1.a y f Ley 30/92). Si, no obstante, la Administración incumple esta obligación, y guarda silencio, habrá que entender, dado que es un supuesto que no encaja en la regulación del silencio administrativo de la Ley 30/92⁴⁵, y transcurrido el plazo de tres meses (que es el genérico que actúa por defecto o en ausencia de otro específico, art. 42.3 Ley 30/92), que la Administración ha desestimado la solicitud de iniciación. Inactividad que quedará huérfana de control jurisdiccional, pues, según la legislación citada y la doctrina constante del Tribunal Supremo, este denunciante-peticionario carece de legitimación para impugnarla.

Si, por el contrario, el denunciante tiene la condición de interesado, porque efectivamente ostente algún interés legítimo tutelable en el procedimiento sancionador en cuestión, podrá exigir su iniciación y constituirse en parte mediante la personación, si así le interesa. Si este denunciante-interesado presenta una denuncia verosímil y debidamente formulada con la inequívoca petición de que se incoe procedimiento sancionador la Administración no puede negarse a iniciarlo. Si, no obstante, no lo abre, aquél tiene derecho a una resolución expresa y motivada. Y ante su falta, habrá que entender, como en el caso anterior, que su solicitud de iniciación ha sido desestimada. Acuerdo presunto de desestimación que, a diferencia del caso anterior, podrá recurrir el denunciante, que es un interesado, legitimado para ser parte, dada la técnica conversora de la inactividad material en inactividad jurídico-formal⁴⁶, y

crecionalidad queda sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa; y c) No hay discrecionalidad cuando la infracción es denunciada por un interesado, sin perjuicio de las facultades que tiene la Administración de comprobar la veracidad de los hechos denunciados; vid., COBREROS, "El reconocimiento al denunciante...", cit.; SANZ RUBIALES, I., "Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad", *RAP*, nº 148, 1999, pp. 359 y ss; NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 144, quien adopta la postura más radical a favor del principio de discrecionalidad.

⁴⁵ COBREROS, cit.; GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, Pamplona, 1997, p. 403.

⁴⁶ Vid., NIETO, "La inactividad de la Administración en la LJCA de 1998", *Justicia Administrativa*, nº extraordinario, 1999, pp. 45 y ss.

que es un acto que imposibilita la continuación del procedimiento (arts. 107.1 Ley 30/92 y 25.1 LJCA)⁴⁷. De estimarse el recurso, la jurisdicción contencioso-administrativa anulará el acuerdo de no incoación y ordenará a la Administración que inicie el correspondiente procedimiento para depurar las posibles responsabilidades administrativas a que haya lugar⁴⁸.

3.2. En el nuevo procedimiento disciplinario de los abogados

De forma diversa a lo analizado, el art. 6.1, pfo. 1º, del nuevo RPD de los abogados dice que “*El procedimiento se iniciará por resolución de la Junta de Gobierno, o de quien tenga delegada tal competencia... La resolución se adoptará de oficio o por denuncia*”, que es tanto como afirmar que el nuevo procedimiento disciplinario de los abogados no tiene por qué iniciarse siempre de oficio, ya que también puede serlo a instancia de parte por denuncia, aunque advierte que es necesario el previo acuerdo de incoación del órgano competente, lo que lejos de implicar una contradicción no hace más que poner de relieve la dificultad de que un procedimiento sancionador pueda iniciarse por solicitud del particular, cuando es absolutamente imprescindible una actividad administrativa procedimental.

El citado precepto no dice, como debiera, que el procedimiento disciplinario que regula se ha de iniciar siempre de oficio, pero sí deja claro que la denuncia no lo apertura de forma automática, ya que es necesario un acuerdo de incoación del órgano competente. Prueba de ello son los arts. 6.1, pfo. 4º, sobre que podrá “*requerirse al denunciante para que complete, aclare o aporte la documentación o antecedentes que sean necesarios para determinar la admisión a trámite de la denuncia*”; 7.1, “*La Junta de Gobierno podrá iniciar el procedimiento abriendo un periodo de información previa...*”; 8.1, “*La apertura del expediente disciplinario será acordada por la Junta de Gobierno...*”; 4.1, “*El procedimiento disciplinario se impulsará de oficio en todos sus trámites*”; y 16.8, que en relación con la notificación de la resolución del expediente disciplinario señala que “*si el procedimiento se hubiese iniciado como consecuencia de denuncia también se realizará dicha notificación al que la hubiese formulado*”.

⁴⁷ COBREROS, cit., estima que habrá que entender que el plazo de prescripción de la infracción “ha quedado paralizado, reanudándose si el denunciante-interesado no recurre tal desestimación presunta. Esta última previsión parece necesaria puesto que, en caso contrario, todo el esfuerzo del denunciante podría verse finalmente frustrado y la Administración, consciente o inconscientemente, beneficiaría nuevamente al posible infractor”.

⁴⁸ Vid., STS de 3 de junio de 1998.

Ahora bien, de haber denuncia, ésta vincula al órgano competente, que debe dictar un acuerdo de incoación, excepto si la denuncia carece manifiestamente de contenido deontológico, es inverosímil o mendaz⁴⁹, únicos supuestos en los que el órgano competente podrá acordar su archivo *ab initio*. Así se desprende del art. 6.1, pfo. 3º, del nuevo RPD de los abogados, a cuyo tenor, “*Cuando se considere que la denuncia carece manifiestamente de contenido deontológico o es inverosímil o mendaz podrá decretarse su archivo sin más trámite. La resolución que disponga el archivo se notificará al denunciante para que, en su caso, deduzca los recursos correspondientes*”.

Sin embargo resulta que, conforme a la teoría general de los procedimientos sancionadores, el órgano competente para acordar su inicio no está vinculado por la denuncia. Su incoación sólo puede decidirla cuando entienda que hay pruebas o al menos indicios de haberse cometido una infracción. Que la denuncia esté relacionada con la materia deontológica, si no hay indicios de infracción, no es suficiente para su apertura. Y cuando faltan esos indicios, no es que el órgano competente *podrá* archivar la denuncia, sino que tiene que hacerlo inexorablemente, pues en otro caso podría estar incurriendo en una situación de abuso del derecho (caracterizado, a tenor del art. 7.2 CC, por el daño para tercero, en este caso el abogado imputado, implícito en todo procedimiento disciplinario).

4. LA INFORMACIÓN PREVIA

4.1. En el procedimiento sancionador común

Como se adelantaba, únicamente debe darse trámite a las denuncias que comuniquen la existencia de una infracción administrativa con cierta dosis de verosimilitud y con el contenido mínimo que describe el art. 11.1.d) RPS⁵⁰; sólo las que contengan los datos necesarios para una adecuada defensa, y no

⁴⁹ Término, *mendaz*, que es similar al anterior (*inverosímil*), pero con una carga peyorativa, “1. Adj. Mentiroso”, DRAE, Ed. Electrónica, 21.1.0 (Espasa Calpe, 1995), que bien podía haberse evitado.

⁵⁰ Art. 11.d), “*Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables*”.

otras, deben promover el ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora. Esas otras deben archivar sin más trámite⁵¹.

Si la denuncia está bien formulada, pero de ella y de la documentación adjunta, en su caso, no se derivan suficientes indicios de infracción que justifiquen la apertura del procedimiento sancionador, lo oportuno es abrir una “información previa” (o “actuaciones previas”, o “información reservada”, según las distintas denominaciones), regulada en los arts. 12.1 del RPS y 69.2 de la Ley 30/92, pues no toda *notitia infractionis* ha de ocasionar la apertura de procedimiento sancionador, sino sólo aquella que facilite el conocimiento de la comisión de una infracción administrativa.

Dice el art. 12.1 RPS que “*Con anterioridad a la iniciación del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación...*”⁵².

Por tanto, la apertura de un periodo de información previa tiene carácter discrecional, pues se configura como una facultad administrativa⁵³, pero con el límite de que la denuncia carezca de un mínimo de veracidad o, en el otro extremo, de que existan indicios racionales manifiestos de comisión de una infracción susceptible de sanción, en cuyo caso su inicio constituirá una dilación innecesaria e inútil⁵⁴, ya que “su naturaleza extraprocedimental sin las capitales garantías del mismo: singularmente, de publicidad y contradicción, hace que deba ser usada de manera estricta” (STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 1993).

El carácter diferenciado y previo al procedimiento sancionador de estas actuaciones se asienta en su naturaleza, ya que sólo sirven para fundamentar la decisión sobre la apertura o no de aquél, sin que en ningún caso tengan la

⁵¹ “...el Juez, cuando se aprecie de forma evidente que los hechos denunciados carezcan de relevancia penal, deba realizar, con la mayor premura, las actuaciones necesarias para el inmediato archivo de la causa, como en el presente caso se ha hecho”, STC 138/1997, de 22 de julio.

⁵² Art. 69.2 Ley 30/92, “*Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento*”.

⁵³ Vid., SSTs de 11 de febrero de 1986 y de 3 de noviembre de 1992.

⁵⁴ Vid., STS de 8 de julio de 1991.

virtualidad de comenzar⁵⁵. Ambos aspectos han sido subrayados por el TS en Sentencia, entre otras, de 27 de febrero de 2001, cuando indica que estas investigaciones previas “no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente que la ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente; esto es, el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente...”⁵⁶; constituyen en su conjunto un procedimiento accesorio, de carácter preliminar o preparatorio, respecto del procedimiento disciplinario, ya que su finalidad es depurar de manera previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación de éste⁵⁷.

El carácter preliminar de la información previa tiene relevancia en el cómputo del plazo de prescripción de la infracción y en el de caducidad del procedimiento sancionador. Respecto del plazo de prescripción, y aun cuando la Jurisprudencia y la Doctrina han sido vacilantes, hoy por hoy no cabe duda que la información previa no lo interrumpe, ya que, según el art. 132.2, pfo.2º, de la Ley 30/92, sólo “*interrumpirá la prescripción la iniciación, con conoci-*

⁵⁵ “La denuncia no inicia el procedimiento sancionador, ni tampoco la información reservada, sino que tal iniciación tiene lugar precisamente por el acto que acuerda la incoación”, STS de 4 de junio de 1990.

⁵⁶ Continúa la STS de 27 de febrero de 2001, que “Se trata, por tanto, de actuaciones que tienen lugar extramuros del procedimiento sancionador propiamente dicho, cuya finalidad no va más allá de una apreciación acerca de si, efectivamente, se han producido o no los hechos de que se tiene noticia, y, en su caso, personas que hayan intervenido en aquellos así como las circunstancias concurrentes en la producción de aquellos y la intervención de éstas en los mismos, para poder así, concluir, si hay motivos razonables para iniciar el procedimiento sancionador... En definitiva, las llamadas actuaciones previas constituyen una actuación administrativa preliminar y de carácter contingente que trata de comprobar si prima facie puede considerarse que hay una base seria para abrir el procedimiento sancionador propiamente dicho”.

⁵⁷ STS de 5 de mayo de 1998: “No puede, por consiguiente, constituir un dato relevante para admitir la recurribilidad del acto el hecho de que pusiera fin a las diligencias informativas. Éstas, aun teniendo una unidad formal, constituyen en su conjunto un procedimiento accesorio, de carácter preliminar o preparatorio, respecto del procedimiento disciplinario, ya que su finalidad es depurar de manera previa, mediante las averiguaciones indispensables, si concurren indicios suficientes para la iniciación de éste, pero no decidir sobre la existencia o no de responsabilidad disciplinaria, de tal suerte que el acto que pone fin a dichas diligencias sólo tiene carácter definitivo, haciendo imposible la continuación del procedimiento, cuando acuerda el sobreseimiento, pero no cuando resuelve iniciar el procedimiento disciplinario”.

miento del interesado, del procedimiento sancionador..., en el que, como hemos visto, no se incluye la información previa⁵⁸. Y en cuanto a la caducidad, ésta se refiere únicamente al procedimiento sancionador (art. 42.3.a Ley 30/92), por lo que la información previa no está sujeta a este instituto.

4.2. En el nuevo procedimiento disciplinario de los abogados

4.2.1. Actuaciones previas *sui generis*

Dice el art. 6.1, pfo. 4º, del nuevo RPD de los abogados que “*Podrá igualmente, con carácter previo y por plazo de diez días, requerirse al denunciante para que ratifique su denuncia y, en su caso, complete, aclare o aporte la documentación o antecedentes que sean necesarios para determinar la admisión a trámite de la denuncia y señale domicilio a efecto de notificaciones. El requerimiento contendrá la advertencia de que, expirado el plazo sin haberse atendido, podrá decretarse el archivo de la denuncia*”.

Varios son los aspectos que deben ser objeto de comentario:

1) En relación con la ratificación de la denuncia, que no está prevista en el RPS ni en la Ley 30/92, no parece que su exigencia deba quedar al arbitrio del órgano competente. El nuevo RPD debería haber sido más contundente a la hora de establecer este requisito en todos o en los supuestos que especificara, y de predicar las consecuencias de su omisión, y no decir que se *podrá* requerir al denunciante para que ratifique su denuncia y que expirado el término sin haberlo atendido *podrá decretarse el archivo de la denuncia*. Términos que crean inseguridad, salvo que se entienda que la falta de ratificación de la denuncia es en realidad intrascendente en los procedimientos disciplinarios, que se inician y tramitan de oficio y en los que el denunciante no es interesado. Justificación que, sin embargo, no sirve en el nuevo procedimiento disciplinario de los abogados, en el que, según hemos concluido, se otorga la condición de interesado al denunciante, en cuyo caso, no es que tenga que ratificarse si para ello es requerido, sino que debería personarse a fin de constituirse en parte conforme a la teoría general de la legitimación, y a la que no

⁵⁸ Vid., STS de 13 de marzo del 2002, según la cual: “La interrupción de los plazos prescriptivos, cierto es, no se produce por la tramitación de diligencias reservadas o informaciones previas, sino por la apertura del procedimiento disciplinario mediante el correspondiente acuerdo de incoación, que debe ser formalmente notificado al interesado para que ese efectos interruptivo se produzca. Por consiguiente, si el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador y el posterior acuerdo de nombramiento de Instructor y Secretario no se notificaron en debida forma a la interesada, no pueden surtir ningún efecto de interrupción de la prescripción”.

hace referencia alguna el nuevo RPD de los abogados, ya que también le otorga la condición de parte por el hecho de su denuncia.

2) En cuanto a que el denunciante “complete, aclare o aporte la documentación o antecedentes que sean necesarios para determinar la admisión a trámite de la denuncia”, esto parece excesivo que se realice en este trámite previo a la admisión de la denuncia, aun cuando el plazo previsto sea corto, siendo más lógica su ubicación en un periodo de información previa, cuya finalidad es, precisamente, conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento disciplinario, a cuyo fin podrá requerirse al denunciante dicha documentación y explicaciones complementarias en su condición, no de interesado, que no debería serlo, pero sí de testigo cualificado de la infracción denunciada, si efectivamente lo es porque, por ejemplo, haya resultado perjudicado por ella.

Todo ello, tal y como dispone el art. 12.1 del RPS para los procedimientos sancionadores, y prevee el art. 7.1 del nuevo RPD de los abogados para un momento posterior, cuando señala que el Ponente de la información previa realizará de oficio cuantas actuaciones considere necesarias, “recabando los datos e informaciones que estime puedan ser relevantes para determinar la posible existencia de responsabilidades dignas de investigación”.

Por lo que, ningún sentido tienen esas actuaciones *sui generis* previas a la admisión de la denuncia, salvo retardar la adopción de un acuerdo de archivo o de inicio del procedimiento disciplinario, que alarga en el tiempo la interrupción del plazo de prescripción de la infracción denunciada, en su caso.

4.2.2. Información previa

Conforme a los arts. 6.1, pfo. 2º, del nuevo RDP de los abogados, “El inicio del mencionado procedimiento podrá dar lugar a la apertura de un periodo de información previa o a la apertura del expediente disciplinario...”, y 7.1, “La Junta de Gobierno podrá iniciar el procedimiento abriendo un periodo de información previa...”, resulta que el periodo de *información previa* es parte del procedimiento disciplinario, aunque anterior, en su caso, al expediente disciplinario. La nota discordante se encuentra en la Disposición Transitoria, que parece admitir que la información previa no es parte del procedimiento disciplinario, al referirse a “Los expedientes disciplinarios abiertos antes de la entrada en vigor de este Reglamento...” (y no a los procedimientos disciplinarios).

A salvo la nota discordante, y congruente con su planteamiento, el nuevo RPD de los abogados declara que el acuerdo de apertura de información previa interrumpe el plazo de prescripción de la falta que le haya dado origen (art. 7.1). Pero, de forma incongruente con él, excluye el periodo de información previa del instituto de la caducidad, que sólo refiere al expediente disciplinario, pues, según su art. 8.7, pfo. 1º, “*el expediente disciplinario deberá resolverse en el plazo máximo de seis meses*”, y sin que regule un plazo máximo para el periodo de información previa, como sí contenía el hoy derogado RPD, que lo cifraba en un mes, resultando, además, que ni el RPS ni la Ley 30/92 señalan plazo a este periodo, del que también se derivan consecuencias negativas para el abogado denunciado, pese a que ni siquiera hay suficientes indicios de que haya cometido una infracción deontológica. Información previa que, por tanto, es de duración indefinida, justificada por la imposibilidad de determinar a *priori* el momento en el que el órgano competente va a tener los elementos de juicio indicativos de la procedencia de iniciar o no el procedimiento disciplinario, pero que, aún así, no debe extenderse en el tiempo⁵⁹.

Del citado art. 8.7, pfo. 1º, llama la atención la primera parte, “*Salvo que legalmente esté establecido otro plazo el expediente disciplinario deberá resolverse...*”, cuando resulta que es la Ley, en concreto la Ley 30/92, dada la reserva de ley en materia de procedimiento administrativo que consagra el art. 105 CE, la que permite que el procedimiento sancionador esté regulado por norma reglamentaria (art. 134.1 Ley 30/92), que bien puede establecer plazos de caducidad diferentes al previsto en la Ley 30/92, dado que la caducidad no se ve alcanzada por esa reserva material de ley, reducida a la predeterminación de los principios básicos, siendo susceptible de regulación reglamentaria en consideración al carácter esencialmente reglamentario de la materia procedimental y a su naturaleza netamente adjetiva⁶⁰.

Añade el art. 16.8 del nuevo RPD de los abogados que “*Si no hubiese recaído resolución transcurrido seis meses desde la apertura del expediente disciplinario, ... se declarará la caducidad, sin perjuicio de su nueva incoación si no hubiese prescrito la*

⁵⁹ Sin perjuicio de que a tenor del art. 91.3 del EGAE, “*La prescripción se interrumpirá por la notificación al colegiado afectado del acuerdo de incoación de información previa a la apertura de expediente disciplinario, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción si en los tres meses siguientes no se incoa expediente disciplinario o éste permaneciere paralizado durante más de seis meses, por causa no imputable al colegiado inculgado*”.

⁶⁰ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., *La caducidad del procedimiento administrativo*, Madrid, 1998, p. 270.

infracción”. Al respecto procede hacer dos comentarios: 1) Según dicho precepto, el *dies ad quem* para que opere la caducidad es aquél en el que se dicta la resolución, cuando la Ley 30/92 incluye en dicho plazo su notificación (art. 42.2⁶¹); y 2) Producida la caducidad, lo único que puede acordarse es el archivo del procedimiento caducado, si bien, y en tanto no haya prescrito la infracción cabe abrir un segundo procedimiento por los mismos hechos y contra los mismos sujetos.

Por último, y de forma también incongruente con que la información previa forme parte del procedimiento disciplinario, el nuevo RPD de los abogados no permite la intervención en esa primera parte del denunciante, que reserva para el expediente disciplinario; al denunciante sólo se le participará la adopción del acuerdo de inicio del procedimiento disciplinario abriendo un periodo de información previa, el cual no es susceptible de recurso alguno (art. 7.1). Por el contrario, se establece obligatoria la intervención del abogado denunciado; aspecto que, sin embargo, no prevee el RPS⁶², que deja libertad sobre el contenido de las actuaciones que se estimen convenientes.

4.2.3. El denunciante abogado es más interesado

Dice el art. 7.3 del RPD de los abogados que “*Cuando el denunciante sea Abogado y la denuncia se interponga contra otro Abogado, colegiado ejerciente o Abogado inscrito, por presunta vulneración de deberes u obligaciones hacia éste como compañero de profesión, el Ponente dará cuenta al Decano para que éste realice una labor de mediación si lo estima conveniente. Alcanzada la mediación a satisfacción del denunciante se propondrá el archivo de la información sin más trámite*”. Conforme a ese precepto, la satisfacción del denunciante-abogado en el supuesto que describe produce el archivo de la información previa, aun cuando el abogado denunciado haya incurrido en una infracción disciplinaria, incluso muy grave.

Son necesarias las siguientes reflexiones:

⁶¹ Art. 42.2 Ley 30/92, “*El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria Europea*”.

⁶² Vid., STS 5 de octubre de 1992: “En cuanto a la información reservada no es posible pretender que se opere al señor C. N., pues la misma supone una actividad depuradora o de tamiz en los órganos colegiados para evitar la decisión de abrir o no un expediente, pero no puede pretender equipararse esta actividad a la puramente disciplinaria con un expediente”.

1) Dado que el nuevo RPD de los abogados considera que la información previa es parte del procedimiento disciplinario, no se acierta a comprender por qué la posibilidad que analizamos se contempla únicamente en esa primera fase, que además puede no existir, y no durante todo el procedimiento disciplinario. Y, además, deja sin resolver cómo se articula la mediación cuando el abogado denunciado pertenece a la Junta de Gobierno de algún Colegio de abogados, o es el propio Decano, en cuyo caso la competencia para la iniciación, tramitación y resolución de la información previa y del expediente disciplinario corresponde al Consejo de Colegios de la Comunidad Autónoma y en su defecto al CGAE (arts. 7.2 y 8.5).

2) Es inimaginable la *satisfacción* a la que se refiere, pues la única consecuencia que puede derivar del procedimiento disciplinario, del que según el RPD forma parte la información previa, es el archivo o la imposición de una sanción al abogado denunciado, y no otra; y paralelamente, del acuerdo que pone fin a la información previa, disponiendo bien su archivo bien la apertura de expediente disciplinario o la imposición de una sanción por infracción leve, tampoco puede derivarse beneficio alguno para el denunciante. Argumento que, precisamente, es el que impide considerar al denunciante, cualquiera que sea su condición profesional, interesado en el procedimiento disciplinario.

3) La exculpación del denunciante carece de efectos en los procedimientos disciplinarios, que se inician y tramitan de oficio, y que el órgano competente tiene que aperturar cuando existen indicios racionales manifiestos de infracción disciplinaria⁶³. Mediación que, en consecuencia, tiene sentido sólo al margen del procedimiento disciplinario, aunque sea con carácter previo a fin de evitarlo⁶⁴.

⁶³ Vid., STS de 26 de mayo de 1987, según la cual, “La exculpación de los denunciados posterior al inicio del expediente, no puede afectar a la responsabilidad del demandante ya que el interés público, colegial y profesional de los Arquitectos, no puede quedar a merced de una retractación o perdón de las personas lesionadas por la conducta irregular del sancionado, al que no se le restringe por la normativa Deontológica aplicable ninguno de los derechos y libertades fundamentales comprendidos en el título I de la Constitución, sino que por el contrario fortalece el prestigio de una profesión y la justa estimación de la labor profesional de cada Colegiado sin privilegios o ventajas para ninguno y se garantiza el interés del cliente que solicita los servicios de un arquitecto”.

⁶⁴ En este sentido, dice el art. 79 del EGAE que “El abogado que reciba el encargo de promover actuaciones de cualquier clase contra otro sobre responsabilidades relacionadas con el ejercicio profesional, deberá informar al Decano del Colegio para que pueda realizar una labor de mediación, si la considera oportuna,

4) El distinto tratamiento entre el denunciante-abogado y el denunciante-no abogado, al que no se le ofrece igual posibilidad de *satisfacción* (aun cuando ésta es en sentido técnico imposible), y del imputado denunciado por un abogado o por un no abogado, al que no se le reconoce la posibilidad de archivo tras la hipotética *satisfacción* del denunciante (lo que tiene aún más trascendencia), resulta discriminatorio. Y es que el denunciante, sea o no abogado, y cualquiera que sea la infracción denunciada, carece de interés legítimo en el procedimiento disciplinario: es, en todo caso, un no interesado; y la condición de imputado no guarda relación alguna con la del denunciante, aunque sea abogado.

Y esto, aun cuando se ha intentado justificar como legítimo el interés corporativo profesional, que atribuiría a los abogados denunciadores la condición de interesados en los procedimientos disciplinarios seguidos contra sus colegas denunciados. En este sentido se ha defendido que son titulares de intereses legítimos aquellos sujetos que “por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, por lo que tienen un interés legítimo en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aun cuando la actuación de que se trata no les ocasione, en concreto, un beneficio o un perjuicio inmediato, sea de carácter moral o material”⁶⁵.

Argumento que está en la base de la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 7 de febrero de 2000, que entendió que el denunciante, un profesional colegiado, ostentaba un interés legítimo propio, ya que “en el caso de conseguir la incoación de un expediente disciplinario y, en caso de proceder, la imposición de una sanción, el hoy recurrente obtendría, por un lado, un evidente beneficio, por vía directa y también por la eliminación de una carga o gravamen, ya que la hipotética sanción podría conllevar... la expulsión del Colegio o la suspensión del ejercicio de la profesión, entre otras medidas; lo cual,

aun cuando el incumplimiento de dicho deber no pueda ser disciplinariamente sancionado”. Precepto que por tanto se refiere a *actuaciones de cualquier clase*, y no sólo al ejercicio de *acciones* como dice el art. 12.3 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del CGAE en sesión de 27 de septiembre de 2002, modificado en sesión del 10 de diciembre siguiente, pero que las limita a que haya recibido el *encargo* de promoverlas, a diferencia de lo que dispone el citado art. 12.3, según el cual, “*El Abogado que pretenda iniciar una acción, en nombre propio o como Abogado de un cliente, contra otro compañero por actuaciones profesionales del mismo, habrá de comunicarlo previamente al Decano, por si considera oportuno realizar una labor de mediación*”.

⁶⁵ GÓMEZ-FERRER, “Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos”, *REDA*, n.º 33, 1982, pp. 189-190.

obviamente, supondría para el actor disminución -o supresión, en su caso-, de la competencia, con el consiguiente beneficio económico”.

No obstante, no lo entiende así la Sentencia del TS, entre otras, de 28 de noviembre del 2003, según la cual, “Establecido que la noción de interés legítimo es identificable, como ha dicho este Tribunal, «con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida –sentencia de 27 de julio de 1993-», de los antecedentes fácticos recogidos en la sentencia impugnada en el caso que enjuicamos, la esfera jurídica personal y profesional del abogado recurrente en modo alguno se ve afectada por una eventual imposición de una sanción disciplinaria a todos o algunos de los miembros de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Valladolid...”⁶⁶.

5. CONSIDERACIONES FINALES

5.1. El maltrecho secreto profesional

Conforme al art. 14.1 del nuevo RPD de los abogados, el denunciante tiene derecho a la vista del expediente, lo que no sólo carece de apoyatura legal, pues en los procedimientos disciplinarios no hay más interesado que el imputado, sino que, además, puede vulnerar derechos.

El abogado denunciado en el ejercicio de su derecho de defensa puede haber relatado hechos o desvelado datos de la parte contraria, o del Abogado de ésta, o conversaciones mantenidas con éste, ignorados hasta este momento por el denunciante, y que debe seguir ignorando, al estar protegidos por el secreto profesional.

No hay argumento que justifique la lesión que al secreto profesional, y a otros posibles derechos en cascada, puede provocar la vista del expediente por el denunciante, cuando ni siquiera se produce un conflicto de intereses, puesto que ningún derecho de éste está en juego. Y es que, por más que se empeñe el nuevo RPD de los abogados en decir lo contrario, la ausencia de interés del denunciante se extiende a todos los extremos de la actuación administrativa.

⁶⁶ Vid., también, STS de 27 de enero de 1989, que negó que el interés profesional corporativo sea suficiente para otorgar legitimación.

Ahora bien, tampoco debe despreciarse la condición de testigo cualificado del denunciante si efectivamente lo es, porque haya resultado perjudicado por la infracción o por otra razón, al que el Ponente en la información previa⁶⁷ y el Instructor en el expediente disciplinario deberán dar la oportunidad de presentar cuantas alegaciones, documentos y testimonios sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos, a fin de llevar a cabo con responsabilidad la actividad que a cada uno corresponde, pero sin que por ello se convierta en interesado; sigue siendo un tercero ajeno al procedimiento disciplinario.

5.2. La nueva situación del abogado imputado

En definitiva, el nuevo RPD de los abogados convierte a cualquier denunciante en interesado y parte del procedimiento que regula sin fundamento jurídico alguno. Pero, por más participación que de al denunciante, éste no puede conseguir nada en dicho procedimiento, a salvo que se sancione al abogado imputado, interés en que esto ocurra que, como se ha reiterado, no es legítimo, ni le convierte en interesado y parte.

Por el contrario, con la nueva regulación: se ponen en peligro principios básicos de la Abogacía, como el secreto profesional; se complica extraordinariamente el procedimiento, lo que puede desbordar de trabajo a los instructores, con la repercusión que esto tiene para los Colegios de abogados; y se incrementa la incertidumbre y desasosiego de los abogados denunciados, que también tendrán que dedicar más tiempo a defenderse, haciendo frente a las constantes alegaciones y pruebas del denunciante, aumentando así los perjuicios que todo procedimiento disciplinario conlleva para el imputado.

En fin, este nuevo procedimiento disciplinario se aparta de la doctrina legal y jurisprudencial, no beneficia al denunciante, pero perjudica a los abogados imputados y a sus Colegios.

⁶⁷ La obligatoriedad de su designación es otra novedad del vigente RPD de los abogados (art. 6).

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas Año 2004 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

UE-424 Parlamento 2004/132/EC, EURATOM aprobación definitiva del **presupuesto general de la Unión Europea** para el ejercicio 2004
DOCE L53, 23.02.2004, p. 1

UE-425 Documentos anexos al **presupuesto general de la Unión Europea** para el ejercicio 2004
DOCE L62, 27.02.2004, p. 1 y ss

UE-426 Decisión 2004/197/PESC del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se crea un mecanismo para administrar la financiación de los **costes comunes de las operaciones de la Unión Europea que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa**
DOCE L63, 28.02.2004, p. 68

UE-427 Decisión 2004/97/EC, EURATOM adoptada de común acuerdo por los Representantes de los Estados miembros, reunidos a escala de Jefes de Estado o de Gobierno, de 13 de diciembre de 2003, relativa a la fijación de las **sedes de determinadas oficinas y agencias de la Unión Europea**
DOCE L 29, 3.02.2004, p. 15

UE-428 Decisión 2004/194/EC del Consejo, de 10 de febrero de 2004, que modifica la Decisión 2001/264/CE por la que se adoptan las **normas de seguridad del Consejo**
DOCE L63, 28.02.2004, p. 48

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOCE, series L y C, durante el 1º trimestre de 2004.

UE-429 Decisión 2004/257/EC del Banco Central Europeo, de 19 de febrero de 2004, por la que se adopta el **Reglamento interno del Banco Central Europeo (BCE/2004/2)**
DOCE L80, 18.03.2004, p. 33

UE-430 Reglamento (CE, Euratom) n° 401/2004 del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por el que se establecen **medidas especiales y temporales para la contratación de funcionarios de las Comunidades Europeas, con motivo de la adhesión** de Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y la República Checa
DOCE L67, 5.03.2004, p. 1

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

UE-431 Decisión del Consejo, de 30 de julio de 2003, relativa a la celebración del **Acuerdo entre la Comunidad Europea y Canadá sobre el comercio de vino y bebidas espirituosas**
Acuerdo entre la Comunidad Europea y Canadá sobre el comercio de vino y bebidas espirituosas
DOCE L35, 6.02.2004, p. 1, 3 y 96

III. AGRICULTURA

UE-432 Decisión del Consejo de 22 de marzo de 2004 sobre la **adaptación del Acta relativa a las condiciones de adhesión** de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, **después de la reforma de la política agrícola común**
DOCE L93, 30.03.2004, p. 1

UE-433 Reglamento (CE) n° 138/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de diciembre de 2003, sobre las **cuentas económicas de la agricultura de la Comunidad**
DOCE L33, 5.02.2004, p. 1

UE-434 Reglamento (CE) n° 4/2004 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2003, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n° 4045/89 del Consejo, relativo a los controles, por los Estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el **Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección de Garantía**
DOCE L 2, 6.01.2004, p. 3

UE-435 Reglamento (CE) n° 567/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, que modifica el Reglamento (CE) n° 1257/1999 sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del **Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA)**
DOCE L90, 27.03.2004, p.1

UE-436 Reglamento (CE) n° 592/2004 de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 998/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las **listas de países y territorios**
DOCE L94, 31.03.2004, p. 7

UE-437 Reglamento (CE) n° 21/2004 del Consejo, de 17 de diciembre de 2003, por el que se establece un **sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina** y se modifica el Reglamento (CE) n° 1782/2003 y las Directivas 92/102/CEE y 64/432/CEE
DOCE L 5, 9.01.2004, p. 8

UE-438 Reglamento (CE) n° 85/2004 de la Comisión, de 15 de enero de 2004, por el que se establece la **norma de comercialización aplicable a las manzanas**
DOCE L 13, 20.01.2004, p. 3

UE-439 Reglamento (CE) n° 86/2004 de la Comisión, de 15 de enero de 2004, por el que se establece la **norma de comercialización de las peras**
DOCE L 13, 20.01.2004, p. 19

UE-440 Reglamento (CE) n° 214/2004 de la Comisión, de 6 de febrero de 2004, por el que se establecen las **normas de comercialización de las cerezas**
DOCE L36, 7.02.2004, p. 6

UE-441 Reglamento (CE) n° 393/2004 del Consejo, de 24 de febrero de 2004, que modifica el Reglamento (CE) n° 1673/2000 por el que se establece la **organización común de mercados en el sector del lino y el cáñamo** destinados a la producción de fibras
DOCE L65, 3.03.2004, p. 4

UE-442 Reglamento (CE) n° 580/2004 de la Comisión, de 26 de marzo de 2004, por el que se establece un procedimiento de licitación relativo a las **restituciones por exportación para determinados productos lácteos**
DOCE L90, 27.03.2004, p.58

UE-443 Reglamento (CE) n° 581/2004 de la Comisión, de 26 de marzo de 2004, por el que se abre una licitación permanente relativa a las **restituciones por exportación para determinados tipos de mantequilla**
DOCE L90, 27.03.2004, p.64

UE-444 Reglamento (CE) n° 582/2004 de la Comisión, de 26 de marzo de 2004, por el que se abre una licitación permanente relativa a las **restituciones por exportación para la leche desnatada en polvo**
DOCE L90, 27.03.2004, p.67

UE-445 Reglamento (CE) n° 65/2004 de la Comisión, de 14 de enero de 2004, por el que se establece un **sistema de creación y asignación de identificadores únicos a los organismos modificados genéticamente**
DOCE L 10, 16.01.2004, p. 5

UE-446 Reglamento (CE) n° 141/2004 de la Comisión, de 28 de enero de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1257/1999 del Consejo en lo que atañe a las **medidas transitorias de desarrollo rural aplicables a la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia**
DOCE L 24, 29.01.2004, p. 25

UE-447 Reglamento (CE) n° 392/2004 del Consejo, de 24 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 2092/91 sobre la **producción agrícola ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios**
DOCE L65, 3.03.2004, p. 1

UE-448 Reglamento (CE) n° 253/2004 de la Comisión, de 13 de febrero de 2004, por el que se fijan los límites máximos de **financiación de las acciones destinadas a mejorar la calidad de la producción oleícola** para el ciclo de producción 2004/05 y se establece una excepción a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento (CE) n° 528/1999 DOCE L44, 14.02.2004, p. 9

UE-449 Reglamento (CE) n° 277/2004 de la Comisión, de 17 de febrero de 2004, por el que se autoriza sin límite de tiempo un **aditivo en la alimentación animal** DOCE L47, 18.02.2004, p. 20

UE-450 Reglamento (CE) n° 282/2004 de la Comisión, de 18 de febrero de 2004, relativo al establecimiento de un **documento para la declaración y el control veterinario de los animales procedentes de terceros países e introducidos en la Comunidad** DOCE L49, 19.02.2004, p. 11

UE-451 Reglamento (CE) n° 594/2004 de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, por el que se fijan los **hechos generadores aplicables en los sectores de las frutas y hortalizas frescas y de los productos transformados** a base de frutas y hortalizas DOCE L94, 31.03.2004, p. 17

UE-452 Reglamento (CE) n° 596/2004 de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del régimen de **certificados de exportación en el sector de los huevos** DOCE L94, 31.03.2004, p. 33

UE-453 Reglamento (CE) n° 599/2004 de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, relativo a la adopción de un **modelo armonizado de certificado y de acta de inspección para los intercambios intracomunitarios de animales y productos de origen animal** DOCE L94, 31.03.2004, p. 44

UE-454 Directiva 2004/29/CE de la Comisión, de 4 de marzo de 2004, referente a la fijación de los caracteres y de las condiciones mínimas para el **examen de las variedades de vid** DOCE L71, 10.03.2004, p. 22

UE-455 Decisión de la Comisión, de 18 de febrero de 2004, por la que se establece un modelo de **certificado sanitario para los desplazamientos de perros, gatos y hurones sin ánimo comercial procedentes de terceros países** [notificada con el número C(2004) 432]
DOCE L65, 3.03.2004, p. 13

UE-456 Decisión de la Comisión, de 1 de marzo de 2004, por la que se adopta una lista de **materias primas cuya circulación o uso para la alimentación animal está prohibido** [notificada con el número C(2004) 583]
DOCE L67, 5.03.2004, p. 31

UE-457 Decisión de la Comisión, de 30 de marzo de 2004, relativa a la aplicación del **sistema Traces** y por la que se modifica la Decisión 92/486/CEE [notificada con el número C(2004) 1282]
DOCE L94, 31.03.2004, p. 63

IV. PESCA

UE-458 Reglamento (CE) n° 154/2004 del Consejo, de 26 de enero de 2004, relativo a la celebración del Acuerdo en forma de Canje de Notas sobre la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el **Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la República de Côte d'Ivoire sobre la pesca** en aguas de Côte d'Ivoire para el período comprendido entre el 1 de julio de 2003 y el 30 de junio de 2004
DOCE L 27, 30.01.2004, p. 1

UE-459 Reglamento (CE) n° 26/2004 de la Comisión, de 30 de diciembre de 2003, relativo al **registro comunitario de la flota pesquera**
DOCE L 5, 9.01.2004, p. 25

UE-460 Reglamento (CE) n° 423/2004 del Consejo, de 26 de febrero de 2004, por el que se establecen **medidas para la recuperación de poblaciones de bacalao**
DOCE L70, 9.03.2004, p. 8

V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL

UE-461 Reglamento (CE) n° 29/2004 de la Comisión, de 8 de enero de 2004, por el que se adoptan las especificaciones del módulo *ad hoc* 2005 relativo a la **compaginación de la vida profesional y la vida familiar** previsto por el Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo
DOCE L 5, 9.01.2004, p. 57

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

UE-461 Reglamento (CE) n° 104/2004 de la Comisión, de 22 de enero de 2004, por el que se establecen disposiciones relativas a la organización y la composición de la sala de recursos de la **Agencia Europea de Seguridad Aérea**
DOCE L 16, 23.01.2004, p. 20

UE-462 Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre **compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos**, y se deroga el Reglamento (CEE) n° 295/91
DOCE L46, 17.02.2004, p. 1

UE-463 Reglamento (CE) n° 411/2004 del Consejo, de 26 de febrero de 2004, por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 3975/87 y se modifican el Reglamento (CEE) n° 3976/87 y el Reglamento (CE) n° 1/2003, en lo que respecta al **transporte aéreo entre la Comunidad y terceros países**
DOCE L68, 6.03.2004, p. 1

UE-464 Reglamento (CE) n° 415/2004 de la Comisión, de 5 de marzo de 2004, que modifica el Reglamento (CE) n° 2099/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el **Comité de seguridad marítima y prevención de la contaminación por los buques** (COSS) y se modifican los reglamentos relativos a la seguridad marítima y a la prevención de la contaminación por los buques
DOCE L68, 6.03.2004, p. 10

UE-465 Reglamento (CE) n° 549/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se fija el **marco para la creación del cielo único europeo** (Reglamento marco)
Declaración de los Estados miembros sobre aspectos militares relacionados con el cielo único europeo
DOCE L96, 31.03.2004, p. 1 y 9

UE-466 Reglamento (CE) n° 550/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, relativo a la **prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo** (Reglamento de prestación de servicios)
DOCE L96, 31.03.2004, p. 10

UE-467 Reglamento (CE) n° 551/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, relativo a la **organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo** (Reglamento del espacio aéreo)
Declaración de la Comisión
DOCE L96, 31.03.2004, p. 20 y 25

UE-468 Reglamento (CE) n° 552/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, relativo a la **interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo** (Reglamento de interoperabilidad)
DOCE L96, 31.03.2004, p. 26

UE-469 Decisión 2004/71/EC de la Comisión, de 4 de septiembre de 2003, relativa a los **requisitos básicos de los equipos marinos de comunicación por radio destinados a ser utilizados en buques no cubiertos por el Convenio SOLAS y a participar en el Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítima (SMSSM)** [notificada con el número C(2003) 2912]
DOCE L 16, 23.01.2004, p. 54

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

UE-470 Reglamento (CE) n° 1/2004 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2003, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las **ayudas estatales** para las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos agrarios
DOCE L 1, 3.01.2004, p. 1

UE-471 Reglamento (CE) n° 364/2004 de la Comisión, de 25 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 70/2001 con vistas a ampliar su alcance a las **ayudas de investigación y desarrollo**
DOCE L63, 28.02.2004, p. 22

UE-472 Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las **concentraciones entre empresas** (“Reglamento comunitario de concentraciones”)
DOCE L 24, 29.01.2004, p. 1

UE-473 Reglamento (CE) n° 502/2004 del Consejo, de 11 de marzo de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1177/2002 relativo a un **mecanismo defensivo temporal para la construcción naval**
DOCE L81, 19.03.2004, p. 6

UE-474 Decisión 2004/32/EC de la Comisión, de 2 de abril de 2003, relativa a la **ayuda estatal** concedida por España a Porcelanas del Principado SL [*notificada con el número C(2003) 907*]
DOCE L 11, 16.01.2004, p. 1

UE-475 Decisión 2004/170/EC de la Comisión, de 21 de octubre de 2003, referente a las **ayudas a la investigación y desarrollo** en la planta de Zamudio (País Vasco) que España tiene previsto ejecutar en favor de la empresa “Industria de Turbo Propulsores, SA” (ITP) [*notificada con el número C(2003) 3525*]
DOCE L61, 27.02.2004, p. 87

UE-476 Decisión 2004/244/EC de la Comisión, de 11 de junio de 2003, relativa a la **ayuda estatal** ejecutada por España en favor de Volkswagen Navarra SA [*notificada con el número C(2003) 1745*]
DOCE L77, 13.03.2004, p. 54

UE-477 Decisión 2004/286/EC de la Comisión, de 23 de julio de 2003, sobre las **ayudas a la investigación y el desarrollo** en el ámbito aeronáutico que el Reino de España tiene previsto ejecutar en favor de la empresa Gamesa
DOCE L91, 30.03.2004, p.49

IX. FISCALIDAD

UE-478 Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al **régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes**
DOCE L 7, 13.01.2004, p. 41

UE-479 Directiva 2004/7/CE del Consejo, de 20 de enero de 2004, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE relativa a un régimen común del **impuesto sobre el valor añadido**, en lo que respecta al procedimiento de adopción de medidas de inaplicación y a la atribución de competencias de ejecución
DOCE L 27, 30.01.2004, p. 44

UE-480 Directiva 2004/15/CE del Consejo, de 10 de febrero de 2004, por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE con el fin de prorrogar la facultad de autorizar a los Estados miembros a aplicar un tipo reducido de **IVA** a algunos servicios de gran intensidad de mano de obra
DOCE L52, 20.02.2004, p. 61

UE-481 Decisión 2004/228/EC del Consejo, de 26 de febrero de 2004, por la que se autoriza al Reino de España para adoptar una medida de inaplicación del artículo 21 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo en materia de **armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios**
DOCE L70, 9.03.2004, p. 37

X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

UE-482 Decisión 2004/43/EC del Banco Central Europeo, de 18 de diciembre de 2003, sobre la participación de los bancos centrales nacionales en la clave para la **suscripción del capital del Banco Central Europeo (BCE/2003/17)**
DOCE L 9, 15.01.2004, p. 27

UE-483 Decisión 2004/44/EC del Banco Central Europeo, de 18 de diciembre de 2003, por la que se adoptan las medidas necesari-

rias para el **desembolso del capital del Banco Central Europeo** por los bancos centrales nacionales participantes (BCE/2003/18)
DOCE L 9, 15.01.2004, p. 29

UE-484 Decisión 2004/45/EC del Banco Central Europeo, de 18 de diciembre de 2003, por la que se adoptan las medidas necesarias para el **desembolso del capital del Banco Central Europeo** por los bancos centrales nacionales no participantes (BCE/2003/19)
DOCE L 9, 15.01.2004, p. 31

UE-485 Decisión 2004/46/EC del Banco Central Europeo, de 18 de diciembre de 2003, por la que se establecen las condiciones de las **transferencias de las participaciones del capital del Banco Central Europeo** entre los bancos centrales nacionales y el ajuste del desembolso del capital (BCE/2003/20)
DOCE L 9, 15.01.2004, p. 32

UE-486 Decisión 2004/47/EC del Banco Central Europeo, de 18 de diciembre de 2003, por la que se adoptan las medidas necesarias para la contribución a las **reservas y provisiones del Banco Central Europeo** y para el ajuste de los activos de los bancos centrales nacionales equivalentes a las reservas exteriores transferidas (BCE/2003/21)
DOCE L 9, 15.01.2004, p. 36

UE-487 Decisión 2004/48/EC del Banco Central Europeo, de 18 de diciembre de 2003, por la que se modifica la letra f) del artículo 1 de la Decisión BCE/2001/16, sobre la **asignación de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros participantes** a partir del ejercicio de 2002 (BCE/2003/22)
DOCE L 9, 15.01.2004, p. 39

UE-488 Decisión 2004/49/EC del Banco Central Europeo, de 18 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Decisión BCE/2001/15 sobre la **emisión de billetes de banco denominados en euros** (BCE/2003/23)
DOCE L 9, 15.01.2004, p. 40

UE-489 Orientación del Banco Central Europeo, de 1 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Orientación BCE/2000/7 sobre los **instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema** (BCE/2003/16)
DOCE L69, 8.03.2004, p. 1

UE-490 Orientación 2004/268/EC del Banco Central Europeo, de 13 de febrero de 2004, por la que se modifica la Orientación BCE/2003/2 relativa a determinadas exigencias de **información estadística del Banco Central Europeo** y los procedimientos de presentación de información estadística por los bancos centrales nacionales en el ámbito de las estadísticas monetarias y bancarias (BCE/2004/1)
DOCE L83, 20.03.2004, p. 29

UE-491 Dictamen del Consejo de 9 de marzo de 2004 en relación con el **Programa de Estabilidad actualizado de España (2003-2007)**
DOCE C 68, 18.03.2004, p. 1

XI RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

UE-492 Decisión 2004/112/EC, EURATOM del Consejo y de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre, por una parte, la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y, por otra, la Confederación Suiza
Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre, por una parte, la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y, por otra, la Confederación Suiza
DOCE L32, 5.02.2004, p. 22 y 23

UE-493 Decisión del Consejo, de 30 de julio de 2003, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Canadá sobre el comercio de vino y bebidas espirituosas
Acuerdo entre la Comunidad Europea y Canadá sobre el comercio de vino y bebidas espirituosas
DOCE L35, 6.02.2004, p. 1, 3 y 96

UE-494 Decisión 2004/126/EC del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, sobre la celebración de un Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos
Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos
DOCE L37, 10.02.2004, p. 8 y 9

UE-495 Decisión 2004/127/EC del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, sobre la celebración de un Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y la República de Túnez
Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y la República de Túnez
DOCE L37, 10.02.2004, p. 16 y 17

UE-496 Decisión 2004/246/EC del Consejo, de 2 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, y por la que se autoriza a Austria y Luxemburgo a adherirse, en interés de la Comunidad Europea, a los instrumentos subyacentes
Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992
Protocolo de 1992 que modifica el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos, de 1969
Protocolo de 1992 que modifica el Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1971
DOCE L78, 16.03.2004, pp. 22 y ss

UE-497 Decisión 2004/259/EC del Consejo, de 19 de febrero de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia provocada por contaminantes orgánicos persistentes
Protocolo del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia provocada por contaminantes orgánicos persistentes
DOCE L81, 19.03.2004, p. 35 y 37

UE-498 Decisión 2004/239/EC, EURATOM del Consejo y de la Comisión, de 23 de febrero de 2004, relativa a la celebración del **Acuerdo de estabilización y asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la ex República Yugoslava de Macedonia, por otra**
DOCE L84, 20.03.2004, p. 1 y ss

UE-499 Reglamento (CE) nº 533/2004 del Consejo, de 22 de marzo de 2004, sobre el **establecimiento de asociaciones europeas en el marco del proceso de estabilización y asociación**
DOCE L86, 24.03.2004, p.1

UE-500 Reglamento (CE) nº 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se establece un **programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas)**
DOCE L80, 18.03.2004, p. 1

XII. ENERGÍA

UE-501 Decisión 2004/112/EC, EURATOM del Consejo y de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica del Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre, por una parte, la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y, por otra, la Confederación Suiza
Acuerdo de cooperación científica y tecnológica entre, por una parte, la Comunidad Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y, por otra, la Confederación Suiza
DOCE L32, 5.02.2004, p. 22 y 23

UE-502 Decisión 2004/282/EURATOM de la Comisión, de 29 de marzo de 1999, relativa a la celebración de un Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la República de Kazajistán en el ámbito de la seguridad nuclear
Decisión de la Comisión, de 29 de marzo de 1999, relativa a la celebración de un **Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la República de Kazajistán en el ámbito de la seguridad nuclear**
DOCE L89, 26.03.2004, p.36 y 37

UE-503 Decisión 2004/20/EC de la Comisión, de 23 de diciembre de 2003, por la que se establece una agencia ejecutiva, denominada "**Agencia ejecutiva de energía inteligente**", encargada de la gestión de la acción comunitaria en el ámbito de la energía en aplicación del Reglamento (CE) nº 58/2003 del Consejo
DOCE L 5, 9.01.2004, p. 85

UE-504 Decisión 2004/185/EURATOM del Consejo, de 19 de febrero de 2004, relativa a la aprobación de un **programa de investigación complementario que será ejecutado por el Centro Común de Investigación** para la Comunidad Europea de la Energía Atómica
DOCE L57, 25.02.2004, p. 25

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

UE-505 Decisión 2004/213/EC de la Comisión, de 3 de febrero de 2004, sobre la ejecución de la **Acción Preparatoria sobre el incremento del potencial industrial europeo en el ámbito de la investigación sobre seguridad**
DOCE L67, 5.03.2004, p. 18

UE-506 Reglamento (CE) nº 242/2004 de la Comisión, de 12 de febrero de 2004, que modifica el Reglamento (CE) nº 466/2001 por lo que respecta al **estaño inorgánico en los alimentos**
DOCE L42, 13.02.2004, p. 3

UE-507 Reglamento (CE) nº 273/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, sobre **precursores de drogas**
DOCE L47, 18.02.2004, p. 1

UE-508 Reglamento (CE) nº 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la **Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información**
DOCE L77, 13.03.2004, p. 1

UE-509 Directiva 2003/127/CE de la Comisión, de 23 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 1999/37/CE relativa a los **documentos de matriculación de los vehículos**
DOCE L 10, 16.01.2004, p. 29

UE-510 Directiva 2003/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 95/2/CE, relativa a **aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes**
DOCE L 24, 29.01.2004, p. 58

UE-511 Directiva 2003/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica

la Directiva 94/35/CE, relativa a los **edulcorantes utilizados en los productos alimenticios**

DOCE L 24, 29.01.2004, p. 65

UE-512

Directiva 2003/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de noviembre de 2003, relativa a la **aproximación de las legislaciones** de los Estados miembros sobre la **homologación de los dispositivos de visión indirecta y de los vehículos equipados con estos dispositivos**, por la que se modifica la Directiva 70/156/CEE y se deroga la Directiva 71/127/CEE

DOCE L 25, 29.01.2004, p. 1

UE-513

Directiva 2004/13/CE de la Comisión, de 29 de enero de 2004, por la que se modifica la Directiva 2002/16/CE relativa a la utilización de determinados **derivados epoxídicos en materiales y objetos destinados a entrar en contacto con productos alimenticios**

DOCE L 27, 30.01.2004, p. 46

UE-514

Directiva 2004/14/CE de la Comisión, de 29 de enero de 2004, por la que se modifica la Directiva 93/10/CEE relativa a los **materiales y objetos de película de celulosa regenerada destinados a entrar en contacto con productos alimenticios**

DOCE L 27, 30.01.2004, p. 48

UE-515

Directiva 2004/16/CE de la Comisión, de 12 de febrero de 2004, por la que se fijan métodos de toma de muestras y de análisis para el control oficial del **contenido máximo de estaño en los alimentos enlatados**

DOCE L42, 13.02.2004, p. 16

UE-516

Directiva 2004/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por la que se modifica la Directiva 92/24/CEE del Consejo, sobre los **dispositivos de limitación de velocidad o sistemas similares de limitación de velocidad incorporados a determinadas categorías de vehículos de motor**

DOCE L44, 14.02.2004, p. 19

UE-517

Directiva 2004/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los **envases y residuos de envases**

Declaración del Consejo, de la Comisión y del Parlamento Europeo

DOCE L47, 18.02.2004, p. 26 y 32

UE-518 Directiva 2004/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa a la inspección y verificación de las **buenas prácticas de laboratorio** (BPL) (Versión codificada)
DOCE L50, 20.02.2004, p. 28

UE-519 Directiva 2004/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a la aplicación de los principios de **buenas prácticas de laboratorio** y al control de su aplicación para las pruebas sobre las sustancias químicas (versión codificada)
DOCE L50, 20.02.2004, p. 44

UE-520 Directiva 2004/21/CE de la Comisión, de 24 de febrero de 2004, relativa a la limitación de la **comercialización y el uso de colorantes azoicos** (decimotercera adaptación al progreso técnico de la Directiva 76/769/CEE del Consejo)
DOCE L57, 25.02.2004, p. 4

UE-521 Directiva 2004/19/CE de la Comisión, de 1 de marzo de 2004, por la que se modifica la Directiva 2002/72/CE relativa a los **materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con productos alimenticios**
DOCE L71, 10.03.2004, p. 8

UE-522 Directiva 2004/32/CE de la Comisión, de 17 de marzo de 2004, por la que se modifica la Directiva 2001/32/CE en relación con determinadas **zonas protegidas en la Comunidad expuestas a riesgos fitosanitarios específicos**
DOCE L85, 23.03.2004, p. 24

UE-523 Decisión 2004/92/EC de la Comisión, de 21 de enero de 2004, sobre las medidas de emergencia relativas al **chile y sus productos derivados** [notificada con el número C(2004)
DOCE L 27, 30.01.2004, p. 52

UE-524 Decisión 2004/90/EC de la Comisión, de 23 de diciembre de 2003, relativa a las prescripciones técnicas para la aplicación del artículo 3 de la Directiva 2003/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la **protección de los peatones y otros usuarios vulnerables de la vía pública en caso de colisión con un vehículo de motor y antes de la misma**, y por la que se modifica la Directiva 70/156/CEE [notificada con el número C(2003) 5041]
DOCE L31, 4.02.2004, p. 21

UE-525 Decisión 2004/122/EC de la Comisión, de 6 de febrero de 2004, relacionada con las medidas de **protección frente a la gripe aviar en determinados países asiáticos** [notificada con el número C(2004) 389]
DOCE L36, 7.02.2004, p. 59

UE-526 Decisión 2004/178/EC de la Comisión, de 20 de febrero de 2004, que modifica la Decisión 1999/815/CE por la que se adoptan medidas relativas a la **prohibición de la comercialización de determinados juguetes y artículos de puericultura** destinados a ser introducidos en la boca por niños menores de tres años y fabricados con PVC blando que contenga ciertos ftalatos [notificada con el número C(2004) 524]
DOCE L55, 24.02.2004, p. 66

UE-527 Recomendación 2004/24/EC de la Comisión, de 19 de diciembre de 2003, relativa a un **programa coordinado de control oficial de productos alimenticios** para el año 2004 [notificada con el número C(2003) 4878]
DOCE L 6, 10.01.2004, p. 29

UE-528 Recomendación 2004/163/EC de la Comisión, de 17 de febrero de 2004, relativa al **programa coordinado de controles en el ámbito de la alimentación animal** para el año 2004 de conformidad con la Directiva 95/53/CE del Consejo
DOCE L52, 20.02.2004, p. 70

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

UE-529 Reglamento (CE) nº 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se crea la **Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información**
DOCE L77, 13.03.2004, p. 1

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

UE-530 Decisión 2004/246/EC del Consejo, de 2 de marzo de 2004, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, ratificar

o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al **Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992**, y por la que se autoriza a Austria y Luxemburgo a adherirse, en interés de la Comunidad Europea, a los instrumentos subyacentes

Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992

Protocolo de 1992 que modifica el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos, de 1969

Protocolo de 1992 que modifica el Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1971

DOCE L78, 16.03.2004, pp. 22 y ss

UE-531

Decisión 2004/259/EC del Consejo, de 19 de febrero de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia provocada por contaminantes orgánicos persistentes

Protocolo del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia provocada por contaminantes orgánicos persistentes

DOCE L81, 19.03.2004, p. 35 y 37

UE-532

Reglamento (CE) nº 415/2004 de la Comisión, de 5 de marzo de 2004, que modifica el Reglamento (CE) nº 2099/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea el **Comité de seguridad marítima y prevención de la contaminación por los buques (COSS)** y se modifican los reglamentos relativos a la seguridad marítima y a la prevención de la contaminación por los buques

DOCE L68, 6.03.2004, p. 10

UE-533

Directiva 2004/3/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por la que se modifican las Directivas 70/156/CEE y 80/1268/CEE del Consejo en lo relativo a las **mediciones de emisiones de dióxido de carbono y consumo de combustible de los vehículos** de la categoría N₁

DOCE L49, 19.02.2004, p.36

UE-534 Directiva 2004/8/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa al **fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía** y por la que se modifica la Directiva 92/42/CEE
DOCE L52, 20.02.2004, p. 50

UE-535 Decisión nº 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, relativa a un mecanismo para el seguimiento de las **emisiones de gases de efecto invernadero** en la Comunidad y para la aplicación del **Protocolo de Kyoto**
DOCE L49, 19.02.2004, p. 1

UE-536 Decisión de la Comisión, de 29 de enero de 2004, por la que se establecen directrices para el seguimiento y la notificación de las **emisiones de gases de efecto invernadero** de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo *[notificada con el número C(2004) 130]*
DOCE L59, 26.02.2004, p. 1

UE-537 Decisión 2004/214/EC de la Comisión, de 3 de marzo de 2004, por la que se modifica la Decisión 2000/40/CE en lo que atañe al período de validez de los criterios ecológicos para la concesión de la **etiqueta ecológica comunitaria a los frigoríficos** *[notificada con el número C(2004) 310]*
DOCE L67, 5.03.2004, p. 23

UE-538 Recomendación de la Comisión, de 18 de diciembre de 2003, relativa a la información normalizada sobre los **efluentes radiactivos gaseosos y líquidos vertidos al medio ambiente por las centrales nucleares** y las plantas de reelaboración en condiciones de funcionamiento normal *[notificada con el número C(2003) 4832]*
DOCE L 2, 6.01.2004, p. 36

UE-539 Decisión nº 20/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de diciembre de 2003, por la que se establece un marco general para la financiación de **acciones comunitarias en apoyo de la política de los consumidores** en el período 2004-2007
DOCE L 5, 9.01.2004, p. 1

UE-540 Directiva 2004/33/CE de la Comisión, de 22 de marzo de 2004, por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinados **requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos**

DOCE L91, 30.03.2004, p.25

UE-541

Decisión 2004/192/EC de la Comisión, de 25 de febrero de 2004, por la que se adopta el plan de trabajo de 2004 para la aplicación del **programa de acción comunitario en el ámbito de la salud pública** (2003-2008) que comprende el programa de trabajo anual en materia de subvenciones

DOCE L60, 27.02.2004, p. 58

UE-542

Decisión de la Comisión, de 18 de febrero de 2004, por la que se establece un modelo de **certificado sanitario para los desplazamientos de perros, gatos y hurones sin ánimo comercial procedentes de terceros países** [notificada con el número C(2004) 432]

DOCE L65, 3.03.2004, p. 13

UE-543

Decisión 2004/210/EC de la Comisión, de 3 de marzo de 2004, por la que se establecen **Comités científicos en el ámbito de la seguridad de los consumidores, la salud pública y el medio ambiente**

DOCE L66, 4.03.2004, p. 45

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

UE-544

Reglamento (CE) n° 16/2004 de la Comisión, de 6 de enero de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 1177/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las **estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC)** en lo referente a la lista de variables objetivo secundarias relacionadas con la “transmisión intergeneracional de la pobreza”

DOCE L 4, 8.01.2004, p. 3

UE-545

Reglamento (CE) n° 28/2004 de la Comisión, de 5 de enero de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 1177/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las **estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC)** en lo que se refiere a la descripción detallada de los informes de calidad intermedio y final

DOCE L 5, 9.01.2004, p. 42

UE-546 Reglamento (CE) nº 48/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de diciembre de 2003, relativo a la producción de **estadísticas comunitarias anuales de la industria siderúrgica** para los años de referencia 2003 a 2009
DOCE L 7, 13.01.2004, p. 1

UE-547 Reglamento (CE) nº 210/2004 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2003, por el que se determina la **“lista PRODCOM” de productos industriales** correspondiente a 2004 prevista por el Reglamento (CEE) nº 3924/91 del Consejo
DOCE L45, 14.02.2004, p. 1

UE-548 Reglamento (CE) nº 501/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, relativo a las **cuentas financieras trimestrales de las administraciones públicas**
DOCE L81, 19.03.2004, p. 1

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Reglamento (CE) nº 422/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 40/94 sobre la **marca comunitaria**
UE-549
DOCE L70, 9.03.2004, p. 1

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

UE-550 Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las **concentraciones entre empresas** (“Reglamento comunitario de concentraciones”)
DOCE L 24, 29.01.2004, p. 1

UE-551 Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al **régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes**
DOCE L 7, 13.01.2004, p. 41

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

UE-552 Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se nombra a la autoridad de vigilancia independiente prevista por el artículo 286 del Tratado CE (**Supervisor Europeo de Protección de datos**)
DOCE L 12, 16.01.2004, p. 47

UE-553 Decisión 2004/100/EC del Consejo, de 26 de enero de 2004, por la que se establece un **programa de acción comunitario para la promoción de la ciudadanía europea activa (participación ciudadana)**
DOCE L30, 4.02.2004, p. 6

UE-554 Decisión 2004/258/EC del Banco Central Europeo, de 4 de marzo de 2004, relativa al **acceso público a los documentos del Banco Central Europeo (BCE/2004/3)**
DOCE L80, 18.03.2004, p. 42

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

UE-555 Decisión 2004/75/PESC del Consejo, de 11 de diciembre de 2003, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto y las actividades de la Misión de Policía de la Unión Europea (EUPOL “Proxima”) en la ex República Yugoslava de Macedonia
Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto y las actividades de la Misión de Policía de la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia (EUPOL “Proxima”)
DOCE L 16, 23.01.2004, p. 65 y 66

UE-556 Consejo 2004/190/CFSP: Decisión Proxima/1/2004 del Comité Político y de Seguridad, de 10 de febrero de 2004, sobre la aceptación de contribuciones de terceros Estados no adherentes a la **Misión de Policía de la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia (EUPOL “Proxima”)**
DOCE L60, 27.02.2004, p. 54

UE-557 Reglamento (CE) n° 131/2004 del Consejo, de 26 de enero de 2004, relativo a la adopción de determinadas **medidas restrictivas contra Sudán**
DOCE L 21, 28.01.2004, p. 1

UE-558 Reglamento (CE) n° 524/2004 de la Comisión, de 19 de marzo de 2004, que modifica por trigésima primera vez el Reglamento (CE) n° 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) n° 467/2001 del Consejo
DOCE L83, 20.03.2004, p. 10

UE-559 Reglamento (CE) n° 234/2004 del Consejo, de 10 de febrero de 2004, relativo a determinadas **medidas restrictivas contra Liberia** y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1030/2003
DOCE L40, 12.02.2004, p. 1

UE-560 Reglamento (CE) n° 314/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, relativo a determinadas **medidas restrictivas respecto de Zimbabwe**
DOCE L55, 24.02.2004, p. 1

UE-561 Decisión 2004/197/PESC del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se crea un mecanismo para administrar la financiación de los costes comunes de las **operaciones de la Unión Europea que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa**
DOCE L63, 28.02.2004, p. 68

UE-562 Decisión 2004/155/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2003, sobre la utilización del **instrumento de flexibilidad en favor de la rehabilitación y la reconstrucción de Iraq** de conformidad con lo dispuesto en el punto 24 del Acuerdo interinstitucional de 6 de mayo de 1999
DOCE L54, 23.02.2004, p. 1

UE-563 Decisión 2004/213/EC de la Comisión, de 3 de febrero de 2004, sobre la ejecución de la **Acción Preparatoria sobre el incremento del potencial industrial europeo en el ámbito de la investigación sobre seguridad**
DOCE L67, 5.03.2004, p. 18

UE-564 Posición Común 2004/31/PESC del Consejo, de 9 de enero de 2004, sobre la imposición de un **embargo de armas, municiones y equipo militar a Sudán**
DOCE L 6, 10.01.2004, p. 55

UE-565 Posición Común 2004/85/PESC del Consejo, de 26 de enero de 2004, sobre la **prevención, gestión y resolución de conflictos en África** y por la que se deroga la Posición Común 2001/374/PESC DOCE L 21, 28.01.2004, p. 25

UE-566 Posición Común 2004/133/PESC del Consejo, de 10 de febrero de 2004, relativa a las **medidas restrictivas contra extremistas en la Ex República Yugoslava de Macedonia (ERYM)** y por la que se deroga la Posición Común 2001/542/PESC DOCE L39, 11.02.2004, p. 19

UE-567 Posición Común 2004/137/PESC del Consejo, de 10 de febrero de 2004, relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra Liberia** y por la que se deroga la Posición Común 2001/357/PESC DOCE L40, 12.02.2004, p. 35

UE-568 Posición Común 2004/161/PESC del Consejo, de 19 de febrero de 2004, relativa a la prórroga de **medidas restrictivas contra Zimbabwe** DOCE L50, 20.02.2004, p. 66

UE-569 Posición Común 2004/179/PESC del Consejo, de 23 de febrero de 2004, relativa a la adopción de **medidas restrictivas respecto de los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova** DOCE L55, 24.02.2004, p. 68

UE-570 Posición Común 2004/293/PESC del Consejo, de 30 de marzo de 2004, por la que se renuevan las medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del **Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)** DOCE L94, 31.03.2004, p. 65

UE-571 Acción Común 2004/87/PESC del Consejo, de 26 de enero de 2004, por la que se modifica la Acción Común 2003/681/PESC sobre la **Misión de Policía de la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia (EUPOL “Proxima”)** DOCE L 21, 28.01.2004, p. 31

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

UE-572 UE-572 Reglamento (CE) n° 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se

establece un **programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas)**

DOCE L80, 18.03.2004, p. 1

UE-573

Decisión 2004/80/EC del Consejo, de 17 de diciembre de 2003, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales

DOCE L 17, 24.01.2004, p. 23 y 25

UE-574

Decisión del Consejo, de 8 de marzo de 2004, relativa a la firma del Memorándum de Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Administración Nacional de Turismo de la República Popular China sobre visados y cuestiones conexas en relación con los grupos de turistas de la República Popular China (ADS)

Memorándum de Acuerdo entre la Comunidad Europea, y la Administración Nacional de Turismo de la República Popular China, respecto a los visados y cuestiones conexas en relación con los grupos de turistas de la República Popular China (ADS)

DOCE L83, 20.03.2004, p. 12 y 14

UE-575

Decisión 2004/79/EC del Consejo, de 17 de diciembre de 2003, relativa a la firma del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo al mismo, de 2001

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo al mismo, de 2001

DOCE L 26, 29.01.2004, p. 1 y 3

UE-576

Acto 2004/C 2/01 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, por el que se establece, sobre la base del apartado 1 del artículo 43 del Convenio por el que se crea una **Oficina Europea de Policía (Convenio Europol), un Protocolo por el que se modifica dicho Convenio**

DOCE C 2, 6.01.2004, p. 1

UE-577 Reglamento (CE) nº 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una **red de funcionarios de enlace de inmigración**
DOCE L64, 2.03.2004, p. 1

UE-578 Reglamento (CE) nº 378/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, relativo a los procedimientos para modificar el **Manual Sirene**
DOCE L64, 2.03.2004, p. 5

UE-579 Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al **estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración**
DOCE L 16, 23.01.2004, p. 44

UE-580 Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la **lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil**
DOCE L 13, 20.01.2004, p. 44

UE-581 Decisión 2004/191/EC del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al **reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países**
DOCE L60, 27.02.2004, p. 55

UE-582 Decisión 2004/201/JAI del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre los procedimientos para modificar el **Manual Sirene**
DOCE L64, 2.03.2004, p. 45

Legislación del Estado*

Primer Trimestre 2005

I. DERECHOS FUNDAMENTALES

EST-1 Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (Ministerio de la Presidencia). Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005.

II. ECONOMÍA

EST-2 Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo. Reformas urgentes para el impulso a la productividad y mejora de la contratación pública.
BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005.

III. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

EST-3 Orden Ministerial APU/516/2005, de 3 de marzo (Ministerio de Administraciones Públicas). Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.
BOE núm. 56, de 7 de marzo de 2005.

IV. HACIENDA

EST-4 Real Decreto 54/2005, de 21 de enero (Ministerio de Economía y Hacienda). Medidas de prevención del blanqueo de capitales aprobado por Real Decreto 925/1995 de 9 de junio y de otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador.
BOE núm. 19, de 22 de enero de 2005.

(*) Sección preparada por Antonio JIMÉNEZ BLANCO. Comprende disposiciones generales publicadas en el BOE durante el 1º trimestre de 2005.

EST-5 Real Decreto 161/2005, de 11 de febrero (Ministerio de Economía y Hacienda). Modificación del Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, sobre procedimiento de aplicación de las directivas de la Comunidad Europea sobre intercambio de información tributaria.
BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2005.

EST-6 Orden Ministerial EHA/777/2005, de 21 de marzo (Ministerio de Economía y Hacienda). Procedimiento de obtención, formulación, aprobación y rendición de las cuentas anuales para entidades estatales de derecho público.
BOE núm. 77, de 31 de marzo.

V. MEDIO AMBIENTE

EST-7 Real Decreto 60/2005, de 21 de enero (Ministerio de la Presidencia). Modificación del Real Decreto 1866/2004 de 6 de septiembre, de aprobación del Plan nacional de asignación de derechos de emisión 2005-2007.
BOE núm. 19, de 22 de enero de 2005.

EST-8 Instrumento de ratificación del Protocolo 11 diciembre de 1997 del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático.
BOE núm. 33, de 8 de febrero de 2005.

EST-9 Ley 1/2005, de 9 de marzo. Régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.
BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2005.

Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas (*)

I. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

AST-4 Ley 1/2004, de 21 de octubre (Presidencia del Principado de Asturias). Consejo Consultivo del Principado de Asturias.
BOE núm. 282, de 23 de noviembre.
Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 256, de 4 de noviembre.

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

NAV-10 Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).
Actualización del Régimen Local.
BOE núm. 289, de 1 de diciembre.
Diario Oficial de Navarra núm. 133, de 5 de noviembre.

III. CAJAS DE AHORRO

RIO-6 Ley 6/2004, de 18 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).
Cajas de Ahorros.
BOE núm. 272, de 11 de noviembre.
Boletín Oficial de La Rioja núm. 135, de 23 de octubre.

DRC-4 Ley 4/2004, de 2 de noviembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria).
Reforma de la Ley 4/2002, de 24 de julio, de Cajas de Ahorros. BOE núm. 288, de 30 de noviembre.
Boletín Oficial de Cantabria núm. 218, de 11 de noviembre.

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las Leyes de las Comunidades Autónomas publicadas en el BOE durante el último trimestre de 2004 (X-XII).

IV. COLEGIOS PROFESIONALES

CAS-1

Ley 1/2004, de 13 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León).

Creación del Consejo de Colegios Profesionales de Agentes Comerciales de Castilla y León.

BOE núm. 271, de 10 de noviembre.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 103, de 20 de octubre.

CAS-2

Ley 2/2004, de 13 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León).

Creación del Consejo de Colegios Profesionales de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias de Castilla y León.

BOE núm. 271, de 10 de noviembre.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 103, de 20 de octubre.

CAS-3

Ley 3/2004, de 13 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León).

Creación del Consejo de Colegios Profesionales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Castilla y León.

BOE núm. 271, de 10 de noviembre.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 103, de 20 de octubre.

CAS-4

Ley 4/2004, de 13 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León).

Creación del Consejo de Colegios Profesionales de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local de Castilla y León. BOE núm. 271, de 10 de noviembre.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 103, de 20 de octubre.

DRC-5

Ley 3/2004, de 7 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria).

Creación del Colegio Profesional de Logopedas de Cantabria. BOE núm. 272, de 11 de noviembre.

Boletín Oficial de Cantabria núm. 201, de 18 de octubre.

V. CONSUMO

GAL-15

Ley 11/2004, de 19 de noviembre (Presidencia de la Xunta de Galicia). Inspección de consumo.

BOE núm. 305, de 20 de diciembre
Boletín Oficial de Galicia núm. 235, de 2 de diciembre.

VI. INFRAESTRUCTURAS

RIO-7 Ley 5/2004, de 5 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

Aprobación y autorización del Protocolo de colaboración del Gobierno de La Rioja y la Diputación Foral de Álava para la planificación y obras de carreteras de la red viaria en zonas colindantes.

BOE núm. 263, de 1 de noviembre.
Boletín Oficial de La Rioja núm. 128, de 7 de octubre.

NAL-11 Ley Foral 12/2004, de 29 de octubre (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).

Plan de Infraestructuras Locales para el periodo 2005-2008. BOE núm. 290, de 2 de diciembre.

Diario Oficial de Navarra núm. 133, de 5 de noviembre.

VII. MEDIO AMBIENTE

EXT-7 Ley 7/2004, de 17 de noviembre (Presidencia de la Junta de Extremadura). Declara a Cornalvo Parque Natural.

BOE núm. 302, de 16 de diciembre.
Diario Oficial de Extremadura» núm. 139, de 30 de noviembre.

VIII. PATRIMONIO HISTÓRICO-ARTÍSTICO

RIO-8 Ley 7/2004, de 18 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

Patrimonio Cultural, Histórico y Artístico de La Rioja.

BOE núm. 272, de 11 de noviembre.
Boletín Oficial de La Rioja núm. 135, de 23 de octubre.

VAL-10 Ley 7/2004, de 19 de octubre (Presidencia de la Generalitat de Valencia). Modificación de la Ley 4/1998, de 11 de junio, del Patrimonio Cultural Valenciano. BOE núm. 279, de 19 de noviembre.

Diario Oficial de la Generalidad Valenciana núm. 4.867, de 21 de octubre.

IX. PUERTOS

DRC-6 Ley 6/2004, de 16 de noviembre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria).

Puertos.

BOE núm. 298, de 11 de diciembre.

Boletín Oficial de Cantabria núm. 228, de 25 de noviembre.

X. SUELO Y VIVIENDA

AST-5 Ley 2/2004, de 29 de octubre (Presidencia del Principado de Asturias). Medidas urgentes en materia de suelo y vivienda.

BOE núm. 296, de 9 de diciembre.

Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 261, de 10 de noviembre.

VAL-11 Ley 8/2004, de 20 de octubre (Presidencia de la Generalitat de Valencia). Vivienda.

BOE núm. 281, de 22 de noviembre.

Diario Oficial de la Generalidad Valenciana núm. 4.867, de 21 de octubre.

XI. TURISMO

GAL-16 Ley 10/2004, de 2 de noviembre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Modificación de la Ley 9/1997, de 21 de agosto, de ordenación y promoción del turismo en Galicia.

BOE núm. 291, de 3 de diciembre.

Boletín Oficial de Galicia núm. 224, de 17 de noviembre.

Disposiciones generales de la Junta de Andalucía (*)

I. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

AND-70

Decreto 521/2004, de 9 de noviembre (Consejería de la Presidencia).

Crea la Comisión Interdepartamental para el reconocimiento de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

BOJA núm. 221, de 12 de noviembre.

AND-71

Decreto 497/2004, de 28 de septiembre (Consejería de la Presidencia).

Crea el Consejo Asesor para la Modernización del Estado de las Autonomías. BOJA 193, de 1 de octubre.

AND-72

Decreto 530/2004, de 16 de noviembre (Consejería de Medio Ambiente).

Regula la composición, las funciones y el régimen de funcionamiento del Consejo Andaluz de Biodiversidad.

BOJA núm. 242, de 14 de diciembre.

AND-73

Decreto 557/2004, de 14 de diciembre (Consejería de Presidencia).

Crea la Comisión Interdepartamental de Acción Exterior.

BOJA núm. 245, de 17 de diciembre.

II. EDUCACIÓN

AND-74

Decreto 544/2004, de 30 de noviembre (Consejería de Educación).

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las leyes y disposiciones generales más importantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA durante el último trimestre de 2004 (X-XII).

Modifica el Decreto 486/1996, de 5 de noviembre, sobre Órganos Colegiados de Gobierno de los Centros Docentes Públicos y Privados concertados a excepción de los Centros para la Educación de Adultos y de los Universitarios, y se aprueba el correspondiente Texto Consolidado.

BOJA núm. 237, de 3 de diciembre.

III. FUNCIÓN PÚBLICA

AND-75

Decreto 528/2004, de 16 de noviembre (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Modifica el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 2/2002, de 9 de enero.

BOJA núm. 232, de 26 de noviembre.

IV. HIDROCARBUROS

AND-76

Decreto 537/2004, de 23 de noviembre (Consejería de Gobernación).

Regula los derechos de los consumidores y usuarios en las actividades de distribución al por menor y suministro a vehículos de combustibles y carburantes en instalaciones de venta directa al público y las obligaciones de sus titulares.

BOJA núm. 237, de 3 de diciembre.

V. IMPUESTOS

AND-77

Decreto 503/2004, de 13 de octubre (Consejería de Economía y Hacienda).

Regula determinados aspectos para la aplicación de los Impuestos sobre emisión de gases a la atmósfera y sobre vertidos a las aguas Litorales.

BOJA núm. 204, de 19 de octubre.

VI. MEDIDAS ECONÓMICAS

AND-78

Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y financieras

BOJA núm.255, de 31 de diciembre.

VII. MEDIOS AUDIOVISUALES

AND-79 Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía
BOJA núm.254, de 30 de diciembre.

VIII. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

AND-80 Decreto 462/2004, de 27 de julio (Consejería de Obras Públicas y Transporte).
Aprueba Plan de Ordenación del Territorio de la Bahía de Cádiz y crea su Comisión de Seguimiento.
BOJA núm. 198, de 8 de octubre.

IX. PRESUPUESTOS

AND-81 Ley 2/2004, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2005
BOJA núm.255, de 31 de diciembre.

X. SANIDAD

AND-82 Decreto 529/2004, de 16 de noviembre (Consejería de Salud).
Regula las Comisiones Consultivas de las Areas de Gestión Sanitaria.
BOJA núm. 236, de 2 de diciembre.

ÍNDICE ANALÍTICO

- Acceso público a los documentos del Banco Central Europeo, **UE-554**
- Acción Preparatoria sobre el incremento del potencial industrial europeo en el ámbito de la investigación sobre seguridad, **UE-505**
- Acción Preparatoria sobre el incremento del potencial industrial europeo en el ámbito de la investigación sobre seguridad, **UE-563**
- Acciones comunitarias en apoyo de la política de los consumidores, **UE-539**
- Acuerdo CE-Canadá sobre comercio vino y bebidas espirituosas, **UE-431, UE-493**
- Acuerdo CEE-República de Côte d'Ivoire sobre la pesca, **UE-458**
- Acuerdo cooperación científica y tecnológica CE y CEEA-Suiza, **UE-492, UE-501**
- Acuerdo cooperación científica y tecnológica CE-Reino de Marruecos, **UE-494**
- Acuerdo de cooperación científica y tecnológica CE-República de Túnez, **UE-495**
- Acuerdo de cooperación entre CEEA-República de Kazajistán, **UE-502**
- Acuerdo de estabilización y asociación CCEE y sus EEMMI-ex República Yugoslava de Macedonia, **UE-498**
- Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales, **UE-573**
- Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto y las actividades de la Misión de Policía de la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia (EUPOL "Proxima"), **UE-555, UE-556, UE-571**
- Acuerdo UE y la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre aplicación de determinadas disposiciones del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal, entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, y del Protocolo al mismo, de 2001, **UE-575**
- Adaptación del Acta relativa a las condiciones de adhesión después de la reforma de la política agrícola común, **UE-432**
- Aditivo en la alimentación animal, **UE-449**
- Aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes, **UE-510**
- Administración autonómica: **AND-70; AND-71; AND-72; AND-73**
- Agencia ejecutiva de energía inteligente, **UE-503**
- Agencia Europea de Seguridad Aérea, **UE-461**
- Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, **UE-508**
- Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, **UE-529**
- Aproximación de las legislaciones, **UE-481, UE-512**

Armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, **UE-481**

Asignación de derechos de emisión: **EST-7**

Asignación de los ingresos monetarios de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros participantes, **UE-487**

Ayudas de investigación y desarrollo, **UE-471, UE-475, UE-477**

Ayudas estatales, **UE-470, UE-474, UE-476**

Buenas prácticas de laboratorio, **UE-518, UE-519**

Cajas de Ahorro: **RIO-6; DRC-4**

Cambio climático: **EST-8**

Certificado sanitario para los desplazamientos de perros, gatos y hurones sin ánimo comercial procedentes de terceros países, **UE-455, UE-542**

Certificados de exportación en el sector de los huevos, **UE-452**

Chile y sus productos derivados, **UE-523**

Código de buen gobierno: **EST-3**

Colegios Profesionales: **CAS-1; CAS-2; CAS-3; CAS-4; DRC-5**

Comercialización y el uso de colorantes azoicos, **UE-520**

Comité de seguridad marítima y prevención de la contaminación por los buques, **UE-464, UE-532**

Comités científicos en el ámbito de la seguridad de los consumidores, la salud pública y el medio ambiente, **UE-543**

Compaginación de la vida profesional y la vida familiar, **UE-461**

Compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, **UE-462**

Concentraciones entre empresas, **UE-472, UE-550**

Consejo Audiovisual: **AND-79**

Consejo Consultivo: **AST-4**

Consumo: **GAL-15**

Contenido máximo de estaño en los alimentos enlatados, **UE-515**

Costes comunes de las operaciones de la Unión Europea que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa, **UE-426**

Cuentas económicas de la agricultura de la Comunidad, **UE-433**

Cuentas financieras trimestrales de las administraciones públicas, **UE-548**

Derechos de emisión de gases de efecto invernadero: **EST-9**

Derivados epoxídicos en materiales y objetos destinados a entrar en contacto con productos alimenticios, **UE-513**

Desembolso del capital del Banco Central Europeo, **UE-483, UE-484**

Dispositivos de limitación de velocidad o sistemas similares de limitación de velocidad incorporados a determinadas categorías de vehículos de motor, **UE-516**

Documento para la declaración y el control veterinario de los animales procedentes de terceros países e introducidos en la Comunidad, **UE-450**

Documentos de matriculación de los vehículos, **UE-509**

Educación: **AND-74**

Edulcorantes utilizados en los productos alimenticios, **UE-511**

Efluentes radiactivos gaseosos y líquidos vertidos al medio ambiente por las centrales nucleares, **UE-538**

Embargo de armas, municiones y equipo militar a Sudán, **UE-564**

Emisión de billetes de banco denominados en euros, **UE-488**

Emisiones de gases de efecto invernadero, **UE-535, UE-536**

Entidades estatales de Derecho Público: **EST-6**

Envases y residuos de envases, **UE-517**

Establecimiento de asociaciones europeas en el marco del proceso de estabilización y asociación, **UE-499**

Estadísticas comunitarias anuales de la industria siderúrgica, **UE-546**

Estadísticas comunitarias sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC), **UE-544, UE-545**

Estaño inorgánico en los alimentos, **UE-506**

Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, **UE-579**

Etiqueta ecológica comunitaria a los frigoríficos, **UE-537**

Examen de las variedades de vid, **UE-454**

Extranjeros: **EST-1**

FEOGA, **UE-434, UE-435**

Financiación de las acciones destinadas a mejorar la calidad de la producción oleícola, **UE-448**

Fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía, **UE-534**

Función pública autonómica: **AND-75**

Hechos generadores aplicables en los sectores de las frutas y hortalizas frescas y de los productos transformados, **UE-451**

Hidrocarburos: **AND-76**

Homologación de los dispositivos de visión indirecta y de los vehículos equipados con estos dispositivos, **UE-512**

Impuesto sobre el valor añadido, **UE-479, UE-480**
Impuestos autonómicos: **AND-77**
Impulso a la productividad: **EST-2**
Información estadística del Banco Central Europeo, **UE-490**
Infraestructuras: **RIO-7; NAV-11**
Instrumento de flexibilidad en favor de la rehabilitación y la reconstrucción de Iraq, **UE-562**
Instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema, **UE-489**
Intercambio de información tributaria: **EST-5**
Interoperabilidad de la red europea de gestión del tránsito aéreo, **UE-468**

Lista “PRODCOM” de productos industriales, **UE-547**
Listas de países y territorios, **UE-436**
Lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, **UE-580**

Manual Sirene, **UE-578, UE-582**
Marca comunitaria, **UE-549**
Marco para la creación del cielo único europeo, **UE-465**
Materiales y objetos de película de celulosa regenerada destinados a entrar en contacto con productos alimenticios, **UE-514**
Materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con productos alimenticios, **UE-521**
Materias primas cuya circulación o uso para la alimentación animal está prohibido, **UE-456**
Mecanismo defensivo temporal para la construcción naval, **UE-473**
Mediciones de emisiones de dióxido de carbono y consumo de combustible de los vehículos, **UE-533**
Medidas económicas: **AND-78**
Medidas especiales y temporales para la contratación de funcionarios de las Comunidades Europeas con motivo de la adhesión nuevos Estados miembros, **UE-430**
Medidas para la recuperación de poblaciones de bacalao, **UE-460**
Medidas restrictivas contra extremistas en la Ex República Yugoslava de Macedonia (ERYM), **UE-566**
Medidas restrictivas contra Liberia, **UE-559, UE-567**
Medidas restrictivas contra Sudán, **UE-557**
Medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, **UE-558**

Medidas restrictivas respecto de los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova, **UE-569**

Medidas restrictivas respecto de Zimbabwe, **UE-560, UE-568**

Medidas transitorias de desarrollo rural aplicables a la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia, **UE-446**

Memorándum de Acuerdo entre la Comunidad Europea, y la Administración Nacional de Turismo de la República Popular China, respecto a los visados y cuestiones conexas en relación con los grupos de turistas de la República Popular China (ADS), **UE-574**

Modelo armonizado de certificado y de acta de inspección para los intercambios intracomunitarios de animales y productos de origen animal, **UE-453**

Norma de comercialización aplicable a las manzanas, **UE-438**

Norma de comercialización de las peras, **UE-439**

Normas de comercialización de las cerezas, **UE-440**

Normas de seguridad del Consejo, **UE-428**

Operaciones de la Unión Europea que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa, **UE-561**

Ordenación del territorio: **AND-80**

Organización común de mercados en el sector del lino y el cáñamo, **UE-441**

Organización y utilización del espacio aéreo en el cielo único europeo, **UE-467**

Parques naturales: **EXT-7**

Patrimonio histórico-artístico: **RIO-8; VAL-10**

Precusores de drogas, **UE-507**

Prestación de servicios de navegación aérea en el cielo único europeo, **UE-466**

Presupuesto general de la Unión Europea, **UE-424, UE-425**

Presupuestos: **AND-81**

Prevención del blanqueo de capitales: **EST-4**

Prevención, gestión y resolución de conflictos en África, **UE-565**

Producción agrícola ecológica y su indicación en los productos, **UE-447**

Programa coordinado de control oficial de productos alimenticios, **UE-527**

Programa coordinado de controles en el ámbito de la alimentación animal, **UE-528**

Programa de acción comunitario en el ámbito de la salud pública, **UE-541**

Programa de acción comunitario para la promoción de la ciudadanía europea activa (participación ciudadana), **UE-553**

Programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas), **UE-500, UE-572**

Programa de Estabilidad actualizado de España, **UE-491**

Programa de investigación complementario por el Centro Común de Investigación, **UE-504**

Prohibición de la comercialización de determinados juguetes y artículos de puericultura, **UE-526**

Protección de los peatones y otros usuarios vulnerables de la vía pública en caso de colisión con un vehículo de motor y antes de la misma, **UE-524**

Protección frente a la gripe aviar en determinados países asiáticos, **UE-525**

Protocolo de 2003 del Convenio Internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992, **UE-530**

Protocolo de Kyoto, **UE-535**

Protocolo del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia provocada por contaminantes orgánicos persistentes, **UE-497**

Protocolo del Convenio de 1979 sobre la contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia provocada por contaminantes orgánicos persistentes, **UE-531**

Protocolo por el que se modifica Convenio Europol, **UE-576**

Puertos: **DRC-6**

Reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países, **UE-581**

Red de funcionarios de enlace de inmigración, **UE-577**

Régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, **UE-478**

Régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, **UE-551**

Régimen Local: **NAV-10**

Registro comunitario de la flota pesquera, **UE-459**

Reglamento interno del Banco Central Europeo, **UE-429**

Requisitos básicos de los equipos marinos de comunicación por radio destinados a ser utilizados en buques no cubiertos por el Convenio SOLAS y a participar en el Sistema Mundial de Socorro y Seguridad Marítima, **UE-469**

Requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos, **UE-540**

Reservas y provisiones del Banco Central Europeo, **UE-486**

Restituciones por exportación para determinados productos lácteos, **UE-442**

Restituciones por exportación para determinados tipos de mantequilla, **UE-443**

Restituciones por exportación para la leche desnatada en polvo, **UE-444**

Sanidad: **AND-82**

Sedes de determinadas oficinas y agencias de la Unión Europea, **UE-427**

Sistema de creación y asignación de identificadores únicos a los organismos modificados genéticamente, **UE-445**

Sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina, **UE-437**

Sistema Traces, **UE-457**

Suelo y Vivienda: **AST-5; VAL-11**

Supervisor Europeo de Protección de datos, **UE-552**

Suscripción del capital del Banco Central Europeo, **UE-482**

Transferencias de las participaciones del capital del Banco Central Europeo, **UE-485**

Transporte aéreo entre la Comunidad y terceros países, **UE-463**

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), **UE-570**

Turismo: **GAL-16**

Zonas protegidas en la Comunidad expuestas a riesgos fitosanitarios específicos, **UE-522**

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES¹

La Administración Hidráulica de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN

En el número 54 de esta Revista y en esta misma Sección, dábamos cuenta de la creación de la Agencia Andaluza de la Energía mediante la Ley 4/2003, de 23 de septiembre. El Decreto 21/2005, de 1 de febrero ha culminado su proceso de creación mediante la aprobación de sus Estatutos y la constitución de la entidad. Sin perjuicio de que en otro número dediquemos mayor atención a este nuevo texto, conviene ahora felicitarnos por lo que parece su llegada a buen puerto, pues la lejanía de las fechas hacía presagiar un final que venturosamente no se ha cumplido y es de esperar que lo que ya ha saltado a las páginas del BOJA sea en un próximo futuro un instrumento al servicio del desarrollo y progreso de nuestra Comunidad Autónoma.

Recordamos este hecho porque no deja de llamarnos la atención aquella lentitud frente a la agilidad que, en estos últimos tiempos, ha mostrado nuestra Administración autonómica. En efecto, la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras crea una nueva Agencia Andaluza, en este caso, del Agua, a la que desde su artículo 48 se destina a ser la Administración Hidráulica Andaluza y, apenas dos meses después, por Decreto 55/2005, de 22 de febrero, se aprueban los Estatutos del organismo autónomo Agencia Andaluza del Agua. No sabemos muy bien si es la materia –agua frente a energía– o el carácter de la agencia –organismo autónomo frente a entidad de Derecho público– la causa de la diversidad de actitudes y lo que en una ocasión ha sido lentitud, en otra ha sido velocidad. Nos tememos que ha sido la presión derivada de la transferencia de la antigua cuenca del Sur lo que ha obligado a encarar esta situación con una diligencia digna de encomio. En cualquier caso, Andalucía puede felicitarse de poseer en la actualidad dos organismos más que enriquecen su ya rica estructura organizativa y contribuyen a aumentar su no menos rica experiencia burocrática.

¹ Esta sección ha sido preparada bajo la dirección de José Ignacio Morillo-Velarde Pérez.

No son buenas, sin embargo, ni la excesiva premiosidad ni las prisas, aunque obviamente, los males que acarreen una y otra puedan ser diferentes, porque, además, se suelen acumular a los que ya, de suyo, tiende a propiciar la deficiencia humana, no sabemos muy bien por qué excesivamente proclive a concentrarse en los ámbitos, zonas o campos próximos a las preocupaciones colectivas.

II. LA AGENCIA ANDALUZA DEL AGUA COMO ORGANISMO DE CUENCA

El art. 48 de la ya citada ley 3/2004 califica a esta Agencia de organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía adscrito a la Consejería competente en materia de medio ambiente, *que se configura como la Administración Hidráulica de la Junta de Andalucía*. Expresión ambigua del texto legal que aclara perfectamente el artículo 1 de los Estatutos, refiriendo esta condición a la Agencia y no a la Consejería como una interpretación literalista podría significar. Esta Agencia se enmarca en la muy conocida tipología de los organismos autónomos de carácter administrativo, de acuerdo con la arcaica clasificación del art.4 de la Ley 5/1983, General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se inspira en los criterios que la Ley de Aguas, texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, establece para los organismos de cuenca (art. 50 Ley 3/2004). De ahí que pueda afirmarse que la Agencia que nos ocupa es la versión andaluza de los organismos de cuenca. Así, siguiendo las pautas vinculantes de la ley de Aguas, se reconduce la citada Administración Hidráulica a la organización propia de la única cuenca de competencia andaluza –la llamada Cuenca Mediterránea, hasta hace poco la Cuenca del Sur– consecuencia del traspaso de funciones y servicios de la Administración general del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos aprovechamientos y hidráulicos (Confederación Hidrográfica del Sur) operado por Real Decreto 2930/2004, de 29 de octubre. A estas nuevas competencias sobre aguas de la Comunidad Autónoma han de añadirse las tradicionales ejercidas hasta fecha reciente por la Consejería de Medio Ambiente a través de la Secretaría General del Agua (Decreto 206, de 11 de mayo).

La Agencia Andaluza del Agua, como Administración de Hidráulica de Andalucía se estructura en torno al organismo de cuenca de la actualmente denominada *cuenca andaluza mediterránea* más las competencias relativas al agua que, en virtud de los títulos que fuere, pudieran corresponder a la Comunidad Autónoma. Conviene no perder de vista esta perspectiva pues

desde ella se comprenden algunas peculiaridades organizativas de la nueva Agencia no aparentes en la Ley de creación que, sin embargo, lucen en sus Estatutos.

III. ORGANIZACIÓN DE LA AGENCIA ANDALUZA DEL AGUA

De acuerdo con el art. 51 de la Ley 3/2004 la estructura organizativa básica de la Agencia se cifra en la Presidencia, la Comisión y la Dirección Gerencia. De la regulación que se contiene en los siguientes preceptos queda claramente establecido que los órganos de gobierno y administración efectivos son estos dos últimos, correspondiendo a la primera la representación institucional de la entidad, atribuida al titular de la Consejería de Medio Ambiente y la presidencia de la Comisión. Respecto de la Comisión la Ley remite a las competencias que el art. 28 del Texto refundido de la Ley de Aguas atribuye a las Juntas de gobierno de los organismos de cuenca estatales (Confederaciones Hidrográficas) y a las que le señalen sus estatutos; y la Dirección Gerencia, por otra parte, constituirá el complejo orgánico de carácter ejecutivo cuya definición se deja en manos de los estatutos que, como no podía ser de otra manera, completan y pormenorizan el conjunto de la organización de la Agencia cerrando su perfil característico.

Centrando nuestra atención en este momento en la organización de la Agencia no puede dejar de destacarse lo que aparece como una cierta discordancia entre el diseño legal y el desarrollo estatutario. Se trata de una discordancia que no parece razonable calificar como ilegalidad o desviación, con sus pertinentes consecuencias jurídicas, pero que, por otra parte, introduce un cierto efecto de asimetría organizativa que, acaso en algún momento y con determinadas circunstancias, podría llegar a ser lesivo de algunos intereses. En tal caso, es obvio, que no habría más remedio que proceder a la calificación que ahora negamos. En cualquier caso pone de manifiesto un defecto de técnica organizativa en que, a nuestro modo de ver, no se debió incurrir y que, a ser posible, convendría corregir cuanto antes.

La dialéctica ley-estatutos comporta una diversidad de autoría que, en ocasiones, puede implicar una dualidad de perspectivas que si llegase a quebrantar el contenido del mandato legal desemboca en la ilegalidad. Esta diversidad de perspectivas se observa en el caso que contemplamos: la Ley considera a la Agencia Andaluza del Agua en abstracto –aquí abstracto y concreto, coinciden– es decir en tanto que define un modelo organizativo para la Administración Hidráulica de Andalucía a través de la técnica de la

descentralización funcional. Pero los estatutos plasman la organización legal en un contexto definido por un proceso de traspaso de funciones y servicios, en este caso, de la Confederación Hidrográfica del Sur en cuya posición jurídica ha de subrogarse la Comunidad Autónoma de Andalucía a través de la Agencia Andaluza del Agua.

Este hecho viene a matizar la estructura concreta finalmente resultante, pues los estatutos consideran la estructura de la Agencia como el instrumento para dar solución a los problemas de organización de un concreto organismo de cuenca. En efecto, la lectura del art. 6 del texto estatutario llama la atención por cuanto ya supone una importante inflexión, al menos desde el punto de vista conceptual, respecto de la estructura legal de la Agencia. Así se habla de Presidencia, Comisión del Agua *de la cuenca mediterránea andaluza* y Dirección Gerencia de la que dependen la Dirección General de planificación y gestión, la Dirección General *de la cuenca mediterránea andaluza* y el Instituto del Agua. Salta, pues, a la vista el condicionamiento que, sobre el conjunto de la Administración Hidráulica de Andalucía, ejerce la organización de una determinada cuenca hidrográfica. La estructura sistemática de los estatutos refuerzan esta convicción al ubicar la regulación de la Comisión del Agua de *la cuenca mediterránea andaluza* en la Sección Cuarta, es decir, después de la destinada a regular la Dirección Gerencia que contiene la de la Dirección General de *la cuenca mediterránea andaluza*. La propia definición que el art. 15.1 hace de la mencionada Comisión del Agua como órgano colegiado y de participación a través del cual la Agencia lleva acabo la administración de la cuenca mediterránea andaluza y la decisión que se expresa en el art. 15.2 de ubicar en la ciudad de Málaga su sede, mientras la de la Agencia queda en Sevilla, terminan por completar la impresión de la diferente concepción que el legislador y el Gobierno de Andalucía parecen tener de la Agencia Andaluza del Agua que, para el primero, es la Administración Hidráulica de la Junta de Andalucía y, como tal está llamada a ejercer todas las competencias de la Comunidad Autónoma sobre aguas, mientras para el segundo es el organismo de la cuenca mediterránea andaluza –única cuenca de competencia andaluza hasta el momento– que ejerce además la administración del agua en Andalucía.

La estructura que diseñan los estatutos, por más que pueda ser criticada en los términos a que nos hemos referido, refleja mucho mejor la realidad actual de nuestra Comunidad Autónoma y de lo que han sido los últimos acontecimientos que han dado lugar a esta nueva organización: Sobre los órganos que venían ejerciendo competencias en materia de aguas –fundamentalmente, la Secretaría General de Aguas integrada en la Consejería de Medio Ambiente

desde el Decreto 206/2004, de 11 de mayo– recaen las nuevas competencias derivadas del traspaso de la Confederación Hidrográfica del Sur. Frente a este hecho el legislador reacciona estableciendo un nuevo modelo de Administración del Agua, concebido sobre el esquema del organismo autónomo administrativo y el Consejo de Gobierno, buscando una estructura para el organismo de cuenca que, a partir de ahora, caerá bajo su competencia y para el que también se desea la fórmula del organismo autónomo administrativo. Otra cosa será lo que se pueda decir cuando se produzcan los traspasos de determinadas cuencas pequeñas, pendientes de finalizar.

a) La Presidencia.

Según ya hemos dicho la presidencia de la Agencia se vincula a la persona titular de la Consejería de Medio Ambiente en expresión de la Ley, pero más acertadamente, según los estatutos, a la consejería competente en materia de aguas. Se pone así de relieve el carácter de Administración instrumental de la Agencia. Sus atribuciones son:

- a) Ostentar la representación legal del organismo.
- b) Presidir la Comisión del Agua de la cuenca mediterránea andaluza y el Consejo Interdepartamental.
- c) Aprobar el Plan de actuación de la Agencia y el anteproyecto del presupuesto del organismo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18.2.a).
- d) Presentar al Consejo de Gobierno, a través de la Consejería competente en materia de aguas, para su elevación al Gobierno de la Nación, los proyectos de Plan Hidrológico de las cuencas intracomunitarias.
- e) Ejercer cuantas otras actuaciones administrativas se le encomienden en estos Estatutos y las que sean necesarias para el cumplimiento de las funciones de la Agencia y no están atribuidas expresamente a otro de sus órganos.

Se configura, por tanto la Presidencia como un órgano fundamentalmente de representación institucional y de comunicación o enlace con la Administración de la Junta y el Consejo de Gobierno. Este carácter se completa mediante la previsión de la delegación de sus competencias en el titular de la Dirección Gerencia y en los de las Direcciones Generales. De esta forma la Presidencia queda libre del ejercicio cotidiano de unas competencias que mejor se ubican en los órganos de gestión ordinaria.

b) La Dirección Gerencia.

La Dirección Gerencia constituye el contenido organizativo de mayor entidad de la Agencia. La persona que esté al frente de ella será nombrada por el Consejo de Gobierno a propuesta del titular de la Consejería de Medio Ambiente y tendrá rango de viceconsejero y de Viceconsejería la Dirección Gerencia. El artículo 10 de los estatutos enumera las atribuciones de la Dirección Gerencia destacando la existencia de dos bloques: atribuciones generales que se refieren al funcionamiento de la organización como tal y atribuciones relativas a las cuencas que se encuentren comprendidas íntegramente en el territorio de Andalucía –la cuenca mediterránea andaluza– . En este último concepto le corresponde:

a) Otorgar las autorizaciones y las concesiones relativas al uso y al aprovechamiento del dominio público así como las autorizaciones referentes al régimen de policía de las aguas y cauces fluviales.

b) Resolver los expedientes que se tramiten en relación con el funcionamiento ordinario de las comunidades de usuarios o con sus actos.

c) Aplicar el régimen fiscal en materia de aguas y dominio público hidráulico, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13.1.k) y l). que se refiere a atribuciones de la Dirección General de la cuenca mediterránea andaluza.

La Dirección Gerencia se estructura a través de tres órganos complejos cuyo peso en el contexto de la organización se advierte bastante desigual a la vista de las atribuciones que se les otorga y de forma muy coherente, por otro lado, con el enfoque de la Agencia que hacen los estatutos que, como vimos, la consideran por encima de todo y fundamentalmente el organismo de la cuenca mediterránea andaluza. Así, por tanto, en ese contexto, entre la Dirección General de planificación y gestión, la Dirección General de la cuenca mediterránea andaluza y el Instituto del Agua, destacan desde el punto de vista cuantitativo las competencias atribuidas a la segunda. Ésta tiene su sede en la ciudad de Málaga y junto con la Comisión del Agua de la cuenca mediterránea andaluza constituyen el armazón del conjunto de la organización hidrológica de Andalucía y la específica de la única cuenca de competencia autonómica.

c) La Comisión del Agua de la cuenca mediterránea andaluza.

No vamos a reiterar las consideraciones que hemos hecho más atrás respecto de este órgano y su significación real en el conjunto de la organización en que se integra. Ahora pasamos a describir la regulación que le dedican los estatutos, posiblemente la materia que mas extensión acapara de ellos.

La Comisión del Agua funcionará en pleno y en comisión permanente, sin perjuicio de que, mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de aguas, puedan establecerse comités específicos relacionados con la gestión de los recursos hídricos y la explotación de las infraestructuras hidráulicas, atendiendo al criterio de representación adecuado a los intereses afectados en cada caso, y en especial, al régimen concesional y derechos de los usuarios.

El pleno de la Comisión del Agua estará integrado por: La presidencia, dos vicepresidencias y los vocales.

La presidencia, como ya se ha expuesto, corresponde al titular de la Presidencia de la Agencia y tiene voto de calidad dirimente de empates a efectos de la adopción de acuerdos.

La vicepresidencia primera corresponde a al titular de la Viceconsejería de Medio Ambiente y la vicepresidencia segunda al titular de la Dirección Gerencia.

Las vocalías:

a) Representantes de la Administración autonómica con rango al menos de Director General, de las Consejerías de Gobernación, Economía y Hacienda, Innovación, Ciencia y Empresa, Obras Públicas y Transportes, Turismo, Comercio y Deporte, Agricultura y Pesca, Salud y Medio Ambiente.

b) Los titulares de los restante órganos unipersonales de gobierno de la Agencia –Director General de planificación y gestión, Director General de la cuenca mediterránea andaluza– del Instituto del Agua de Andalucía y una persona con cualificación técnica dependiente de la Agencia designada por la presidencia.

c) Quince representantes de los usuarios de la cuenca, con la siguiente distribución: Cuatro en representación de los usos agrarios, dos de los usos

urbanos y uno de otros usos, cuatro de organizaciones representativas de regantes y agricultores, dos de organizaciones representativas de los abastecimientos urbanos y dos de organizaciones representativas de consumidores.

d) Siete representantes de las organizaciones defensoras de la naturaleza, organizaciones representativas de intereses económicos y sociales y del conocimiento tecnológico y científico en la materia, con la siguiente distribución: dos de organizaciones sindicales, dos de organizaciones empresariales, uno de asociaciones de vecinos, uno de asociaciones ecologistas y uno de universidades andaluzas.

e) Tres representantes de la Administración General del Estado.

f) Cuatro representantes de la Administración Local a designar por la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

El secretario de la comisión será un funcionario de la Agencia que asistirá a las reuniones tanto del pleno como en comisión permanente, con voz pero sin voto.

Es competencia del pleno elevar a la Conserjería competente en materia de aguas, a través de la Presidencia del organismo, para su posterior tramitación, el Plan Hidrológico de la Cuenca y sus ulteriores revisiones. También puede informar las cuestiones de interés general para la cuenca y las relativas a la mejor ordenación, explotación y tutela del dominio público hidráulico.

Por su parte la comisión permanente se integra por: La presidencia que corresponderá al titular de la Dirección Gerencia, con voto de calidad en caso de de empates; el titular de la Dirección General de la cuenca mediterránea andaluza; representantes de las Consejerías de Innovación, Ciencia y Empresa, Obras Públicas y Transportes, Agricultura y Pesca y Salud y otros representantes designados por el pleno de entre los diversos grupos que lo integran.

Entre las funciones de la comisión permanente destacan: a) Aprobar los planes de actuación de la cuenca, su propuesta de presupuesto y conocer la liquidación de los mismos; b) Los trabajos relativos a la formación y revisión del Plan Hidrológico correspondiente, según las instrucciones que reciba del pleno y en el marco del plan de actuación. c) Aprobar las modificaciones sobre la anchura de las zonas de servidumbre y de policía. d) Declarar acuíferos sobreexplotados o en riesgo de estarlo, determinar los perímetros de protección de los acuíferos sobreexplotados, y, en general, ejercitar las compe-

tencias que se regulan en los artículos 55, 56, 58 y 99 de la Ley de Aguas o norma que la sustituya.

d) El Consejo Interdepartamental.

Se trata de un órgano de más que dudosa necesidad a la vista de la composición que le atribuye el art. 19 de los estatutos, pues si bien se mira está integrado por personas que ya forman parte de la Comisión del Agua, de manera que en el fondo puede considerársele como una subcomisión o comisión especial de aquella, pues sus funciones, que enumera ese mismo precepto podría ser desempeñadas de la misma manera.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AGENCIA

La calificación de organismo autónomo deja bien claro el régimen jurídico de la Agencia. Así se percibe además si se observa la redacción de sus títulos IV y V que no sugieren ningún comentario especial.

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma

I. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

RESOLUCIÓN de 27 de septiembre de 2004, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se establece el manual de comportamiento de los empleados públicos en el uso de los sistemas informáticos y redes de comunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

BOJA núm 200, de 13 de octubre.

Orden de 29 de octubre de 2004, por la que se modifica la de 7 de mayo de 2003, de la Consejería de la Presidencia, por la que se establecen las condiciones para el uso del Correo Electrónico del iudadano en el Portal andaluciajunta.es, y se crea el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

BOJA núm 242, de 14 de diciembre.

II BOLETÍN OFICIAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

ORDEN de 23 de septiembre de 2004, por la que se aprueba la Carta de Servicios del Servicio de Publicaciones y BOJA.

BOJA núm 201, de 14 de octubre.

INSTRUCCIÓN de 22 de diciembre de 2004, de la Secretaría General Técnica, por la que se dictan normas sobre la periodicidad y edición del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

BOJA núm 255, de 31 de diciembre.

III. CONSUMIDORES

DECRETO 537/2004, de 23 de noviembre, por el que se regulan los derechos de los consumidores y usuarios en las actividades de distribución al por menor y suministro a vehículos de combustibles y carburantes en instalaciones de venta directa al público y las obligaciones de sus titulares.

BOJA núm 237, de 3 de diciembre.

IV. FUNCIÓN PÚBLICA

ORDEN de 29 de septiembre de 2004, por la que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente al Servicio Andaluz de Empleo en cumplimiento de sentencia que se cita.

BOJA núm 205 de 20 de octubre.

DECRETO 485/2004, de 7 de septiembre, 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 Turismo, Comercio y Deporte.

BOJA núm 207 de 22 de octubre.

ORDEN de 20 de octubre de 2004, 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 Educación.

BOJA núm 219 de 10 de noviembre

ORDEN de 2 de noviembre 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 Consejería de Obras Públicas y Transportes y a la Consejería de Justicia y Administración Pública.

BOJA núm 225 de 18 de noviembre.

DECRETO 518/2004, de 2 de noviembre, por el que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General para la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

BOJA núm 234, de 30 de noviembre.

DECRETO 519/2004, de 2 de noviembre, por el que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, correspondiente a la Consejería de Agricultura y Pesca y al Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción Ecológica.

BOJA núm 234, de 30 de noviembre.

DECRETO 525/2004, de 9 de noviembre, 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 Innovación, Ciencia y Empresa.

BOJA núm 234, de 30 de noviembre.

DECRETO 526/2004, de 9 de noviembre, 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.

BOJA núm 235, de 1 de diciembre.

DECRETO 536/2004, de 16 de noviembre, 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 Economía y Hacienda.

BOJA núm 23, de 1 de diciembre.

ORDEN de 12 de noviembre de 2004, mediante la que se modifica parcialmente la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social

BOJA núm 235, de 1 de diciembre.

ORDEN de 12 de noviembre de 2004, mediante 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 Agricultura y Pesca.

BOJA núm 235, de 1 de diciembre.

ORDEN de 12 de noviembre de 2004, mediante 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 Cultura

BOJA núm 235, de 1 de diciembre.

ORDEN de 26 de noviembre 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 Consejería de Gobernación en cumplimiento de la sentencia que se cita.

BOJA núm 243, de 15 de diciembre.

Decreto 551/2004, de 7 de diciembre, por el que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía.

BOJA núm 245, de 17 de diciembre.

Decreto 552/2004, de 7 de diciembre, por el que se modifica la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Medio Ambiente y se integra y adscribe

a puestos de la misma al personal transferido de la Cuenca Hidrográfica del Sur.

BOJA núm 245, de 17 de diciembre.

DECRETO 553/2004, de 7 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 175/1992, de 29 de septiembre, sobre materia retributiva y condiciones de trabajo del personal de Centros e Instituciones Sanitarias del Servicio Andaluz de Salud.

BOJA núm 247, de 21 de diciembre.

V. INDUSTRIA

INSTRUCCIÓN de 17 de noviembre de 2004, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, sobre tramitación simplificada de determinadas instalaciones de distribución de alta y media tensión.

BOJA núm 241, de 13 de diciembre.

INSTRUCCIÓN de 16 de noviembre de 2004, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, sobre normas aclaratorias a la aplicación de la normativa para las revisiones, pruebas en inspecciones de instalaciones petrolíferas.

BOJA núm 250, de 24 de diciembre.

VI. JUSTICIA

ORDEN de 20 de diciembre de 2004, por la que se modifica la de 11 de julio de 2003, por la que se desarrollan determinados aspectos del funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

BOJA núm 254, de 30 de diciembre.

VII. MEDIO AMBIENTE

DECRETO 503/2004, de 13 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos para la aplicación de los Impuestos sobre emisión de gases a la atmósfera y sobre vertidos a las aguas litorales.

BOJA núm 204, de 19 de octubre.

ORDEN de 7 de octubre de 2004, por la que se aprueba la Carta de Servicios de la Caza, la Pesca Continental y otros aprovechamientos de la Flora y la Fauna Silvestres

BOJA núm 218, de 9 de noviembre.

VIII. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

DECRETO 556/2004, de 7 de diciembre, por el que se asignan a las Consejerías de Agricultura y Pesca y de Justicia y Administración Pública los bienes traspasados por la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía por el Real Decreto 1787/2004, de 30 de julio, en materia de Agricultura y de Administración de Justicia.

BOJA núm 242, de 14 de diciembre.

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki & YEREGUI, María, *Claves jurídicas del régimen urbanístico vasco*, “RVAP” núm. 67 septiembre-diciembre 2003, pp. 11-54. *Vid.* (6).

BUSTOS GISBERT, Rafael, *La ejecución del Derecho comunitario por el Gobierno Central*, “RVAP” núm. 67, septiembre-diciembre 2003, pp. 163-186.

Estudia BUSTOS GISBERT la ejecución gubernamental mediante normas con rango de Ley y la potestad reglamentaria y ejecución del Derecho comunitario (límites formales y procedimentales en la ejecución; límites materiales –la reserva de Ley y la garantía del papel del Parlamento en la ejecución; y, sobre todo, las competencias autonómicas como límite a los poderes reglamentarios del Gobierno central-. Diferencia en este último aspecto tres posibilidades: 1) competencias compartidas (Poder central legislación-CCAA ejecución: el Gobierno de la Nación podrá llevar a cabo la ejecución normativa siempre y cuando se refiera a la aprobación de normas de desarrollo directo de la misma o de la legislación vigente con efectos generales. 2) competencias autonómicas exclusivas: el Gobierno de la Nación, en principio, deberá abstenerse de toda actividad ejecutiva 3) competencias funcionalmente compartidas Bases desarrollo (concurrentes *lato sensu*): el papel del ejecutivo debiera ser residual sobre la idea del concepto formal de Bases, pero el TC, no parece seguir esta línea pudiendo apreciarse una tendencia a justificar la concurrencia de las circunstancias excepcionales que justifican la fijación de normas básicas a través de instrumentos de rango infralegal, de hecho, no se ha declarado ni una sola vez la incompetencia de una norma reglamentaria estatal.

Respecto de la cuestión de si el Gobierno de la Nación puede aprobar normas de ejecución normativa del Derecho comunitario con valor supletorio sin ostentar competencias materiales para ello considera el autor que ello es posible siempre y cuando ya hubiera transcurrido el plazo para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias mediante la transposición del Derecho comunitario o la adaptación del ordenamiento interno a sus previsiones.

LÓPEZ CASANOVAS, Guillem & CASTELLANOS, Alberto, *El traspaso de las empresas públicas del Estado a las Comunidades Autónomas: un marco general*, “A (RCDP)”, noviembre de 2004, núm. 30, pp. 57-62.

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

Examina el autor las distintas alternativas considerando el traspaso de gestión como una alternativa menos compleja y con menores costes de transacción. En su opinión, la mejor forma de articulación es el contrato programa ya que permite establecer las aportaciones y compromisos de las partes que intervienen en las transferencias.

BREWER-CARIAS Allan R., *El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela*, "REAL" núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 11-43.

Cree BREWER-CARIAS que existe una contradicción entre la fórmula nominal del «Estado Federal descentralizado» y la centralización de la federación que se ha consagrado en el propio texto constitucional de 1999. Esta contradicción deriva, en primer lugar, del precario ámbito de las competencias estatales cuyo ejercicio, además, se sujeta a lo regulado en la legislación nacional; en segundo lugar, de la limitada y limitable autonomía que se consagra para los Estados; en tercer lugar, de la ausencia de igualdad institucional de los Estados por la eliminación del Senado; en cuarto lugar, de la centralización tributaria y de la dependencia financiera de los Estados; y en quinto lugar, de la regulación de las relaciones intergubernamentales como sujeción institucional al poder central.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

SARMIENTO MÉNDEZ, Xosé Anton, *Notas sobre a natureza e composición da Xunta de Galicia á luz da xurisprudencia constitucional*, REGAP" núm. 34, maio-agosto 2003, pp. 215-233.

SEGLERS, Alex, *Competencias municipales y acuerdos de cooperación con las minorías religiosas en España*, "A (RCDP)", noviembre de 2004, núm. 30, pp. 7-26.

RENIU i VILAMALA, Josep M., *Hacia una tipología de los Gobiernos Autonómicos en España, 1980-2003*, "A (RCDP)", noviembre de 2004, núm. 30, pp. 27-56.

Estudio desde la ciencia política de los gobiernos autonómicos que utiliza como variables el número de partidos y la importancia de los socios; la fuerza parlamentaria; el momento en que se coaligan; la ideología de los socios; el ámbito organizativo de los partidos; la estabilidad de los gobiernos y el rendimiento electoral. Culmina este trabajo un análisis desde una perspectiva comparada de los gobiernos autonómicos en los países europeos.

MORELL OCAÑA, Luis, *Los servicios de una Administración cercana*, "REAL" núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 45-98.

Analiza certeramente MOREL OCAÑA las funciones relacionadas con la protección y la seguridad jurídica arrancando de la noción de cercanía como próxima y participativa; cercanía es aproximación entre prestación y necesidad vital. La otra premisa es la significación de las funciones relacionadas con la protección y seguridad jurídica (hacer justicia, gestionar servicios y representar al vecindario). A continuación estudia la amplitud de la cláusula de policía de la seguridad, tranquilidad y moralidad pública; los valores en riesgo en los contextos urbanos –la protección de la identidad y la diferencia; la policía de la salubridad; los servicios sociales y las entidades locales con especial énfasis en el problema de las drogodependencias. El estudio termina con un repaso a la dimensión representativa del Municipio (salud pública, educación y defensa de los consumidores).

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de contratos de las Administraciones Públicas (con referencias a la nueva Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local)*, “REAL” núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 99-122. *Vid.* (3).

CALONGE VELÁQUEZ, Antonio, *Los grupos políticos municipales*, “REAL” núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 123-162.

CASTILLO BLANCO, Federico A., *La Ley de modernización del Gobierno local: función de Gobierno, funciones directivas y funcionarios con habilitación de carácter nacional*, “REAL” núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 163-213.

Parte el autor, destacado especialista en régimen local y, sobre todo, verdadero experto en función pública, del análisis del devenir de los funcionarios con habilitación de carácter nacional en el régimen local constitucional. Estudia a continuación los cambios que se han producido en el entorno de nuestras entidades locales y en la forma del gobierno local como claves para redefinir a los cuerpos nacionales de Administración local. CASTILLO BLANCO concluye que la perspectiva del propio TC, según la cual la ordenación de dichos cuerpos rebasa el interés local es preconstitucional y apegada a una desconfianza sobre el gobierno local más propia de otras épocas que a una concepción autónoma del Gobierno local. Ello le hace plantearse importantes cuestiones: ¿por qué han de ser reservadas las funciones a desarrollar a un cuerpo o escala de funcionarios específica? ¿puede predicarse dicha reserva con igual intensidad respecto de todas las funciones desarrolladas? ¿tiene sentido el artificioso deslinde entre las tareas de asesoramiento jurídico y asesoramiento legal preceptivo? El autor considera que la función pública local vive claramente anclada en una visión preconstitucional.

RECA, Pablo, *Territorio y municipio. El tema en la provincia de Buenos Aires*, “REAL” núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 259-270.

HERNÁNDEZ DE LA TOORRE y GARCÍA, José María, *Un aspecto de la reforma administrativa: la comarcalización de Aragón*, “REAL” núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 367-398.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (con referencias a la nueva Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local)*, “REAL” núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 99-122.

Describe el autor lo que denomina acertadamente el proceso de “fortalecimiento” del sistema contractual administrativo en terrenos fronterizos con el Derecho privado. El hito fundamental es la STJCE de 15 de mayo de 2003 (Asunto 214/2000) que afirma que la aplicación del régimen público de contratos no alcanza sólo a los organismos públicos regidos por dicho Derecho público sino también a todo organismo con tal de que cumpla una función que se corresponda con la satisfacción de necesidades de interés general y no mercantil (y con tal de que exista una adscripción del organismo a una Administración) siendo indiferente la forma jurídica –pública o privada– que se adopte. Examina a continuación los litigios relativos a la relación entre la administración y la sociedad mercantil desde el punto de vista del contrato administrativo; el planteamiento jurisprudencial tras el nuevo Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo, de 16 de junio; la enajenación de capital para constituir una sociedad de economía mixta; el principio de libertad de elección de la forma de gestión del servicio público; la actividad contractual de las propias sociedades mercantiles con la importante Ley 62/2003, de 20 de diciembre (art. 67) y la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local. El trabajo del que solo podemos dar cuenta de sus contenidos esenciales contiene la más reciente jurisprudencia del TJCE, TS y TSJ sobre todos los temas que analiza.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier & LAZCANO BROTONS, Iñigo, *La distribución de fotografías e imágenes por la policía y las autoridades de video vigilancia a los medios de comunicación*, “RVAP” núm. 67, septiembre-diciembre 2003, pp. 55-98.

Versa este interesante trabajo sobre el estatus actual de los derechos a la propia imagen y al respeto a la vida privada centrándose especialmente en la intromisión causada por los poderes públicos mediante la cesión de fotografías e imágenes a terceros. También se analizan los problemas que, desde la perspectiva de la libertad de información, puede suscitar la difusión de esas fotografías e imágenes por los medios de comunicación. Todo ello se ilustra a la luz de los casos *Peck* contra el Reino Unido, SSTC 81/2001 y 14/2003. La jurisprudencia sigue la pauta del “ojo electrónico”. Lo

que decanta en el razonamiento del Tribunal europeo la apreciación de una intromisión es el registro sistemático de imágenes, es decir, una característica *a priori* adicional a la vigilancia electrónica, cuando el “ojo electrónico” no se limita a ver sino que graba imágenes de forma sistemática y permanente.

De ANDRÉS ALONSO, Fernando Luis, *Dereitos fundamentais e contaminación acústica*, “REGAP” núm. 34, maio-agosto 2003, pp. 187-203.

Estudio que pasa revista a la jurisprudencia del TEDH y TC más relevante en la materia: *Powell y Rayner* contra el Reino Unido (STEDH de 21 de febrero de 1990); *LÓPEZ OSTRÁ* con España (STEDH de 9 de diciembre de 1994); *Guerra* contra Italia (STEDH de 19 de febrero de 1998); *Halton* contra el Reino Unido (STEDH de 2 de octubre de 2001 –en el que si se condena al Reino Unido por los ruidos del aeropuerto de Heathrow); y la STC 119/2001, de 24 de mayo.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, *Lexitimación activa das CC.AA. para recorrer en vía contencioso-administrativa resolucions do Estado sobre tributos cedidos. Punto e final a un conflicto*, “REGAP” núm. 34, maio-agosto 2003, pp. 151-171.

GONZÁLEZ MARIÑAS, PABLO, *A fiscalización xudicial do outorgamento de indulto (STS do 27 de maio de 2003, Sala do contencioso-administrativo, Sección 6ª, Relator EXMO. Sr. D. Santiago MARTÍNEZ VARES GARCÍA)*, REGAP” núm. 34, maio-agosto 2003, pp. 207-211.

BURLADA ECHEVESTE, José Luis, *Una categoría que se resiste a desaparecer en el derecho francés: la vía de hecho administrativa*, “RVAP” núm. 67, septiembrediciembre 2003, pp. 99-162.

Este trabajo, que es parte de la tesis doctoral de su autor, realiza un extenso análisis sobre la vía hecho: condiciones para que exista en el ordenamiento francés –1) actividad administrativa material, 2) irregularidad manifiesta (irregularidad del acto jurídico ejecutado); distintos supuestos: de la irregularidad manifiesta A) ejecución sin título jurídico previo, B) irregularidad en la ejecución material: discordancia entre la ejecución y el título jurídico, C) irregularidades cometidas en la fase de ejecución, D) irregularidad en la ocupación tras la toma de posesión, E) irregularidad en la decisión y en la ejecución) ; 3) atentados a las libertades públicas; vía de hecho y obras públicas. Se examinan a continuación las consecuencias de la vía de hecho: 1) constatación de la vía de hecho; 2) condena a la Administración a la reparación de los perjuicios causados; 3) cesación de la vía de hecho; 4) prevención de la vía de hecho; y, 5), condena del funcionario autor de la vía de hecho. Culmina el estudio la evolución jurisprudencial desde el *arrêt Guignon* a la Ley de 30 de junio de 2000 relativa al *référé* en la jurisdicción administrativa, la decisión *Muselier*, la nueva configuración de la vía de hecho a partir de la jurisprudencia de pasaportes, la *Cour de Cassation*, el *arrêt Eucat*, la

configuración de la vía de hecho por el Tribunal de Conflictos en la década de los noventa. El autor concluye que en el sistema francés la distribución de competencias entre el Juez civil y administrativo sigue vigente, pudiendo ser constatada la vía de hecho tanto por el Juez civil como por el Juez administrativo. En cambio, la prevención, cesación y determinación de daños y perjuicios solo pueden ser acordadas por el Juez civil. En definitiva, “ la noción de vía de hecho en el Derecho español es menos rigurosa que el concepto de vía de hecho en derecho francés”. La diferencia estriba, según el autor, en que en este solo las ilegalidades flagrantes que desnaturalizan la actuación administrativa y que inciden en el derecho de propiedad o libertades fundamentales pueden llegar a constituir vía de hecho. Por el contrario, en el derecho español se entiende que es suficiente que se produzca un vicio de incompetencia o procedimiento para que nazca la vía de hecho, equiparándose el significado y alcance de los vicios generadores de vía de hecho con el de la nulidad absoluta.

TORRES PÉREZ, Aida, *La dimensión estructural de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Relaciones verticales y cláusulas horizontales*, “RVAP” núm. 67, septiembre-diciembre 2003, pp. 253-297.

ALONSO ESPINOSA, Carlos Alberto, *Extranjeros y derecho a la salud ¿Derecho o tolerancia?*, “A (RCDP)”, noviembre de 2004, núm. 30, pp. 65-84.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

PITA GRANDAL, Ana María & ANEIROS PEREIRA, Jaime, *A colaboración entre as distintas administracións tributarias. Especial referencia á hacienda local*, “REGAP” núm. 34, maio-agosto 2003, pp. 29-80.

Concluyen los autores que en materia de tributos cedidos confluyen competencias tanto estatales como autonómicas en el plano normativo y aplicativo. En el ámbito local, las relaciones de colaboración comprenden tanto actuaciones concretas como toda la aplicación de un tributo. Por tanto, estiman, son precisos canales jurídicos concretos que permitan articular esa colaboración, como puede ser la técnica del convenio, al margen de ese deber genérico. PITA GRANDAL & ANEIROS PEREIRA creen que otra fórmula – en lugar de la atribución a la Comunidad Autónoma en solitario del ejercicio de las competencias- que garantiza mejor la autonomía local consistiría en atribuirle a un órgano supramunicipal el ejercicio de las competencias. Este órgano podría ser la propia Diputación u otro ente que se cree.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

MORELL OCAÑA, Luis, *Los servicios de una Administración cercana*, “REAL” núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 45-98. *Vid.* (2).

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Sociedades mercantiles de la Administración y Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (con referencias a la nueva Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno local)*, "REAL" núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 99-122. *Vid.* (3).

(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.).

AGUIRREAZKUENAGA, Iñaki & YEREGUI, María, *Claves jurídicas del régimen urbanístico vasco*, "RVAP" núm. 67, septiembre-diciembre 2003, pp. 11-54.

Este importante estudio analiza el grupo normativo de ordenación territorial y urbanístico del país vasco. Los autores consideran que posee un carácter puntual, fraccionado e inacabado. El modelo se caracteriza por la inexistencia de una Ley urbanística integral siendo de aplicación el TRLS de 1976. El trabajo que recensionamos aborda los siguientes aspectos del modelo: estructura organizativa y competencial (antecedentes; instrumentos de ordenación territorial –Directrices de Ordenación territorial, Planes de ordenación territorial, Planes Territoriales Parciales, Planes Territoriales Sectoriales- instrumentos de planeamiento urbanístico, Órganos específicos de ordenación territorial y urbanística). De especial interés es el análisis que realizan AGUIRREAZKUENAGA y YEREGUI de los aspectos materiales más significativos del régimen urbanístico. Este análisis comprende: A) las disposiciones vinculantes derivadas de los instrumentos de ordenación territorial sobre el planeamiento urbanístico (límites máximos en la oferta de suelo residencial e industrial, límites urbanísticos en los márgenes de las aguas interiores, límites urbanísticos en terrenos colindantes con carreteras y líneas ferroviarias, límites derivados de actividades extractivas e instalaciones eólicas); B) Estándares urbanísticos para la construcción de viviendas de protección oficial; C) Especificidades en la clasificación del suelo no urbanizable; D) El aprovechamiento urbanístico: cesiones y redistribución de beneficios y cargas; y, E) los patrimonios públicos del suelo. De este extenso estudio destacamos las especificidades en la clasificación del suelo no urbanizable. La regulación se encuentra en la Ley vasca 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen de suelo y ordenación urbana. Esta norma regula en su art. 1 tres categorías de suelo no urbanizable: el protegido, el común y el de núcleo rural. Creen que la regulación es fiel reflejo del derogado art. 12 del TRLS de 1992 y del 80.b del TRLS de 1976 y compatible con el art. 9 de la Ley estatal 6/1998. El suelo no urbanizable común definido, con carácter residual, como "el suelo no incluido en ninguna de las otras categorías de suelo no urbanizable que se preserva del desarrollo urbano y no susceptible de otros aprovechamientos que los agropecuarios", responde al carácter residual que ostentaba el suelo no urbanizable con anterioridad a la Ley estatal 6/1998. Creen, sin embargo,

que en la actualidad solo será posible clasificar suelo como suelo no urbanizable común cuando el planeamiento lo delimite positivamente y justifique su inadecuación para el desarrollo urbano conforme al art. 9.2 en la redacción dada por la Ley 10/2003, de 20 de mayo (Cfr. p. 41-42). La tercera categoría es el suelo no urbanizable de núcleo rural, es decir, el suelo al que el planeamiento otorga esta clasificación por constituir agrupaciones de seis o más caseríos en torno a un espacio público que los aglutina. Se caracteriza por la posibilidad de incrementar el aprovechamiento urbanístico o el número de viviendas, con el límite de no superar el doble del ya existente, y en ningún caso, el número total puede ir más allá de las treinta viviendas sumando las existentes y las nuevamente previstas. Creen los autores que esta categoría no plantea problemas de constitucionalidad a la vista de la STC 164/2001, todo ello sin perjuicio de que su mejor encaje en el planeamiento urbanístico podría establecerse como suelo urbano. Razones de espacio nos impiden dar mayor cuenta de este importante trabajo pero destacamos al lector el tratamiento del aprovechamiento urbanístico a la vista de las SSTC 164/2001 y 54/2002.

GARCÍA URETA, Agustín, *Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF) y Banco Central europeo (BCE), comentario al Asunto, C-11/10, Comisión v. BCE, Sentencia del TJCE de 10 de julio de 2003, "RVAP" núm. 67, septiembre-diciembre 2003, pp. 357-380.*

Comenta certeramente el autor esta sentencia que determina con claridad que el BCE, a pesar de gozar de independencia, como se desprende del Tratado y de los estatutos del SEBC, no dejar de ser una criatura del propio TCE. En consecuencia el legislador comunitario puede incidir normativamente en distintos aspectos de su funcionamiento, sin que por ello se ponga en entredicho su posición.

NAVARRO CABALLERO, Teresa María, *La autonomía local en el trámite de aprobación del planeamiento urbanístico general (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, núm. 712/2000, de 29 de septiembre y la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2003, "REAL" núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 231-256.*

Examina la autora estas dos importantes sentencias. La primera de ellas, la STSJ de Murcia de 29 septiembre 2000, RJCA 2001\240, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Ponente José Antonio LÓPEZ PELLICER, f. de dcho núm. 2, al amparo de la cláusula contenida en la Disposición adicional 2ª de esta Ley 4/1989, de 27 de marzo (que estableció sujetas a EIA de las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas) declara que una alteración de planeamiento que reclasifique suelo no urbanizable más de 100 hectáreas está sujeta a EIA por esta cláusula. La Sentencia del Tribunal

Supremo de 30 de octubre de 2003 ha confirmado el planteamiento estimando que es la aprobación del plan la que hace posible el cambio del uso del suelo, y por ello es este momento donde se ha de evaluar el impacto ambiental: no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior como la aprobación de Programas de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de urbanización (f. de dcho 5º). La autora se suma a la corriente doctrinal que propugna que la aprobación definitiva del planeamiento general urbanístico sea atribuida al Municipio.

DE VICENTE GONZÁLEZ, José Luis, *Normas de aplicación directa y protección del paisaje en la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio. ¿Límites a la discrecionalidad de la Administración o conceptos jurídicos indeterminados?*, “REAL” núms. 292-293 mayo-diciembre 2003, pp. 271-327.

Estima el autor en este estudio con importantes referencias jurisprudenciales que las normas de aplicación directa poseen tres cometidos: 1) las normas contienen una ordenación detallada básica de la ejecución urbanística directamente vinculada a la Ley que permite a los propietarios plasmar sus derechos dominicales en ausencia de Plan; 2) establecen límites directos al planificador; y 3) establecen una ordenación subsidiaria en caso de imprevisión del planeamiento.

(7) § **Varia.**

LÓPEZ LÓPEZ, Enrique, *La nueva prisión provisional*, “REGAP” núm. 34, maio-agosto 2003, pp. 15-27.

CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, *El nuevo juicio de faltas regulado por la Ley 38/2002, de reforma parcial del Ley de enjuiciamiento criminal (B.O.E. de 28 de octubre)*, “REGAP” núm. 34, maio-agosto 2003, pp. 81-135.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, Abogados, *Enseñanza del Derecho y Administración de justicia (en torno a algunos problemas instituciones de la abogacía española en el siglo XXI)*, “RVAP” núm. 67, septiembre-diciembre 2003, pp. 187-251.

Recomendamos vivamente la lectura de este “ensayo” sobre la enseñanza del Derecho con amplias referencias históricas, normativas, sociológicas y de experiencias comparadas. Sin perjuicio de que puedan compartirse o no sus posiciones, nos encontramos con una profunda reflexión, serena, crítica y con ideas originales.

Abreviaturas

A (RCDP)	Autonomies, Revista Catalana de Derecho Público
REAL	Revista de Estudios de la Administración Local
REGAP	Revista Galega de Administración Pública
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
VV.AA	Varios autores.

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

AVERHAUS, RALF, *Gemeinden in der Telekommunikation. Zulässigkeit und Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung vor Gemeinden im Bereich der Telekommunikation –unter besonderer Berücksichtigung der wegrechtlichen Problematik*, Editor Peter Lang, 2001, 357 páginas.

I

En Alemania numerosos ayuntamientos han decidido operar en el mercado de las telecomunicaciones como empresarios conforme a lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones (en adelante TKG) de 25 de julio de 1996, lo que ha dado lugar al establecimiento de nuevas empresas de capital íntegramente público y otras con participación de socios privados. Sin embargo, la concurrencia con otras empresas de servicios y redes de telecomunicaciones de titularidad privada ha provocado controversias y problemas que apuntan en el fondo a los procesos de liberalización y privatización, incapaces de garantizar todavía un régimen de concurrencia y competencia efectiva.

Por todo ello, no resulta exagerado afirmar el enorme interés del libro de Ralf Averhaus que podríamos traducir como “los municipios y las telecomunicaciones: admisibilidad y límites de una actividad empresarial de los municipios en el ámbito de las telecomunicaciones, con especial referencia a la problemática de las vías públicas” escrito con motivo de su doctorado en el año 2000 bajo la dirección del Prof. Peter J. Tettinger, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Colonia. Tres razones avalan la utilidad de este libro. Primera, el autor ofrece un ejemplo formidable de cómo el régimen local y el de las telecomunicaciones han de aplicarse conjuntamente para articular la posibilidad de los entes locales de participar en el mercado de las telecomunicaciones como empresarios. Segunda, afronta esta cuestión a la luz del derecho constitucional alemán que garantiza la autonomía local (art. 28 Ley Fundamental de Bonn, en adelante LFB), atribuye a la Federación la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones (art. 73.7 LFB) y ha reformado a nivel constitucional el sector de las telecomunicaciones en los art. 87 b y 143.b LFB. Tercera, examina la actividad de las empresas de telecomunicaciones de titularidad local acudiendo al derecho alemán de la competencia, de larga tradición en aquel país y más desarrollado, sin olvidar las normas del derecho comunitario europeo. En todo ello, el autor refleja

una destreza poco habitual y un discurso preciso sobre cuestiones que no son de fácil comprensión.

En el fondo, Averhaus trata de justificar si la actividad empresarial de los ayuntamientos en las telecomunicaciones es conforme al derecho constitucional y administrativo, teniendo en cuenta que a ellos no les corresponde el papel de Administración reguladora del sector, sino que es a la Federación según la Ley de Reforma constitucional de 30 de agosto de 1994 que introdujo los artículos 87.f y 143.b) de la LFB. Como es sabido, el art. 73.7 LFB encomienda a la Federación, y no a los Länder, la competencia exclusiva sobre las telecomunicaciones, lo que se ha concretado en la Ley de Telecomunicaciones de 1996 considerada en el libro en lo que atañe a los municipios. Con todo, la lectura del libro es sumamente útil y no queda obsoleto por la aprobación con fecha de 22 de junio de 2004 de la nueva Ley de Telecomunicaciones que incorpora al ordenamiento alemán las Directivas comunitarias publicadas en el 2002. La nueva Ley reitera prácticamente la misma solución que la ley anterior en torno a la actividad empresarial de los entes locales y el derecho a la ocupación gratuita de las vías públicas locales por los operadores de telecomunicaciones.

Si comparamos esta situación con lo que sucede en nuestro país apenas encontramos coincidencia alguna, quizás por la indigencia constante de la mayoría de los entes locales y por otras razones de carácter político, no hay una actividad económica de éstas en las telecomunicaciones por falta de capacidad. En cualquier caso, la Ley General de Telecomunicaciones de 2003, como la anterior de 1998, no prohíbe a los entes locales actuar como operadores y en el caso de que así lo soliciten a la Administración competente (Gobierno y Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) tendrán que hacerlo en las mismas condiciones exigidas a los particulares. En la práctica, apenas encontramos algunos ejemplos de actividad local en los informes publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones que, por otra parte, recientemente ha publicado un Catálogo de “Buenas Maneras sobre la actividad de las Administraciones públicas” en este mercado. Ahora bien, el conocimiento del libro de Averhaus responde adecuadamente a algunos problemas que también cabe formular conforme al derecho español de las telecomunicaciones que ha sido adaptado al derecho comunitario europeo.

II

La Parte Primera del libro (p. 45 a 282) se ocupa de los límites relativos a la actividad económica de los municipios en las telecomunicaciones, y se

divide en siete capítulos. El autor indaga los motivos que han llevado a los entes locales a participar en este sector y sugiere que uno de ellos ha sido la retirada de los entes locales en la prestación de servicios encomendados tradicionalmente a ellos, como fue el suministro de energía. Esta retirada parcial ha sido provocada de modo indirecto por la privatización y la introducción de la competencia que presenta la legislación en los niveles nacional y comunitario. El autor presta la atención necesaria al derecho comunitario que ha tenido mucho que ver con la liberalización de las telecomunicaciones en Europa (p. 62 a 67), y fue acompañada por una reforma significativa de los preceptos de la LFB relativos a las telecomunicaciones antes mencionada.

El capítulo tercero de la Parte Primera profundiza en el régimen de las telecomunicaciones conforme al derecho alemán (p. 69 a 88), precisando la capacidad de los entes locales de convertirse en operadores de telecomunicaciones, las actividades sujetas al deber de obtener previa licencia, las actividades sujetas a un deber de notificación a la Administración competente, la necesidad de una separación estructural de cuentas, el servicio universal, la regulación de las remuneraciones, el acceso a la red abierta y las conexiones. Finalmente, el autor estudia la posibilidad de “comercializar” los derechos a utilizar las vías públicas (p. 88 y ss).

El capítulo siguiente (p. 92 a 166) plantea una posible inadmisión de la actividad económica local en las telecomunicaciones por mandato constitucional basada en cuatro motivos diferentes sobre los que vale la pena detenerse.

A) De una parte, la LFB no admite explícitamente la iniciativa pública en la economía provocando una discusión clásica en la doctrina alemana que el autor estudia con precisión sobre la neutralidad económica de la LFB y la existencia o no de la cláusula de subsidiariedad respecto a la actividad de los particulares. El autor compara la legislación de régimen local de los diferentes Länder que impone diversos requisitos para la creación de empresas locales. Al igual que en nuestro ordenamiento, las empresas locales de telecomunicaciones no pueden invocar la libertad de empresa reconocida en el art. 12.1 LFB por falta de legitimación del Estado para ser titular de derechos fundamentales. Ahora bien, el derecho alemán admite soluciones originales en este asunto, de modo que no se pueden organizar como sociedades de capital íntegramente público o empresas públicas de carácter mixto (*gemischt-öffentliche Unternehmen*), pero las empresas locales organizadas en régimen de derecho privado mixto disfrutaban de la protección de la libertad de empresa, debido a la participación de particulares.

B) En segundo lugar, el autor indaga si el artículo 87.f de la LFB constituye un obstáculo especial para la existencia de una empresa local de telecomunicaciones (p. 109 y ss). El precepto mencionado se ocupa de la Administración del servicio de correos y de las telecomunicaciones y por su interés lo traducimos: “1. Por lo que respecta al servicio de correos y a las telecomunicaciones, la Federación garantizará en todo el territorio, de acuerdo con lo que disponga una ley federal que requiere la aprobación del *Bundesrat*, servicios adecuados a todo el territorio y que sean suficientes. 2. Los servicios en el sentido del apartado 1 serán prestados como actividades económicas privadas por las empresas surgidas del Patrimonio Especial Correo Federal Alemán y por otros agentes privados. Las funciones de soberanía en el ámbito del servicio de correos y las telecomunicaciones serán realizadas por la Administración propia de la Federación. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 frase 2, la Federación llevará a cabo bajo la forma jurídica de un organismo federal de Derecho público, tareas particulares relacionadas con las empresas surgidas del Patrimonio Especial Correo Federal Alemán, de acuerdo con lo que disponga una ley federal”. En relación con lo dispuesto en este precepto y en el artículo 143 b de la LFB relativo a la “transformación en materia de correos y telecomunicaciones”, el autor examina el mandato de privatización que inició la liberalización de las telecomunicaciones y evoca la doctrina establecida en los informes de la Comisión Alemana de Monopolios que afirman la existencia de una auténtica privatización de funciones en el sector (p. 111 a 121). El autor comenta las tres formas típicas de privatización que la doctrina alemana clasifica en: 1º) privatización de la organización, también denominada privatización formal; 2º) privatización de las funciones o material, y 3º) privatización del patrimonio. Y concluye que en los preceptos de la LFB relativos a las telecomunicaciones hay una privatización material, pues la prestación de servicios de correos y de las telecomunicaciones ha de realizarse por “empresas privadas” o sometidas al derecho privado, y además una privatización del patrimonio que afecta a la empresa pública Deutsche Telekom.

En definitiva, el autor acepta una actividad empresarial de los entes locales en las telecomunicaciones (p. 121-123), porque el art. 87 f LFB no se opone a un modelo de empresa de telecomunicaciones de titularidad local siempre que su participación sea conforme al mandato de privatización en la organización, de modo que no cabe una empresa sometida al derecho público y que la naturaleza de la actividad ha de ser de carácter privado (p. 135).

C) Una tercera causa para una posible inconstitucionalidad de la actividad local en las telecomunicaciones deriva de la eficacia de los derechos

fundamentales que pueden invocar los operadores privados (p. 139 y ss). Recuerda la teoría sobre la vinculación a los derechos fundamentales de las empresas públicas según la forma de organización sometida al derecho privado que pueden ser sociedades de capital íntegramente público o sociedades de economía mixta (p.142). Así pues, verifica si la actividad empresarial de los municipios en este sector puede ser compatible con la libertad de empresa (art. 12.1 LFB), la propiedad privada (art. 14.1 LFB) y el derecho a la igualdad (art. 3.1 LFB) que pueden alegar los operadores privados. El autor concluye que sólo en casos excepcionales puede reconocerse una vulneración de tales derechos.

D) Es adecuado el análisis que efectúa de la autonomía local establecida en el art. 28.2 LFB como fundamento para una actividad económica en las telecomunicaciones (p. 178 y ss). El lector advierte la diversa configuración de la autonomía local en España y Alemania, de las que se había ocupado en un examen comparativo el Prof. J.C. Pielow en el libro "*Autonomía Local in Spanien und Kommunale Selbstverwaltung in Deutschland: eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Blick auf Grundstrukturen und aktuelle Probleme*", Ed. Vahlen, Munich, 1993, con Prólogo de Antonio Jiménez-Blanco.

En relación con las telecomunicaciones, Averhaus entiende que si el suministro de las telecomunicaciones es asunto propio de una entidad local enmarcado en la "*Daseinsvorsorge*", término bien conocido (p. 188 y ss), no es razonable una prohibición de la actividad de los municipios en las telecomunicaciones (p. 193 y ss), siempre que no haya menoscabo alguno en la función del *Bund* de ordenar las telecomunicaciones atribuida directamente por la LFB. En consecuencia, admite la posibilidad de que los entes locales desarrollen actividades pero sólo como complemento a la función del *Bund* de asegurar un suministro básico de telecomunicaciones en el territorio local (p. 200 y ss).

III

El autor desarrolla también en la Parte Primera los requisitos jurídicos y límites impuestos a la actividad económica de los entes locales en las telecomunicaciones (p. 206 y ss) que vienen impuestos con carácter general por la legislación de régimen local de cada Estado federado. Tales requisitos no son ajenos a los que conoce nuestro ordenamiento como son la justificación de una necesidad propia de un municipio, la exigencia de una finalidad pública, la capacidad de prestación de cada municipio, la delimitación territorial de la actividad. Otros son diferentes como los que derivan de la llamada cláusula de

subsidiariedad establecida en la legislación de régimen local de algunos *Länder*. Es sabido que corresponde el régimen local a cada Estado federado, que ordena la actividad económica de los entes locales con carácter general, pero es posible encontrar ciertos elementos comunes que han sido explicados el Prof. Tettinger recientemente en la última edición (2004) del libro *Besonderes Verwaltungsrecht I, Kommunal Recht, Polizei und Ordnungsrecht*.

De particular interés es el desarrollo que efectúa Averhaus relativo a la aplicación del derecho de la competencia a las empresas locales de telecomunicaciones (p. 254 y ss). Expone los fines que persigue la vieja Ley de Competencia Desleal, "*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*" aprobada el 7 junio 1909 y modificada posteriormente en diversas ocasiones, la más reciente por la Ley de 22 junio de 1998. Menciona la necesidad de limitar la aplicación de la Ley según el modo de participar en el mercado y enumera una serie de conductas que pueden ser contrarias a la competencia desleal (p. 262). Finalmente, pondera la aplicación del Derecho de defensa de la competencia conforme a la Ley de Defensa de la Competencia "*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*" de 27 julio 1957, modificada por Ley de 26 agosto de 1998, que impide una posición dominante de las empresas mencionadas. El autor insinúa que el derecho de la competencia comprende principalmente el cómo ("*wie*"), es decir, el modo en que debe realizarse la actividad económica de los municipios en las telecomunicaciones, mientras que la aceptación general de la misma ("*ob*") ha de ser apreciada conforme al Derecho público, concretamente la legislación de régimen local y la de telecomunicaciones. Así las cosas, recapitula que los límites a una actividad económica local en las telecomunicaciones no derivan sólo de las normas propias del régimen local, sino también del Derecho económico general, concretamente el derecho de la competencia.

IV

La parte segunda del libro gira en torno a la constitucionalidad del art. 50 de la Ley de Telecomunicaciones Alemana (TKG) de 25 julio de 1996, que permite la ocupación de las vías públicas de los municipios por las empresas de telecomunicaciones sin contraprestación económica alguna (p. 297 a 355). El autor advierte que el derecho a la utilización gratuita de las vías públicas para el establecimiento de líneas de telegráficos y de telefonía (hoy líneas de telecomunicaciones) constituye desde el punto de vista histórico un principio de derecho consolidado. Por este motivo, los municipios no han podido durante el tiempo de vigencia de la primera de Ley de Telégrafos aprobada en 1909 (es decir, casi un siglo) obtener ingresos por la utilización de las vías públicas municipales (p. 355).

Averhaus opina que el autor de la TKG de 1996 ha reestructurado las telecomunicaciones y ha roto el monopolio anterior, pero ha querido mantener el derecho a la ocupación de las vías públicas de modo gratuito por la conexión de esta actividad con fines públicos. En efecto, afirma que la justificación interna de la gratuidad de la utilización de las vías no radica en el monopolio formal que disponía del derecho de ocupación de las vías públicas, sino en la determinación de los fines públicos de las líneas de telegrafía y de telefonía. Y ello lo explica así. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 87.f párrafo 1 y 2 de la LFB, el legislador se ha decidido por una organización en dos dimensiones. El derecho gratuito a las vías públicas establecido en el art. 50.1.1 TKG consiste en un medio indispensable para el cumplimiento del deber establecido en el art. 87 f párrafo 1 LFB y encomendado al *Bund* de garantizar una infraestructura de las telecomunicaciones. Además, el art. 87 f párrafo 2 LFB impide una actuación propia del *Bund*, y por ello el art. 50.2. TKG habilita la transmisión del privilegio de uso del *Bund* a los titulares de las licencias de infraestructura que están vinculados a la función de suministro de telecomunicaciones. Así pues, el fundamento de la potestad legislativa para establecer la regulación de la facultad de utilizar las vías públicas de modo gratuito se infiere de lo dispuesto en el art. 73 núm. 7 LFB en conexión con el art. 87.1 y 2 LFB conforme a una interpretación histórica, teleológica y sistemática, de suerte que la regulación del derecho a la ocupación gratuita de las vías resulta imprescindible para el cumplimiento de la obligación del *Bund*. Todas estas consideraciones se presentan sin olvidar la doctrina establecida en el Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán de la Sala Segunda de 7 enero 1999 que confirma la legitimidad del art. 50.1 TKG en relación con la autonomía local, pero plantea otras cuestiones no resueltas expresamente. Conforme a lo prescrito por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el ámbito de protección del art. 28.2 LFB no queda vulnerado por el precepto mencionado desde el punto de vista de la “*Daseinsvorsorge*” ni tampoco por la competencia que ostentan los municipios sobre las vías propias ni la función de planificación. Finalmente, añade que la regulación del art. 50.1 y 2 de la Ley de Telecomunicaciones de 1996 no implica un trato privilegiado carente de justificación para las empresas de líneas de telecomunicaciones y tampoco vulnera el principio de igualdad establecido en el art. 3.1 LFB, porque existe una diferencia estructural entre el sector de las telecomunicaciones y el suministro de energía y agua con fundamento en la propia LFB (p. 356).

En definitiva, la lectura de la monografía de Ralf AVERHAUS es sumamente enriquecedora y útil, por cuanto descubre la necesidad de articular cuestiones clásicas relativas a la actividad económica de los entes locales, el régimen de concurrencia con empresas privadas y el nuevo régimen de las

telecomunicaciones, que viene caracterizado por la liberalización y privatización de funciones y de la organización impuestos en Alemania por la Ley Fundamental de Bonn. Sin duda alguna, vale la pena el esfuerzo por conocer de cerca una obra dotada de una gran solidez tanto en el fondo como en las formas que reflexiona sobre la actividad empresarial de los entes locales en las telecomunicaciones.

TETTINGER, PETER J.: Besonderes Verwaltungsrecht/1. Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht

El Profesor Peter J. Tettinger es Catedrático de Derecho Administrativo y director del Instituto de Derecho Público y Ciencia de la Administración, en la Universidad de Colonia. Así como codirector, junto con el Profesor Michael Sachs, de la Revista de Derecho Público y Administración Pública de Renania del Norte-Westfalia, *NWVBl Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung*, y miembro del Tribunal Constitucional del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia. Se trata de persona bien conocida entre los lectores de lengua alemana por sus publicaciones en materia de Derecho europeo, Derecho estatal y Derecho Administrativo Económico.

En 1986 publicó la primera edición del Manual de Derecho Administrativo Especial, Parte I, Derecho local y Derecho de Policía, *Besonderes Verwaltungsrecht/1. Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht*, en la editorial C. F. Müller. Desde entonces se han sucedido en ambas materias una serie de reformas legislativas importantes. Por ejemplo, la Ley de Régimen Local de Renania del Norte-Westfalia de 1994 fue modificada en diversas ocasiones en los años 1997 y 1999. Con la finalidad de adaptar el texto a la legislación vigente y a la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, el autor ha publicado una nueva edición del Manual, la séptima, en octubre de 2004.

Conviene destacar la tradición que existe en el Derecho alemán, que al tratar la Parte Especial del Derecho Administrativo tiene como materias básicas siempre esos dos grandes bloques: el local y el de policía. A ello se suma el hecho relevante de que la competencia legislativa sobre estas dos materias está atribuida a los Estados Federados, los *Länder*. En consecuencia, y por exclusión, el Derecho local y el Derecho de policía no son competencias del Estado Federal, el *Bund*. Sobre esta materia y la evolución del federalismo alemán, por cierto, se ha ocupado de una forma brillante el Prof. Schmidt

Assmann, en el libro *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema; objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, INAP, Marcial Pons, Madrid, 2004, traducida recientemente al castellano por M. Bacigalupo.

Tal y como advierte su título, esta breve, pero densa, obra comprende en realidad dos monografías distintas, aunque estén conectadas entre sí: el régimen local y el Derecho de policía. Tettinger ofrece una visión detallada de ambos sectores mediante un enfoque metodológico que enriquece el tratamiento y merece el mejor de los comentarios. Pese a que este libro versa principalmente sobre Derecho alemán de los *Länder* (o, como nosotros diríamos, autonómico), no obstante adquiere un alto interés doctrinal, en primer término, para el conjunto de Alemania, y en segundo término, para toda Europa. En nuestra doctrina existen destacados estudios que abordan el Derecho local. Sirva por todos el *Manual de Derecho Local*, 6ª edición, 2001, Aranzadi, Cizur Menor, del Prof. Sosa Wagner. Por el contrario, no han corrido la misma suerte los trabajos de Derecho de policía.

Tettinger busca además satisfacer las necesidades del estudiante de Derecho en Alemania. Adopta la misma estructura -con la mira puesta en la distribución de los exámenes de las Facultades de Derecho en Alemania- en las dos partes. El manual se compone de 22 capítulos. Comienza cada uno con una serie de referencias normativas y bibliográficas, que son las más elementales en las materias. Tras hacer una exposición de la normativa, doctrina y jurisprudencia aplicables, propone un supuesto práctico y aporta la solución, lo que facilita la comprensión de las cuestiones.

La Parte I, relativa al Derecho local, comprende los capítulos 1 a 11; y la Parte II, los capítulos 12 a 22. El libro termina con dos anexos: la Carta Europea de la Autonomía Local y un Proyecto tipo de Ley uniforme de policía del *Bund* y de los *Länder*.

En la Parte I (p. 3 y ss.), el autor emprende un estudio ordenado del régimen local que se centra en las distintas formas de personificación local y en el análisis de las garantías constitucionales de la autonomía local reconocidas en el art. 28 II. 1 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LFB). Un estudio comparativo entre la autonomía local en España y en Alemania fue elaborado de manera exhaustiva, hace ya algún tiempo, por el Prof. J.C. Pielow, en el libro, *Autonomía local in Spanien und kommunale Selbstverwaltung in Deutschland - Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Blick auf Grundstrukturen und aktuelle Probleme*, ed. Vahlen, Munich, 1993, con prólogo del Prof. Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz. Del mismo modo, Tettinger diserta en

el trabajo sobre la garantía institucional de la autonomía mancomunada (art. 28 II. 2 LFB), las garantías de derecho financiero constitucional, el recurso de amparo o queja constitucional local (art. 93 I. 4 b LFB) y las garantías de los Estados federados contempladas en sus respectivos “Estatutos de Autonomía” o “Constituciones federadas”.

Seguidamente hace hincapié en el control estatal sobre los Entes locales (p. 135 y ss.), distinto y más intenso en el Derecho alemán al permitir un control desde el Estado sobre los asuntos propios de los Municipios. En particular, se detiene en las nociones de “ciudadano” y “habitante”. Y expone las formas de organización municipal y los conflictos entre los distintos órganos locales. Además, aborda con maestría el círculo de obligaciones que corren a cargo de los Municipios, ya sea como tareas propias o como tareas encomendadas, conceptos no lejanos a los de competencias propias y de delegación previstos en el artículo 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Tampoco olvida el estudio de las potestades normativas locales.

Por último, el autor concluye la parte relativa al estudio del régimen local centrándose en la actividad económica de los Municipios (p. 111 y ss.), que ha generado no pocas controversias en cuanto a su justificación y el régimen de monopolio o la libre concurrencia con empresas privadas. También examina los límites de la actividad económica local establecidos en la legislación de los *Länder* y aporta una visión resumida de las Haciendas Locales.

En la doctrina española, entre otros, el autor citado, Sosa Wagner ha sido el que con carácter más general y ambicioso se ha ocupado de esta materia, en el conocido libro *La gestión de los servicios públicos locales*, prólogo del Prof. García de Enterría, 7ª edición, Civitas, Madrid, 2004. También puede consultarse, en la lengua de Goethe, el artículo del Prof. Marti del Moral relativo al control de la actividad económica de los Municipios en España, «Die Kontrolle der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen in Spanien», publicado en la revista de Derecho Público y Administración Pública de Renania del Norte-Westfalia, *Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter, NWVBL*, en noviembre de 2004 (p. 421 y ss.).

La Parte II del libro (p. 144 y ss.), relativa al Derecho de Policía, se inicia con el estudio de las funciones de policía en el Estado contemporáneo y la evolución de la noción. El sentido que este concepto alcanza en un Estado constitucional se encuentra en la garantía de los derechos fundamentales que pueden verse afectados en la materia, especialmente el derecho de reunión.

Tettinger aborda las garantías existentes frente al riesgo de conculcación de lo que en Alemania constituyen los dos bienes jurídicos aquí protegidos: la seguridad pública y el orden público (entendido casi como sinónimo a ordenamiento jurídico) (p. 158 y ss.) que dan lugar a dos regímenes jurídicos diferentes en algunos *Länder* (*Polizeirecht* y *Ordnungsrecht*) en función de que el concepto de policía que adopten sea material o institucional. Así, en los *Länder* que siguen un concepto material, el ámbito correspondiente al *Ordnungsrecht* se incluye dentro del *Polizeirecht*, mientras que los que emplean un concepto institucional separan estas materias y las autoridades competentes. Como es sabido, el *Ordnungsrecht* es una competencia legislativa de los *Länder*, aunque en algunos casos la Federación (*Bund*) regula cuestiones relativas a dicho *Ordnungsrecht*, casi siempre, en anexos legislativos. También algunos *Länder* que siguen el concepto institucional de policía regulan el *Ordnungsrecht* y el *Polizeirecht* en una misma Ley. Entre otras cuestiones, el autor explica el concepto de peligro y de riesgo en materia de policía, así como los límites de las distintas formas de intervención (p. 168 y ss.). En este orden de cosas ocupa un lugar destacado el análisis de la responsabilidad por la actuación policial (p. 176 y ss.), donde distingue según sea exigible el Derecho de Policía o la normativa sobre infracciones administrativas. El principio de oportunidad, en lo relativo a la prohibición de exceso, y el derecho del ciudadano a la intervención policial se consideran como dos caras de una misma moneda: la intervención administrativa y el exacto alcance de los derechos de los ciudadanos.

Más adelante, Tettinger expone el régimen de los poderes especiales otorgados a las autoridades competentes en materia de seguridad, policía y orden público (p. 190 y ss.). Hace referencia a ámbitos, fuera del derecho a la defensa, contra los peligros para el orden público, como son la persecución e instrucción de los delitos conforme al Derecho penal y las infracciones administrativas de acuerdo con la Ley de Infracciones Administrativas (p. 213 y ss.).

El libro continúa con el análisis de la organización de la Administración de policía y de orden público según las normas administrativas y de distribución competencial de los *Länder*, que clasifica en tres grupos: Renania del Norte-Westfalia; Baviera; y los demás Estados federados. Luego precisa los instrumentos de acción con los que cuentan las autoridades policiales, entre las que incluye, claro es, la medida coactiva. Este capítulo muestra con claridad la necesidad de enlazar el régimen jurídico del derecho de orden federal y los derechos autonómicos de los *Länder*.

Finalmente, dedica un capítulo a explicar las relaciones existentes entre el Derecho de Policía y el derecho de reunión, indicando las competencias

para la aplicación de la Ley del Derecho de Reunión (p. 247 y ss.). De modo similar, el autor explica el derecho de los ciudadanos a una indemnización por actuaciones de la Administración sometidas al Derecho de Policía (p. 254 y ss.).

En definitiva, el manual de Derecho Administrativo Especial del Prof. Tettinger despliega un discurso impecable y sistemático que tiene, además, la virtud de ir al grano sin caer en el abuso de la erudición. Muestra supuestos prácticos con sus posibles soluciones. La obra pertenece con seguridad a lo mejor dentro de su especialidad y puede ser recomendada a todo estudiante y al jurista práctico -que se maneje en aquella lengua, por supuesto- que quiera aprender los fundamentos del régimen local y de policía en el Derecho alemán.

Lourdes de la Torre Martínez
Profesora Ayudante de la Universidad de Jaén

**Revista de Estudios
de la Administración
Local**

Mayo-Diciembre 2003 Número 292-293

I. Estudios

Allan R. Brewer-Carías
**EL “ESTADO FEDERAL DESCENTRALIZADO” Y LA CENTRALIZACIÓN DE LA
FEDERACIÓN EN VENEZUELA, SITUACIÓN Y PERSPECTIVA DE UNA
CONTRADICCIÓN CONSTITUCIONAL**

11

Luis Morell Ocaña
LOS SERVICIOS DE UNA ADMINISTRACIÓN CERCANA

45

Santiago González-Varas Ibáñez
**SOCIEDADES MERCANTILES DE LA ADMINISTRACIÓN Y LEY DE
CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (CON REFERENCIAS A
LA NUEVA LEY 57/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS PARA LA
MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL)**

99

Antonio Calonge Velázquez
LOS GRUPOS POLÍTICOS MUNICIPALES

123

Federico A. Castillo Blanco
**LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL: FUNCIÓN DE
GOBIERNO. FUNCIONES DIRECTIVAS Y FUNCIONARIOS CON
HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL**

163

Armando Rodríguez García
**LA GESTIÓN URBANA LOCAL COMO SÍNTESIS DE LAS POLÍTICAS DE
DESARROLLO HUMANO EN VENEZUELA**

215

II. Jurisprudencia

Teresa María Navarro Caballero
**LA AUTONOMÍA LOCAL, EN EL TRÁMITE DE APROBACIÓN DEL
PLANEAMIENTO URBANÍSTICO GENERAL (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA, NÚMERO 712/2000,
DE 29 DE SEPTIEMBRE Y DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO,
DE 30 DE OCTUBRE DE 2003)**

231

III. Crónicas y documentos

Pablo Reca

TERRITORIO Y MUNICIPIO. EL TEMA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
259

José Luis de Vicente González

NORMAS DE APLICACIÓN DIRECTA Y PROTECCIÓN DEL PAISAJE EN LA LEY DE CANTABRIA 2/2001 DE 25 DE JUNIO. ¿LÍMITES A LA DISCRETIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN O CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS?
271

Lolymar Hernández Camargo

**LA RECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO VENEZOLANO:
ASPECTOS ESENCIALES PARA LA TRANSFORMACIÓN**
329

Valentín Merino Estrada

MUNICIPIO, ESTADO Y SOCIEDAD. DOCTRINA MUNICIPALISTA DE LOS CONGRESOS IBEROAMERICANOS DE LA OICI 1990-2001
343

José María Hernández de la Torre y García

UN ASPECTO DE LA REFORMA ADMINISTRATIVA: LA COMARCALIZACIÓN DE ARAGÓN
367

IV. Recensiones

Luis Fernández Crespo Montes

MITOS Y RITOS EN LA ADMINISTRACIÓN ESPAÑOLA
(Recensión: Manuel Martínez Bargueño)
401

Noelia de Miguel Sánchez

SECRETO MÉDICO, CONFIDENCIALIDAD E INFORMACIÓN SANITARIA
(Recensión: Santiago González-Varas Ibáñez)
403

Luciano Vandelli

DEVOLUCION E ALTRE STORIE. PARADOSSI, AMBIGUITA E RISCHI DI UN PROGETTO POLITICO
(Recensión: Marcos Almeida Cerredá)
404

Ginés Valera Escobar

INCIDENCIAS DE LA MÁS RECIENTE LEGISLACIÓN SECTORIAL ANDALUZA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE LICENCIA URBANÍSTICA MUNICIPAL
(Recensión: Manuel M. Ocaña Gámez)
407

R. Bocanegra Sierra
LECCIONES SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO
(Recensión: Eduardo Caruz Arcos)
408

Anabelén Casares Marcos
CAJAS DE AHORRO: NATURALEZA JURÍDICA E INTERVENCIÓN PÚBLICA
(Recensión: Amaya Fernández García)
410

S. M. Álvarez Carreño
**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES
URBANAS**
(Recensión: José Pérez Martos)
412

D. Canals i Ametller
**EL EJERCICIO POR PARTICULARES DE FUNCIONES DE AUTORIDAD,
CONTROL INSPECCIÓN Y CERTIFICACIÓN**
(Recensión: Marta Oller Rubert)
415

Enrique Orduña Rebollo
MUNICIPIOS Y PROVINCIAS
(Recensión: Santiago González-Varas Ibáñez)
418

Jaime Orlando Snatofimio Gamboa
TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
(Recensión: Santiago González-Varas Ibáñez)
419

VI. Sumarios de otras revistas
421



Administración Pública

■ 57

2005

