

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 74/2009
Mayo-Agosto

ESTUDIOS

Juan María Díaz Fralle
Soluciones de Derecho Privado a la crisis financiero-inmobiliaria

Francisca Villalba Pérez
La dimisión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público

Lorenzo Mellado Ruiz
Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Análisis general a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria

Juan Francisco Sánchez Barrilao
La televisión local digital terrestre en Andalucía y el cese de emisiones en analógico

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

La protección urbanística del conjunto histórico de Sevilla. Las dificultades derivadas de su sectorización
(Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 y 22 de octubre de 2009)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

DOCUMENTOS

El derecho a la atención de las personas mayores en el Estatuto de Autonomía para Andalucía: retos para los poderes públicos andaluces

La imposibilidad de ejecutar la sentencia que ordena la demolición de un inmueble: análisis del artículo 105.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa

El acceso a los Cuerpos Docentes Universitarios: Una visión desde la jurisprudencia

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES: El proyecto de Ley reguladora del derecho de acceso a la vivienda

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

Revista Andaluza de Administración Pública

Nº 74

Mayo-Agosto 2009



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

Excmos. e Ilmos. Sres.

Manuel F. Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo

(Presidente)

Manuel García León, Vicerrector de Investigación de la Universidad de Sevilla

José A. Soriano Cabrera, Director del Instituto Andaluz de Administración Pública

Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional

Sebastián Cano Fernández, Viceconsejero de Educación

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

Pedro Escribano Collado, Catedrático de Derecho Administrativo

Luis Enrique Flores Domínguez, Secretario del Ayuntamiento de Sevilla

Francisco López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo

Venancio Gutiérrez Colomina, Secretario del Ayuntamiento de Málaga

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

José Ortíz Díaz, Catedrático de Derecho Administrativo

M^a. Genma Pérez Naranjo, Directora General de Modernización e Innovación de los Servicios Públicos

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

Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo

Manuel de la Plata Rodríguez, Director General de la Función Pública

José Vallés Ferrer, Catedrático de Política Económica

José Antonio Vïboras Jiménez, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía

Manuel Zafra Víctor, Director General de la Administración Local

Director:

Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo

Secretaria:

Concepción Barrero Rodríguez, Catedrática 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, Catedrático 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. (IVA incluido)

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>Juan María Díaz Fraile</i> Soluciones de Derecho Privado a la crisis financiero-inmobiliaria	15
<i>Francisca Villalba Pérez</i> La dimisión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público	49
<i>Lorenzo Mellado Ruiz</i> Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Análisis general a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria	101
<i>Juan Francisco Sánchez Barrilao</i> La televisión local digital terrestre en Andalucía y el cese de emisiones en analógico	147

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La protección urbanística del conjunto histórico de Sevilla. Las dificultades derivadas de su sectorización (Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 y 22 de octubre de 2009) (Eduardo Caruz Arcos)	209
---	-----

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Constitución. II. Derechos y Libertades. III. Principios Jurídicos Básicos. IV. Instituciones de Estado. V. Fuentes. VI. Organización Territorial del Estado. VII. Economía y Hacienda. (Francisco Escribano López)	231
--	-----

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>)	247
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<i>José L. Rivero Ysern</i>)	277

CRÓNICA PARLAMENTARIA

(<i>Manuel Medina Guerrero</i>)	301
-----------------------------------	-----

DOCUMENTOS

El derecho a la atención de las personas mayores en el Estatuto de Autonomía para Andalucía: retos para los poderes públicos andaluces (<i>Elsa Marina Álvarez González</i>)	319
La imposibilidad de ejecutar la sentencia que ordena la demolición de un inmueble: análisis del artículo 105.2 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa (<i>Eduardo Caruz Arcos</i>)	349
El acceso a los Cuerpos Docentes Universitarios: Una visión desde la jurisprudencia (<i>Irene M. González Peinado</i>)	377

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas.	431
Disposiciones Estatales.	505
Disposiciones Generales de las Comunidades Autónomas.	511
Disposiciones Generales de la Junta de Andalucía.	523
Índice Analítico	533
(<i>Lucía Millán Moro</i>)	
(<i>Antonio Jiménez Blanco</i>)	
(<i>Juan Antonio Carrillo Donaire</i>)	

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES: El proyecto de ley reguladora del de acceso a la vivienda	555
---	-----

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma. (<i>José I. Morillo-Velarde Pérez</i>)	565
--	-----

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(<i>Jesús Jordano Fraga</i>)	571
--------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

ESTEVE PARDO, J. *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, 211 págs.
(M^a Ángeles Fernández Scagluisi) 581

VALERA ESCOBAR, J. *Régimen Jurídico General de la Licencia de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía*. Dirección General Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía. 2008. 774 págs.
(Juan Rivera Aparicio) 587

Nota de la dirección sobre modificaciones introducidas en la revista

La larga experiencia acumulada por la Revista en sus muchos años de vida y los cambios habidos en el mundo de las Revistas jurídicas como consecuencia fundamentalmente de la progresiva implantación de procesos de valoración y controles de calidad cada vez más rigurosos, nos han llevado, tras la oportuna reflexión y valoración por los órganos de la revista y por el propio Instituto Andaluz de Administración Pública, a introducir una serie de innovaciones importantes que pasamos a explicar brevemente.

En el próximo número, el 73, la Revista iniciará un proceso de evaluación científica de sus estudios. Para ello se han aprobado unas “Instrucciones para los autores” que se publican seguidamente y a las que habrán de adaptarse los estudios que se envíen a partir de ahora. Igualmente, se ha designado un amplio conjunto de evaluadores externos especialistas en Derecho Administrativo y disciplinas afines. Cada estudio será remitido para su informe a dos de estos evaluadores designados por el Consejo de redacción en función de la materia objeto del trabajo.

Como es lógico, la introducción del nuevo sistema de valoración densifica la gestión de la Revista. Este hecho, unido a nuestro deseo de mantener el nivel de calidad con el que siempre ha contado o nos ha llevado a pensar en la oportunidad, y así ha sido acordado, de convertir la revista en cuatrimestral. A partir del año 2009 se publicarán, en consecuencia, tres números al año y no cuatro como hasta ahora.

La conveniencia, y también la ilusión, de iniciar pronto esta nueva etapa que, esperamos, sea tan satisfactoria como la que ahora concluye, nos han llevado, de común acuerdo con el Instituto Andaluz de Administración Pública, a publicar conjuntamente los números 71 y 72.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1.- TEMAS DE INTERÉS

La Revista Andaluza de Administración Pública publica trabajos originales sobre Derecho Administrativo y Administración Pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del Derecho y de las instituciones autonómicas.

2.- ENVÍO DE ORIGINALES.

Los trabajos deberán ser **originales e inéditos**. Se enviarán por correo electrónico a las direcciones raap@us.es o barrero@us.es o en papel acompañado, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaría de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

3.- FORMATO

Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra *Times New Roman*, tamaño 12 en texto y 10 en las notas a pie de página que irán a espacio sencillo. Deberán contar con una extensión máxima que no supere las cuarenta páginas. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, nivel académico o profesional, dirección de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto.

En la segunda página se presentarán **dos resúmenes, uno en español y otro inglés**, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves en cada idioma (tres a cinco).

Los originales deberán incluir un sumario según el siguiente modelo que es el que se ha de seguir, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. TÍTULO. 1. *Título*. 1.1. **Título**. 1.1.a) **Título**. II. TÍTULO ...

4.- NORMAS DE EDICIÓN

a) **Bibliografía**. Las referencias bibliográficas se limitarán a las obras citadas en el trabajo y se ordenarán alfabéticamente, al final del original, por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título "Bibliografía". Ejemplo, APELLIDOS, N., Título del libro, número de la edición, en su caso, edi-

torial, ciudad, año, páginas. En el caso de artículos se indicará tras el autor, el título del artículo, el nombre de la Revista, el número, el año y las páginas.

b) **Notas a pie de página.** Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en el formato indicado, letra times 10 a espacio sencillo. La primera referencia bibliográfica será completa, en las sucesivas solo se indicará el nombre del autor, seguido del título y la indicación “op. cit.” seguida del número de página.

c) **Jurisprudencia.** Las citas de sentencias deberán indicar su correspondiente marginal de Aranzadi, RJ para las del Tribunal Supremo y RJCA para los de las de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

5.- PROCESO DE PUBLICACIÓN

La revista decidirá, a través de su Consejo de redacción, la publicación de los trabajos, una vez que **hayan sido informados por dos evaluadores externos.**

6.- COPYRIGHT

Copyright. El autor o los autores ceden a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS



Soluciones de Derecho Privado a la crisis financiero-inmobiliaria

Juan María Díaz Fraile

Registrador de la Propiedad. Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: 1. LOS ORÍGENES DE LA CRISIS. 2. LA SITUACIÓN EN ESTADOS UNIDOS. 3. LA ADVERTENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA. 4. LA SITUACIÓN DEL MERCADO ESPAÑOL. 4.1.- El período de expansión. 4.2.- La aparición de la crisis. 4.3.- La evaluación de los datos. 5. LOS DESAFÍOS ACTUALES. 6. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA. 7. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. 8. ¿PUEDEN LOS TENEDORES DE LOS TÍTULOS HIPOTECARIOS INSTAR EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DIRECTA?

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto la exposición de la situación del mercado inmobiliario español en la actual coyuntura de crisis económica así como la exposición de algunas de las técnicas que desde el Derecho Privado pueden coadyuvar a su solución.

PALABRAS CLAVES

Mercado inmobiliario
Crisis inmobiliaria
Procedimiento de ejecución hipotecaria
Títulos hipotecarios

ABSTRACT

The object of this study is to present the situation of the Spanish real estate market in the current economic crisis, as well as to explain some of the techniques that, from the private legal system, could help lead to solutions.

KEY WORDS

Real estate market
Housing Crisis
Mortgage execution procedure
Mortgage holders

1. LOS ORÍGENES DE LA CRISIS

Bretton Woods –New Hampshire–, julio de 1944, en este lugar y fecha se reúnen los dirigentes del mundo occidental y acuerdan la constitución del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, marcando con ello el inicio de la internacionalización de la economía y el fin del nacionalismo económico. He aquí el origen remoto de la actual crisis financiera internacional cuyo epicentro se localiza en la crisis de las hipotecas subprime de Estados Unidos y que se ha contagiado al resto de los mercados internacionales a través de los productos de Titulización de su mercado secundario.

¿Qué ha sucedido y qué podemos hacer los juristas, en general, y los hipotecaristas, en particular, para corregir la situación y para evitarla en el futuro?

Para responder a estos interrogantes lo primero es conocer las causas de lo sucedido. Lo curioso y paradójico es que cuando analizamos estas causas observamos que la actual crisis está motivada en buena medida por el gran desarrollo económico mundial de los últimos decenios. En este sentido podemos decir que es una crisis de crecimiento.

Los Acuerdos de Bretton Woods condujeron a la liberalización del comercio y a la reducción de las barreras aduaneras, favoreciendo la división internacional del trabajo y permitiendo captar nuevas fuentes de aprovisionamiento a precios más baratos. Pero estos efectos se produjeron de forma limitada porque la Unión Soviética, que participó en la Conferencia, no llegó a ratificar los acuerdos, y China, que también participó, se retiró en 1949 al triunfar la revolución comunista.

Ahora bien, estas limitaciones se superan a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, al dejar al descubierto la ruina económica que existía al otro lado del telón de acero, mucho peor de lo que habían vaticinado los economistas occidentales.

La planificación económica centralizada quedó sentenciada como un sistema que conduce al fracaso, y ello produjo un movimiento de suplantación progresiva de la misma por el capitalismo de mercado en la mayor parte del mundo, fuera del caso de Cuba, Corea del Norte y otras pocas excepciones.

De hecho este cambio se produjo no sólo en los países del antiguo bloque soviético, sino también en gran parte de los países del tercer mundo. El caso paradigmático fue el de la China comunista, cuyo camino hacia la economía de mercado, comenzado en 1978, se aceleró a partir de finales de los años 80, a través de la denominada “política de puertas abiertas”. Su discreta evolución hacia la protección de los derechos de propiedad de los extranjeros se acentuó, determinando con ello un rápido despegue de las inversiones extranjeras directas en el país a partir de 1990, con un crecimiento constante a tasas superiores al 20% anual.

La combinación de estas fuertes inversiones extranjeras con la mano de obra barata y abundante del mercado chino ejerció una presión a la baja en los salarios y, en consecuencia, en los precios en el conjunto de los países desarrollados. Algo parecido había sucedido años atrás en los denominados tigres asiáticos, en particular Corea del Sur, Hong Kong, Singapur y Taiwán.

Las tasas de crecimiento económico de estos países y de otros como India, ha producido un aumento importante de la parte del producto interior bruto mundial imputable a los países en desarrollo, tendencia que tiene repercusiones financieras espectaculares, ya que el ahorro es porcentualmente mucho más elevado en estos países que en los países industrializados, debido a dos factores: la ausencia o debilidad de políticas de protección social, que obliga a las familias a ahorrar en previsión de la llegada de malos tiempos o para la jubilación, y la falta de una cultura de consumo, por lo que existe menos incitación al gasto.

Este fenómeno ha coincidido con el aumento de la productividad inducido por las nuevas tecnologías a que dio lugar el descubrimiento de las propiedades electrónicas del silicio, con la aparición de los microprocesadores, la fibra óptica, el láser, la comunicación por satélite, y la generalización rapidísima del uso de Internet y de la telefonía móvil.

La acción combinada de estos factores ha provocado un crecimiento tal del ahorro mundial que su aumento global ha excedido con mucho de las opciones de inversión disponibles.

La acción de mercado que hace coincidir el ahorro y la inversión global efectiva ha reducido sensiblemente las tasas de interés reales (interés nominal corregido por la inflación) debido a que la oferta de fondos en busca de destinos de inversión rentables ha aumentado más rápidamente que la demanda de inversiones.

Esta bajada de los tipos de interés ha ido acompañada de forma paralela de un alza de los precios de las acciones de las sociedades de capital y de los inmuebles y, en general, de todo tipo de patrimonio remunerador, generando en los países desarrollados un aumento de la riqueza nominal de las familias que ha permitido un paralelo crecimiento de su capacidad de endeudamiento, que ha venido a absorber el exceso de liquidez mundial al que antes nos referíamos. Esto es lo que explica el curioso fenómeno que se ha producido en el mercado hipotecario secundario, al que me refiero a continuación.

2. LA SITUACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

El mercado secundario inicialmente estaba concebido y organizado para proporcionar recursos con los que satisfacer la demanda de créditos hipotecarios del mercado primario. Pero en los últimos tiempos, como consecuencia de la excesiva acumulación de capitales por las razones apuntadas, el mercado secundario ha funcionado en dirección inversa, es decir, exactamente al revés.

Este curioso fenómeno se explica porque se ha producido una gran demanda de títulos hipotecarios para colocar aquellos excedentes de capital, demanda que responde básicamente a dos razones: 1º una buena rentabilidad, algo superior a la de los títulos de renta fija emitidos por organismos oficiales, y 2º por una calificación crediticia similar a la de estos últimos.

Dado que los títulos y valores hipotecarios sólo pueden ser emitidos con una cartera de cobertura integrada por créditos hipotecarios del mercado primario, aquella demanda de valores ha producido un aumento de la oferta de estos últimos créditos.

Las consecuencias de ello han sido la disminución de los parámetros de solvencia exigidos a los deudores hipotecarios del mercado primario. Cuando esta circunstancia se ha combinado con un aumento de tipos de interés y con una paralela disminución de la tasa de aumento del valor de los inmuebles hipotecados ha surgido el problema.

Como es sabido, el origen concreto de la actual crisis financiera se encuentra en el incremento de la morosidad en las hipotecas *subprime* (préstamos con baja calificación crediticia) y *non-conforming* (clientes con información insuficiente sobre su solvencia), y su dimensión y repercusión se explica por dos factores:

1º la cuota de los mercados *subprime* y *non-conforming* ha crecido sustancialmente durante los últimos 10 años, de forma que, en 2006 éstos representaban sobre el total de la nueva contratación del mercado norteamericano un 46%;

2º en cuanto a su repercusión, el vehículo de extensión de la crisis a otros mercados internacionales han sido los títulos del mercado secundario USA con muy bajo nivel de regulación, que permite que el riesgo de impago se trasmita a los inversores.

Esta situación regulatoria del mercado hipotecario americano se inscribe en un contexto más amplio, el del conjunto de la economía norteamericana, en la que se ha producido el abandono del modelo keynesiano de cierto intervencionismo estatal en la economía por una fe excesiva en la eficacia de las fuerzas del mercado, como consecuencia de lo cual se ha producido un movimiento generalizado de desregulación y de asunción del paradigma de la autorregulación y los códigos de buena conducta, los cuales con ocasión de esta crisis han mostrado, a su vez, sus limitaciones para prevenir fracasos económicos de gran escala como el que estamos observando. Sin embargo, este fracaso era fácilmente previsible desde el punto de vista de la lógica de los conflictos de intereses dada la falta de independencia de los mecanismos de control financiero respecto de las empresas y actividades controladas (así, por ejemplo, en el caso de las auditoras, agencias de ratings, etc).

El retorno a un modelo de mayor y más exigente regulación, con abandono del citado paradigma del autocontrol, es la idea que preside el guión trazado para salir de la crisis por los líderes del G-20 en la conferencia celebrada en Washington durante el mes de noviembre de 2008, bajo el lema de la “refundación del capitalismo”.

Esto es importante desde el punto de vista jurídico, ya que la teoría económica del Derecho, de un lado, y la economía neoinstitucional, de otro, han venido a coincidir en la idea de que la calidad regulatoria y el entramado institucional de un país es la base esencial de su crecimiento económico. En efec-

to, el Ordenamiento jurídico no es nunca neutro desde el punto de vista de su influencia económica en los mercados¹, lo que en momentos de crisis como el actual nos obliga a hacer una revisión crítica de nuestro Derecho positivo, que es lo que yo me propongo en este estudio.

3. LA ADVERTENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA

A la situación antes descrita se había referido ya el Libro Blanco sobre integración de los mercados hipotecarios de la Unión Europea, aprobado el 18 de diciembre de 2007, cuando la crisis financiera en Estados Unidos ya había comenzado.

El Libro Blanco alerta de la necesidad de extraer las enseñanzas necesarias para prevenir estas situaciones en el futuro, especialmente en dos ámbitos, el de la concesión responsable de los préstamos hipotecarios, exhortando a los prestamistas a evaluar la solvencia y capacidad de pago del prestatario, y en el ámbito de la refinanciación hipotecaria y titulización.

Creo que en el caso español, sin embargo, estas enseñanzas no han podido ser incorporadas en su totalidad a la reciente reforma operada en el mer-

¹ A mí me gusta recordar como ejemplo de esta idea que todavía a mediados del siglo XII, Graciano, en su compilación canónica, había aceptado la opinión de San Juan Crisóstomo contra la profesión mercantil como impropia de un cristianismo, y condenada al afán de lucro, y muy especialmente el préstamo a interés, fundado en el principio canónico de la esterilidad del dinero ("*pecunia pecuniam non parit*"). Sin embargo, San Raimundo de Peñafort en una obra elaborada a petición de los comerciantes catalanes denominada "Del modus iustus negotiandi", precursor de los escolásticos tomistas en este terreno, trato de conciliar con la moral el instinto del lucro. Así, afirma que el dinero es improductivo "*per se*", pero puede ser productivo "*per accidens*" por razón del daño emergente o perjuicio causado al prestamista por la privación de su dinero cuando lo hubiese dejado de emplear por causa del préstamo en algún negocio lícito. Esquema que pasa a su compilación de las Decretales elaborada por encargo del Pontífice Gregorio IX, cuya vigencia como tronco del Derecho eclesiástico se prolongó durante siete siglos desde 1235 hasta comienzos del siglo XX –en que fueron sustituidas por un nuevo Código de Derecho Canónico–.

Todavía hoy consideran nuestros Códigos como no esencial al contrato de préstamo mutuo el pacto de pago de intereses, que sólo se deben cuando se han pactado expresamente, así en los contratos civiles como en los mercantiles (art. 1755 C.c. y 314 C. Comercio). Que la "*sharia*" o ley coránica no haya todavía experimentado esta misma evolución en cuanto a la licitud del préstamo de dinero con interés no es algo ajeno a la evolución de la economía de los países de tradición islámica.

cado hipotecario por la Ley 41/2007 que, en general, es una ley anticiclo elaborada en un momento en que el objetivo era enfriar un mercado que se había sobrecalentado y que, por tanto, no corresponde con el momento en que se aprueba y aplica ya en plena crisis con una clara contracción del crédito y evidentes repercusiones en el mercado inmobiliario.

4. LA SITUACIÓN DEL MERCADO ESPAÑOL

¿Cuál es la situación en concreto del mercado español?

4.1. El periodo de expansión

– Hay que comenzar subrayando la enorme pujanza y solidez del mercado hipotecario español durante el último cuarto de siglo. Para comprender mejor la situación dividiré el análisis de los datos económicos en dos periodos: el primero abarcaría desde 1982, fecha de creación del mercado hipotecario español en virtud de la Ley 2/1981, hasta 2003, año en que se frena la tendencia decreciente de los tipos de interés, en tanto que el segundo se extiende al periodo comprendido entre 2003 y finales de 2006, fecha en la que todavía no había estallado la crisis financiera.

– A) 1982–2003: Pues bien, entre 1982 y 2003 el peso relativo de la financiación hipotecaria sobre el total de la financiación del sector privado no ha parado de crecer, pasando de representar un 15% en 1982 al 51% en 2003. Similar evolución ha representado en relación con el P.I.B. Este ciclo expansivo se ha acelerado en los cinco últimos años del periodo considerado en que se han registrado tasas de crecimiento interanual superiores al 20%, suscitando dudas sobre la sostenibilidad del modelo.

– Este enorme desarrollo se ha producido básicamente, además de por el propio crecimiento del mercado inmobiliario, con el que el hipotecario vive en estrecha simbiosis en España, por tres factores: 1º el incremento del “*loan to value*” (L.T.V.), que se ha elevado hasta el 70% del valor del inmueble hipotecado; 2º por el alargamiento del plazo de amortización, cuyo plazo estándar ha pasado en tal periodo de 12 a 20 años; y 3º por el descenso sostenido en los tipos de interés.

– Esto se ha traducido en una mejora notable de las condiciones de accesibilidad al crédito territorial y, en consecuencia, a la vivienda en propiedad, a pesar de haberse más que duplicado el precio de la vivienda en el citado pe-

riodo, ya que ha permitido multiplicar por dos el número de operaciones inmobiliarias en el periodo.

– Además, lo anterior se ha conseguido mejorando al tiempo los ratios de riesgo estadísticos de la cartera hipotecaria, según resulta de sendos informes emitidos por G.E. Mortgage Insurance y por Oliver Wyman sobre integración de los mercados europeos. Y ello al punto de que, según se desprende de tales informes, un descenso del 35% de los precios de la vivienda no afectaría a la solidez de la cartera contratada antes de 2002 y para la contratada después los descensos de precio inocuos se estiman en una horquilla entre el 20 y el 25%, lo cual constituye un margen de seguridad importante frente a una situación de burbuja inmobiliaria.

– B) 2003–2006: la evolución hasta ahora descrita se ha acelerado en el periodo de los últimos años y, así, tomando por base el ejercicio 1995 nos encontramos con que hasta diciembre de 2006:

- las disposiciones brutas se han multiplicado casi por 10; los saldos vivos de la total cartera de créditos hipotecarios se han multiplicado casi por 7, y tanto el número de hipotecas constituidas (1.668.000) como el importe medio registrado (124.389 euros) aproximadamente se ha triplicado;
- ello supone que a finales de 2006 el crédito hipotecario representa aproximadamente el 60% del total crédito al sector privado, y equivale al 82% del PIB;
- a su vez, la riqueza inmobiliaria neta de las familias ha experimentado el mayor crecimiento de la historia y el mayor de entre los países europeos, pasando del 390% del ratio de endeudamiento familiar (R.B.D.) al 770%².

² Como consecuencia del deterioro en el empleo producido por la actual crisis económica esta fuerte tasa de endeudamiento ha generado un aumento de los niveles de morosidad. Ello ha obligado a buscar fórmulas de refinanciación con el objetivo de evitar las situaciones de fallidos y las ejecuciones hipotecarias, ámbito en el que ha jugado un papel importante la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, reformada por la Ley 41/2007, especialmente a través de la ampliación del plazo de amortización, lo que automáticamente produce una disminución de la factura hipotecaria.

C) Comparación con la situación de los países europeos de la Unión Monetaria Europea

- Desde el punto de vista de la eficiencia financiera, y tomando como elemento de referencia la situación de los demás países de la U.M.E., hay que destacar el importantísimo dato de que durante todo el ciclo expansivo los tipos de interés reales –descontando inflación– del mercado hipotecario español se han situado aproximadamente 200 puntos básicos por debajo de la media de la Unión monetaria Europea e, incluso, durante 2004 y 2005 se ha situado en el entorno del 0%, lo que resulta ciertamente insólito. Para que comprendamos la importancia de este dato, hay que reparar en el hecho de que, en las condiciones actuales, un incremento de 100 puntos básicos en el tipo de interés hipotecario equivale a un incremento del 10% del precio de la vivienda. Dicho en otros términos: el importe medio de las hipotecas constituidas en noviembre de 2006, según datos del INE, se elevó a 144.000 euros; pues bien, si los españoles pagasen sus hipotecas al interés promedio vigente en la zona euro pagarían de media aproximadamente 2.000 euros más al año.
- Por ello, aunque durante los 15 últimos años el importe medio de los préstamos se ha multiplicado por 2,7, cada vez ha sido posible facilitar el acceso a la vivienda en propiedad a sectores de población de menores rentas al haberse multiplicado por 5,5 la capacidad de endeudamiento de las familias por el efecto combinado de los bajos tipos de interés, el incremento del “loan to value”, que ha llegado al 80% del valor del inmueble, y el alargamiento de los plazos de amortización que se ha estandarizado en los 26 años.
- Todo esto es extraordinariamente importante. Se dice, con razón, que una sociedad avanzada debe generar recursos con criterios de eficiencia y repartirlos con criterios de justicia. Pues bien, esto es precisamente lo que hace el crédito hipotecario que constituye un importante instrumento financiero-jurídico para distribuir intrageneracionalmente los recursos al permitir al acreditado disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses.
- Estos datos justifican sobradamente la afirmación del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía contenida en su In-

forme sobre el Anteproyecto de Reforma al Consejo de Ministros en el sentido de que el mercado hipotecario español es uno de los más competitivos y eficientes del mundo. Es lugar común entender que esa eficiencia descansa, en buena medida, en el sistema normativo que regula dicho mercado y, en particular, en nuestro modelo registral de seguridad jurídica preventiva, modelo basado en una noción fundamental como es la confianza, confianza con que los agentes del mercado contratan sobre la base del contenido de los asientos registrales en cuanto definidores de la titularidad y demás situaciones jurídicas que afectan a las fincas que sirven de garantía.

4.2. La aparición de la crisis

A pesar de todo ello, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, aprueba una importante reforma del mercado hipotecario. ¿Por qué?

En mi opinión eran varios los elementos de análisis de nuestro mercado hipotecario que ciertamente aconsejaban una reforma:

1º. La finalización del ciclo de descenso de los tipos de interés. Ese ciclo llega a su punto máximo en junio de 2005 en que el Euribor toca fondo en el 2,10%. A partir de ahí comienza una carrera alcista que le conduce al máximo del 5,39% alcanzado en julio de 2008, es decir, que en 3 años sube más de 300 puntos básicos. Para comprender la repercusión de esta subida en el bolsillo de los deudores hipotecarios, pensemos a modo de ejemplo que un préstamo con garantía hipotecaria contratado hace tres años y cuya cuota mensual de amortización fuese de algo más de mil euros, ha llegado a superar los mil seiscientos euros.

2º. Este hecho ha producido un incremento importante en los ratios de esfuerzo necesario para la amortización de la deuda hipotecaria en términos de porcentaje sobre los ingresos familiares. De hecho, según el indicador de esfuerzo teórico del Banco de España en diciembre de 2008 para el primer año de amortización las cuotas de la hipoteca absorbían casi el 47% de la renta familiar disponible, cifra que incluso supera la marca del 46% registrada en 1995, cuando el MIBOR se situaba en cifras superiores al 10%, frente a la tasa de esfuerzo de 31% correspondiente al año 2003. Esto supone que durante estos últimos años la factura hipotecaria se ha encarecido un 50% aproximadamente.

3º. El tercer elemento de riesgo es la excesiva concentración de créditos hipotecarios a interés variable, que se sitúan por encima del 98% del total, frente a la media europea del 46%, lo que supone una sobreexposición al ries-

go de evolución de tipos, especialmente considerando que éstos están referenciados a índices como el Euribor que dependen más de decisiones sobre política monetaria del Banco Central Europeo que con la situación real de la economía de las familias españolas. De hecho este riesgo hoy podemos decir que se ha traducido ya en un incremento muy notable de la morosidad en el ámbito del crédito hipotecario a los hogares, pasando del 0,39% de junio de 2005 al 3,04% de septiembre de 2009, último dato publicado por la Asociación Hipotecaria Española. Porcentajes que en el caso de crédito al sector privado residente se eleva en la última fecha indicada al 4,91%.

Todo ello dio lugar, como reacción de emergencia, a un movimiento concertado de los Bancos Centrales y de los Gobiernos de bajada acelerada de los tipos de interés. Así el Euribor ha pasado del 5,39% de julio de 2008 al 1,23% de enero de 2010.

¿Significa lo anterior que en España existía una situación de burbuja hipotecaria?

4.3. La evaluación de los datos

Con todo, a mi juicio, es correcta la apreciación del informe de la Asociación Hipotecaria de España de diciembre de 2007 sobre el mercado hipotecario en la que afirma que la normativa y la estructura del mercado hipotecario español hacen imposible la generación y circulación de hipotecas *sub-prime* en España. Esta afirmación está apoyada, entre otros argumentos, en el hecho de que nuestra legislación impone estrictas condiciones a los préstamos hipotecarios que pueden servir de cobertura a las emisiones y en el hecho de la existencia de un Registro de la Propiedad de derechos y de calificación. Así lo afirmó hace unos meses en Estados Unidos el Presidente del BBVA al resaltar la inexistencia en este país de un Registro de eficacia jurídica similar al español. Esta idea ha calado también en la nueva Administración Obama que ha reconocido que el sistema de seguridad registral americano ha quedado bajo cuestión tras los recientes acontecimientos inmobiliarios que están en el origen de la actual crisis financiera, lo que ha llevado al Gobierno americano a evaluar la posibilidad de instaurar un sistema registral análogo al español³.

³ En el número de LA GACETA del 9 de febrero de 2009, bajo el título "Obama quiere implantar en Estados Unidos el sistema registral español", se afirma que "destacados juristas, relacionados con ambas Administraciones Públicas (española y estadounidense) están realizando es-

Esto es cierto, pero ello no nos debe llevar a la autocomplacencia y al inmovilismo. El dinero puede ser miedoso, pero no es tonto, y si no invierte en un sector determinado, como sucede ahora con el mercado secundario, es porque percibe incertidumbres. En España no hay hipotecas *subprime*, pero podemos mejorar el sistema de garantías. No hay crédito sin seguridad, y no hay seguridad sin garantías.

El mercado hipotecario lo que reclama ahora son mayores dosis de confianza para los inversores de títulos, lo cual exige maximizar las garantías del mercado secundario, y en este terreno creo que es mucho lo que pueden aportar los Registros de la Propiedad, siempre que el legislador potencie su actuación en lugar de disminuirla como ha ocurrido con alguna de las novedades introducidas por la Ley 41/2007, por ejemplo, al eliminar la publicidad registral de la afección de las hipotecas a emisiones de bonos hipotecarios, disminuyendo con ello el nivel de garantías de estos títulos.

Creo que el movimiento correcto debería ser el inverso extendiendo aquella publicidad y el control previo que representa, pasando del paradigma del autocontrol al del control externo y por órgano independiente. El volumen total de saldo vivo de los títulos del mercado hipotecario español a julio de 2007 era de 353.735 millones de euros, cifra que en julio de 2008 había subido a 487.252 millones de euros, lo que supone un 45% sobre el total de la cartera de créditos hipotecarios (1.084.779 euros).

La seguridad de este volumen de inversión puede verse muy beneficiado incorporando controles registrales de calidad jurídica de las carteras en aspectos tan esenciales como el del rango de primera hipoteca, la libertad de cargas de la finca, la falta de limitaciones del dominio del bien hipotecado, la proscripción de los negocios de posesión de rango o de cancelación por causas distintas del pago, etc, condiciones que se imponen a los créditos de cobertura, pero sin mecanismos de control de cumplimiento.

tudios que permitan la posibilidad de implantar en Estados Unidos un sistema registral parecido al español. Es más, lo que se pretende es evitar una nueva crisis de hipotecas subprime, que con un Registro independiente como el nuestro difícilmente se hubiera producido". Se sumaría así Estados Unidos a la larga lista de países a los que se ha "exportado" el modelo registral español (desde varios países iberoamericanos a Rusia, pasando por países de la Europa del Este como Hungría, etc). En esta misma línea, recientemente se han incorporado al Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Valencia en mayo de 2008, países emergentes como China, India y los Emiratos Árabes con el fin de obtener información sobre el funcionamiento del Registro de la Propiedad de España.

5. LOS DESAFÍOS ACTUALES

Entonces, si en España no existen las hipotecas “subprime” ¿cuál es el problema? ¿Por qué se ha paralizado el mercado inmobiliario español, con una disminución de actividad de entorno al 40% en 2008?

El problema no está del lado de la oferta que no sólo existe, sino que en este momento es fuertemente excedentaria con un stock de más de un millón de viviendas en situación de venta. Tampoco el problema está del lado de la demanda. Pensemos que en España se crean aproximadamente unos 300.000 nuevos hogares al año, y que a esa cifra se debe sumar la necesidad de nuevas viviendas que generan el fenómeno inverso de las rupturas matrimoniales. A ello se suma la demanda interna y externa en el sector de segundas residencias.

El problema se encuentra en el diferencial del precio entre la oferta y la demanda, diferencial que hasta ahora se había salvado gracias al puente de la financiación hipotecaria, impulsada por los factores antes analizados. Hay que decir que en la formación de los precios de la vivienda se ha producido un fenómeno ciertamente perverso. Se dice con frecuencia que la vivienda es cara porque lo es el suelo, y que la carestía del suelo viene provocada por su escasez. Algún autor (Méndez) recientemente sostiene la tesis contraria, es decir que el suelo es caro porque la vivienda lo es, y ésta lo es por la creciente presión de la demanda de los últimos años. Ello es así porque el mecanismo de fijación del precio del suelo es residual: fijado el precio por metro cuadrado al que se puede vender una vivienda de nueva construcción en un área determinada y establecido el número de metros cuadrados de vivienda autorizados por el plan, se descuenta el beneficio del promotor y los gastos en los que debe incurrir y, el resto, corresponde al precio del suelo. Ahora bien, en esta ecuación hay una variable, la del precio por metro cuadrado que el comprador puede pagar, que está directamente influida por el precio en sí de la vivienda y por el precio y demás condiciones del dinero que adquiere a través de la financiación hipotecaria, condiciones que habían venido siendo extraordinariamente benignas gracias a que enormes cantidades de dinero habían tenido como destino de inversión el mercado hipotecario secundario.

Ello hasta el punto de que los recursos de la financiación hipotecaria procedían en casi un 50% del mercado secundario, mercado que desde el verano del año 2008 se ha paralizado por la negativa de los inversores institucionales tradicionales (fondos soberanos, fondos de pensiones, sociedades de inver-

sión, en su mayoría extranjeras) a suscribir nuevas emisiones por falta de confianza^{3bis}. Sin esos recursos el sistema financiero español carece de la liquidez necesaria para mantener el mismo nivel de concesión de préstamos y créditos hipotecarios y, en consecuencia, las nuevas concesiones responden a un criterio selectivo y de mayor exigencia de la solvencia de los deudores, solvencia que en términos generales, a su vez, se ha resentido como consecuencia del impacto de la crisis en los niveles de renta y de empleo de la población.

Por ello, los desafíos que ahora se plantean en este terreno son múltiples, entre ellos se pueden citar los siguientes:

1º necesidad de buscar nuevos instrumentos jurídicos distintos de la propiedad para facilitar el acceso a la vivienda (potenciando el arrendamiento, con o sin opción de compra, y el derecho de superficie);

2º dar protección adecuada a los compradores que han adquirido viviendas sobre plano y que se ven expuestos a perder las cantidades anticipadas por la declaración de concurso del vendedor;

3º facilitar fórmulas de refinanciación a los compradores que han incurrido en situaciones de sobreendeudamiento;

4º reactivar el mercado secundario. Voy a centrarme en este último punto, por dos razones: primero, porque creo que es el que nos permitiría romper el nudo gordiano de la situación y, en segundo lugar, porque es el menos tratado en la actual literatura jurídica. Además, me permitirá hacer referencias a los restantes aspectos apuntados.

Pues bien, para lograr la reactivación del mercado secundario hay que hacer frente a dos problemas: 1º cómo regenerar la confianza en los inversores para que suscriban las nuevas emisiones; y 2º cómo recuperar la inversión ya realizada, en el bien entendido de que sin esta recuperación la desconfianza aumentará. Esto último, sin embargo, de momento constituye una incógnita ya que al no haber existido históricamente impagos en este sector no ha resultado necesario ejecutar las garantías.

Para encarar estos desafíos hay que tener claro que un mercado secundario solvente ha de estar basado en un mercado primario sólido y seguro, ya

^{3bis} A lo largo de 2009 el volumen total de títulos hipotecarios admitidos a cotización ha registrado un descenso del 35,4%, y ello a pesar de la puesta en marcha del programa de compra de Cédulas Hipotecarias (Covered Bonds) por parte del BCE.

que constituye la base de la pirámide de refinanciación en que consiste aquél. Por ello la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario pone especial cuidado en regular de forma garantista las operaciones activas o de cesión de préstamos, en las cuales los elementos de seguridad esenciales son la verificación de la existencia de los bienes, su justa valoración, y la certeza de las garantías.

Este es el objetivo básico que persigue la citada Ley (art. 5) al exigir que los préstamos y créditos que hayan de servir de cobertura de las emisiones de títulos del mercado secundario estén garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca. Si sobre el mismo inmueble gravasen otras hipotecas o estuviere afecto a prohibiciones de disponer, condición resolutoria o cualquier otra limitación del dominio, habrá de procederse a la cancelación de unas y otras o a su posposición a la hipoteca de cobertura, previamente a la emisión de los títulos.

Por otra parte, se establece una doble barrera de seguridad: 1º el crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 % del valor de tasación del bien hipotecado, o del 80% cuando se financie la construcción o adquisición de viviendas; y 2º el importe global de las cédulas emitidas no podrán exceder el 80% de los capitales no amortizados de los créditos hipotecarios aptos de la cartera; a su vez, el valor actualizado de los bonos hipotecarios en circulación deberá ser inferior, al menos, en un 2% al valor actualizado de los créditos afectados.

Pero de poco sirve fijar estos estrictos requisitos si no se aplican mecanismos de control de cumplimiento, y aquí es donde están llamados a cumplir un papel importante los Registros de la Propiedad. En efecto, se ha dicho con razón que un buen mercado secundario tendrá una base sólida si el mismo parte de un Registro de derechos, con un sistema de calificación amplia que garantice la existencia de los bienes hipotecados y la calidad jurídica de los derechos sobre ellos inscritos, generando así la necesaria confianza en los inversores de que los activos de cobertura realmente podrán cumplir su función de respaldar la inversión en caso de impago de los créditos garantizados. Con esta idea me propongo hacer a continuación una revisión de nuestro sistema de garantías. Como hemos indicado más arriba, hasta tal punto existe una relación directa entre un mercado secundario solvente y un Registro de la Propiedad de derechos que en la actualidad la Administración Obama quiere implantar en Estados Unidos un sistema registral basado en el modelo español (La Gaceta, 9 de febrero de 2009).

6. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Lo anterior nos obliga a plantearnos la naturaleza y eficacia de estas garantías y, dentro de ellas, las características que habrá de tener el procedimiento de ejecución hipotecaria para un buen funcionamiento de aquellas.

La garantía hipotecaria tiene un importante valor preventivo. Esta idea esencial del carácter preventivo del Derecho a través de las distintas figuras de garantías fue certeramente intuida por el jurisconsulto alemán Jellinek que, frente a la opinión comúnmente sostenida desde el siglo XVIII a partir de las construcciones de los filósofos Tomasio y Kant que incluyeron la coacción o coercitividad como elemento esencial del Derecho, sustituye tal elemento por el de garantía y dice: “no es la coacción, sino la garantía de que la coacción es una de sus formas peculiares, lo que constituye el carácter esencial de la idea del Derecho”. Definición que encaja plenamente en las normas por las que se rige el derecho de hipoteca. Pero es esencial a la hipoteca que en caso de impago pase de ese estado preventivo o latente, a su fase dinámica o de extracción del valor de la finca, aspecto este último cuya importancia ha advertido de forma certera el Libro Blanco de la Comisión al señalar que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa.

Esta posición plantea dos cuestiones: 1º es competente la Unión Europea para regular esta materia?; y 2º cuál es el nivel de eficiencia del procedimiento de ejecución hipotecaria español?

En cuanto a lo primero, hay que recordar que pese a alguna reciente Resolución del Parlamento europeo hablando de la creación de un mercado hipotecario paneuropeo, hoy está relegada al campo puramente académico la idea de la “eurohipoteca” basada en un modelo de derecho real de garantía no accesorio, propugnado por los profesores Otmar Stöcker y Hans Wolsteiner en el ámbito del “Forum Group” creado por la Federación Hipotecaria Europea. De hecho las autoridades de la Unión Europea no han llegado ha acoger de forma efectiva la idea de la armonización hipotecaria en ningún momento, habiendo decidido ya a finales de los 70 abandonar esta vía y sustituirla por el principio del mutuo reconocimiento de las técnicas financieras acogido en la Segunda Directiva Bancaria de 1989, que deja no ya sin armonizar, sino incluso fuera del principio del mutuo reconocimiento todo lo relativo al Derecho civil, hipotecario, concursal y procesal.

La razón fundamental de ello radica en que con arreglo al Tratado de Roma, éste “no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Es-

tados miembros” (art. 222), principio que subsiste tras las reformas de Maastricht, Ámsterdam y la más reciente de Lisboa de diciembre de 2007, y en el que subyace la consideración de que los bienes raíces forman el sustrato territorial de los Estados como elemento básico de soberanía. Y ello sin perjuicio del principio de libre circulación de capitales que consagra el artículo 67 del Tratado y desarrolla la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio. Así lo ha venido a confirmar el Libro Blanco sobre integración de los mercados del crédito hipotecario en Europa al entender que esta integración debe estar centrada en la armonización de aspectos de carácter esencialmente financieros, como la regulación de la información precontractual, la definición de la TAE, fiscalidad, normas sobre tasaciones, concesión responsable del préstamo y amortización anticipada, pero no pasa por unificar las regulaciones nacionales en materia de garantías reales. Por otra parte, desde el punto de vista de la legislación aplicable, la Comisión hace una distinción muy clara entre, por un lado, la relativa al contrato hipotecario que entiende debe encuadrarse en el Reglamento “Roma I”, recientemente aprobado por el Consejo y el Parlamento Europeo, y, por otro lado, la legislación aplicable a la garantía hipotecaria, respecto de la cual “la Comisión no ve ningún motivo para no aplicar el arraigado principio de que rija la legislación del país en el que se halle situado el bien”.

Todo ello nos lleva a considerar que la regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria, como instrumento jurídico-procesal vinculado al ejercicio de la esencial facultad del acreedor hipotecario de realización del valor del objeto de la garantía en caso de impago de la obligación garantizada, queda sometido a este mismo criterio de ley aplicable (cfr. Convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968).

Ahora bien, ello no quiere decir que la regulación de este procedimiento de ejecución, desde la perspectiva de la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario de la Unión Europea, resulte indiferente. De hecho el Libro Blanco de la Comisión ha alertado de que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia de estos procedimientos es un factor que encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentando en algunos casos la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y eleva los costes de refinanciación, exhortando a los Estados miembros a velar por que sus procedimientos de ejecución tengan una duración y coste razonables.

Esta evaluación es importante también porque la reciente Ley 41/2007, en el contexto del principio comunitario de la libre circulación de capitales,

admite que los créditos de cobertura estén garantizados por inmuebles situados en cualquier punto del territorio de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente, entendiéndose que existe esta equivalencia cuando el procedimiento jurídico que respalda la garantía permite a la entidad de crédito liquidar el valor de la garantía por *su propia cuenta* en un plazo razonable ante una situación de impago, y la obtención de un precio justo.

Por ello nos preguntamos *¿cumple nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria este canon normativo de equivalencia europea en función del objetivo de la eficiencia de los mercados secundarios?*

7. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. El objetivo perseguido es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida y eficiente posible.

Esta eficiencia no puede llegar, sin embargo, hasta el punto de aceptar como medio de ejecución los procedimientos de autosatisfacción, básicamente a través del pacto comisorio. Pero la sumariedad del procedimiento de ejecución hipotecaria en el caso español lo aproxima, sin incurrir en la figura de la autosatisfacción, al pacto marciano, entendido como el pacto por el cual se admite la adjudicación en pago del objeto de la garantía a favor del acreedor, o de un tercero, previa su justa valoración y con obligación de reintegrar el excedente de dicha valoración en relación con el importe de la deuda ejecutada. Pacto admitido tradicionalmente como excepción a la prohibición al pacto comisorio y que la Directiva 2002/47/CEE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera ha positivado en nuestro Derecho a través de la norma de transposición contenida en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo.

Respecto del modelo del procedimiento español de ejecución hipotecaria podemos decir, especialmente tras la reforma procesal de 2000, que en lo esencial cumple este objetivo:

– se trata de una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sumario y sin contradicción entre partes, basado en los pronunciamientos del Registro, que permite ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del Registro,

– con causas de suspensión y oposición tasadas legalmente a los solos casos de falsedad del título, cancelación de la hipoteca, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta;

– se trata de un procedimiento rápido, de subasta única, con posibilidad de sustituirla por convenios de realización por entidad especializada;

– que facilita la concurrencia de licitadores permitiendo su financiación a través de la hipoteca del derecho de remate;

– es también un procedimiento en el que se aplica, con escasas excepciones, el principio de purga de cargas posteriores, incluso respecto de créditos con privilegio especial anotados con posterioridad –cuyos titulares deberán acudir a la correspondiente tercería de mejor derecho, pero sin paralizar la ejecución–;

– y en el que se cuida el aspecto posesorio a través de un incidente que permite antes de la subasta conocer si hay ocupantes de la finca con título suficiente para continuar en la posesión.

Como dice el Tribunal Constitucional español este procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, de forma que la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización (Sentencia de 17 de enero de 1991). Esta sumariedad se explica porque la ejecución sólo puede realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral, lo que inviste al acreedor hipotecario de legitimación y a su derecho de presunción de legalidad.

2. Ahora bien, la eficacia de este procedimiento está también directamente relacionada con las características de la hipoteca ejecutada, por lo que creo que en función de la necesidad impuesta por el mercado secundario de maximizar las garantías, debemos llevar a cabo una revisión crítica de diversos aspectos de la regulación actual. Por economía de espacio me referiré sólo a cuatro de estos aspectos vinculados a otros tantos requisitos impuestos para que las hipotecas puedan ser calificadas como aptas para servir de cobertura a una emisión de títulos.

1º. El objeto de las hipotecas de cobertura ha de ser un bien que pertenezca en pleno dominio al hipotecante, dejando fuera determinados bienes y derechos que no se consideran duraderos o seguros.

– El desarrollo reglamentario de esta norma tiene evidentes disfunciones. Así, por ejemplo, se excluyen de la cartera de cobertura las hipotecas que recaen sobre edificios en situación de fuera de ordenación, pero no se excluyen las construcciones ilegales que estén incursas en expediente urbanístico sancionador que pueda concluir con una orden de derribo, ni las fincas no susceptibles de edificación.

– Pero lo más grave es que la Ley incurre en la contradicción de tratar al tiempo de favorecer la financiación de viviendas de protección pública elevando el “*loan to value*” permitido al 80% del valor de la finca, pero simultáneamente excluye como objeto de garantía el derecho de superficie, derecho en el que el valor del suelo no se repercute en el precio de la vivienda, lo que determina que tanto el “*loan to value*” de los préstamos destinados a su adquisición, como el índice de esfuerzo de amortización para el prestatario, en términos de absorción de renta disponible, resulta inferior a la media de los préstamos hipotecarios y, por tanto, con mejor pronóstico de no sufrir insolvencias o incidencias de cobro.

Esto es especialmente grave porque impide que el derecho de superficie se configure como un auténtico instrumento de la política de vivienda. Antes al contrario en la situación actual debería fomentarse como vía de solución a la crisis inmobiliaria la adquisición de viviendas en régimen de propiedad superficial. Para ello se deberían cumplir dos condiciones: regular con claridad su régimen de inscripción registral y autorizar la titulación de hipotecas superficiares.

El derecho de superficie es una institución típicamente civil cuya regulación legal básica se contiene, sin embargo, en los textos urbanísticos, actualmente en los artículos 40 y 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008. El Código Civil únicamente se refiere al derecho de superficie en el art. 1611 como una modalidad más de censo sujeto a extinción. Las deficiencias normativas históricas en esta materia son reconocidas palmariamente por la Exposición de Motivos de este Texto Refundido, que justifica la nueva regulación en la necesidad de “...superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario”.

Ahora bien, esto no lo puede lograr por sí sola la Ley del Suelo, ya que la regulación actual encierra la paradoja de que si bien la legislación hipotecaria admite la hipotecabilidad del *derecho de superficie* (art. 107-5 Lh), sin embargo la legislación reguladora del mercado hipotecario veda la titulación de las hipotecas constituidas sobre tal derecho. Y la impide por dos vías:

1º al prohibir con carácter general la titulización de aquellas hipotecas que no recaigan sobre “*el pleno dominio de la totalidad de la finca*” (art.5 párrafo primero LRMH), y

2º al prohibir que las hipotecas titulizadas recaigan sobre bienes que “*por su naturaleza no representen un valor suficientemente estable y duradero*”, remitiendo al desarrollo reglamentario de la ley la determinación de tales bienes (art. 5 párrafo cuarto núm. 1 LRMH). En desarrollo de tal mandato legal, el Real Decreto 685/ 1982, de 17 de marzo, enumera los bienes que no pueden ser admitidos en garantía por no representar un valor suficientemente estable y duradero y entre ellos incluye el derecho de superficie (art. 31-1 RMH).

Por otro lado, en cuanto a la regulación registral del derecho de superficie, nos encontramos, actualmente, ante una situación gran de inseguridad jurídica. En efecto, la regulación contenida en el art. 16.1 del Reglamento Hipotecario a la entrada en vigor de la LRMH en 1981, fue modificada por el Real Decreto 1867/1998, de 14 de septiembre, clarificando el régimen de su inscripción registral. Sin embargo, esta reforma fue anulada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, por lo que hay que entender vigente la redacción anterior, excepto en los aspectos derogados por la Ley del Suelo, la cual ha quedado claramente desfasada respecto de la situación actual.

Por tanto, deben modificarse los preceptos de la legislación del mercado hipotecario que impiden la titulización de las hipotecas superficieras, y desarrollarse la regulación registral del derecho de superficie, pues sin inscripción del derecho de superficie no es posible la inscripción de las obras realizadas por el superficiario y, sin ésta, no es posible la constitución de hipoteca alguna sobre las mismas ni, consecuentemente, su titulización.

Pues bien, recientemente se ha producido la primera de las reformas apuntadas, por la que este autor venía abogando desde hacía tiempo, de la mano del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, cuyo artículo 11 limita la exclusión de los derechos de superficie exclusivamente a aquellos cuya duración, contada a partir de la fecha prevista para el final del plazo de amortización del préstamo o crédito hipotecarios, no alcance los 20 años.

2º. La finca hipotecada habrá de ser objeto de tasación, cuyo objetivo es “estimar de forma adecuada el precio que pueden alcanzar aquellos bienes de forma que su valor se constituya en garantía última de las entidades financieras y de los ahorradores que participen en el mercado” (art. 34 R.M.H.).

Además, se establece que en caso de que la tasación sea anterior a la constitución de la hipoteca se hará constar en su inscripción y que, en este caso, el Registrador verificará que el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca sea, necesariamente, como mínimo, dicha valoración.

Ahora bien, carece por completo de lógica que esta exigencia se limite al caso de que la tasación sea previa a la constitución, pues la finalidad que persigue la norma debería quedar también garantizada en caso de tasación posterior. Este aspecto del tema ha resultado crucial en la génesis de la actual crisis financiera por los frecuentes abusos cometidos en estas tasaciones, perpetrados a cubierto de la aporía o hipótesis, de imposible cumplimiento, de que el “boom” inmobiliario, con su constante subida de precios, no tendría fin.

Por otra parte, podemos observar un claro desajuste entre los criterios de tasación que respecto del suelo urbanizable fija la legislación del mercado secundario, que se atiene a su aprovechamiento óptimo en función del uso y volumen permitidos por el planeamiento, y los criterios que resultan de la nueva Ley del Suelo de 2007, que fija como valor el resultante de la capitalización de su renta agraria, claramente inferior, lo que genera un efecto artificial “*ex lege*” de sobretasación respecto de las fincas ya hipotecadas y tasadas antes de su entrada en vigor.

3º. El dominio hipotecado ha de estar libre de cargas, de forma que si sobre el mismo inmueble existiesen otras hipotecas, cargas o limitaciones del dominio, habrán de ser previamente canceladas o pospuestas a la hipoteca de cobertura. Se trata de una exigencia que responde al principio de purga o liberación de las cargas posteriores a la hipoteca ejecutada y al recíproco de la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, y por ello conectado con el requisito relativo al rango preferente de la hipoteca de cobertura. Sin embargo, se debe advertir del peligro que representan en este sentido las limitaciones legales del dominio que, por su proliferación actual, pueden actuar en la práctica como verdaderas cargas ocultas.

En el siglo XIX Gierke ya había reaccionado contra las definiciones del derecho de propiedad de carácter absoluto y unitario procedentes del Derecho Romano y de la Revolución francesa que pretendían tener validez para toda clase de objetos: “Que un pedazo de nuestro planeta –decía refiriéndose a la propiedad inmobiliaria– pueda pertenecer a un sólo hombre como si se tratara de un paraguas o de un billete de florín, es un contrasentido que ofende a la cultura”.

Esta idea de modalizar el contenido del derecho de propiedad según su objeto e imponerle límites en ciertos casos, ya aparece con fuerza en los tex-

tos constitucionales contemporáneos que mantienen la propiedad como uno de los fundamentos del orden social, pero ya no confiere más que prerrogativas limitadas. Es un derecho mediatizado por el interés general de la comunidad. La Constitución alemana (1949) enuncia esta concepción en términos concluyentes, al decir que “Propiedad obliga. El uso de la propiedad debe contribuir al mismo tiempo al bien de la colectividad”.

Nuestra constitución de 1978 responde a esta misma evolución, delimitando el contenido del derecho de propiedad a través del concepto de función social, concepto que por su amplitud da cobijo a toda clase de limitaciones legales del dominio (tanteos y retractos legales, servidumbres administrativas, prohibiciones de uso o de disposición, etc), integrando en su conjunto lo que se ha dado en llamar el “régimen administrativo de la propiedad privada”.

Tradicionalmente se ha considerado que aquellas limitaciones, por venir estatuidas por la ley, tienen una publicidad superior a la del Registro, haciendo ésta innecesaria. Hoy esta posición tradicional está en retirada, de forma que es frecuente que las propias leyes que crean la limitación impongan su publicidad registral, siguiendo el principio de que las limitaciones públicas del dominio, deben ser limitaciones publicadas. Ejemplo paradigmático de esta evolución es el cambio de criterio que asumió, en cuanto a publicidad registral de los Convenios urbanísticos, la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo al condicionar su eficacia frente a terceros a su inscripción en el Registro de la Propiedad cuando el contenido del Convenio pueda dar lugar a una mutación jurídico-real (art. 21 nº1).

Pero siguen existiendo otras muchas limitaciones del dominio de origen legal (protección del dominio público, protección ambiental, etc) que siguen extramuros del Registro, incluyendo todas las derivadas del planeamiento urbanístico, que siguen funcionando como cargas ocultas, contrariando las exigencias del mercado secundario de garantizar que las hipotecas de cobertura recaigan sobre fincas libres de cargas. En definitiva, debemos evitar la excesiva proliferación de las limitaciones legales del dominio y, en todo caso, dotarles de un régimen de transparencia y publicidad registral.

Por los mismos motivos se han de revisar y suprimir los residuos de clandestinidad inmobiliaria que todavía hoy representan los supuestos de hipotecas legales tácitas, aspecto al que me referiré después.

4º. La hipoteca de cobertura tiene que tener rango de primera hipoteca. Pero, en congruencia con la finalidad pretendida, no basta con que inicialmente la hi-

poteca de cobertura se haya constituido con el carácter de primera, sino que, además, es necesario que este rango prioritario se mantenga durante toda la vida de la hipoteca.

Por ello, el RMH se ocupa de neutralizar la posible pérdida sobrevenida de eficacia jurídica de la hipoteca prohibiendo a las entidades emisoras realizar negocios de posposición de las hipotecas afectas al pago de bonos o que hayan sido objeto de alguna participación hipotecaria, sin el consentimiento de los tenedores de estos títulos. Igual limitación y por el mismo fundamento se establece respecto de los supuestos de renuncia o cancelación voluntaria de las hipotecas, por causa distinta del pago; novación o prórroga del crédito garantizado y, en general, cualquier acto que disminuya el rango, la eficacia jurídica o el valor económico de la hipoteca o del crédito.

Estas limitaciones tienen una lógica clarísima, pero la supresión de la constancia registral de las emisiones de bonos y la restricción de tal constancia respecto de las participaciones a las de circulación abierta, que pueden ser suscritas por el público en general, pero no para las de circulación restringida a los inversores institucionales, hace que la única garantía para los inversores de que la hipoteca no pierda eficacia jurídica o valor económico es el propio autocontrol del emisor, impidiendo que el Registrador actúe a través de su función cautelar de seguridad jurídica preventiva, garantizando el cumplimiento de aquellos límites.

Por otra parte, ya vimos cómo la actual crisis financiera ha tenido una enorme repercusión sobre los deudores hipotecarios, especialmente sobre los que han contratado su préstamo o crédito en los últimos tiempos, dado el carácter variable de los tipos de interés de los préstamos y créditos contratados. La solución a esta situación se ha buscado en la relación comercial entre entidades financieras y deudores a través de la ampliación de los plazos de amortización y otras medidas de reestructuración de la deuda, como la introducción de plazos de carencia. A su vez, el Gobierno ha intervenido como medidas como la moratoria en el pago de las cuotas⁴.

En este ámbito ha jugado un papel muy importante la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, reformada por la Ley 41/2007 que tiende a mejorar los mecanismo de subrogación, dar seguri-

⁴ Vid. artículos 3 a 7 del Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda.

dad jurídica al mantenimiento del rango en los casos de novaciones, permitir la denominada recarga de la hipoteca e introducir nuevas figuras como la de la hipoteca flotante y la hipoteca inversa.

No obstante, en relación con las situaciones de sobreendeudamiento la solución “estrella” ha sido la de la ampliación del plazo de amortización, lo que automáticamente produce una disminución en la factura hipotecaria. Ahora bien, en este terreno ha de actuarse con cautela ya que la ampliación del plazo no permite la conservación del rango de la hipoteca novada si no media el consentimiento de los acreedores posteriores, por lo que en caso de estar titulizada la hipoteca se estaría infringiendo las normas del mercado secundario. Es necesario, pues, compatibilizar estas dos regulaciones, ya que en caso contrario nos encontramos con una solución que resuelve un problema a costa de crear otro.

Finalmente, la exigencia de primer rango para la hipoteca de cobertura queda igualmente frustrada cuando la ley establece excepciones a la regla de purga o liberación de cargas posteriores, especialmente en caso de concurso del deudor.

Es verdad que estas excepciones en nuestro Derecho se han reducido de forma importante, primero por la propia Ley del Mercado Hipotecario de 1981 al exigir la prueba del “*consilium fraudis*” para poder anular la hipoteca constituida en el periodo de retroacción a favor de entidad autorizada para emitir títulos hipotecarios, y después por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que permitió la continuación e, incluso, la iniciación del procedimiento de ejecución singular dirigido contra bienes previamente hipotecados en fecha posterior al comienzo de un procedimiento concursal. También permite la cancelación de anotaciones preventivas posteriores por créditos singularmente privilegiados y la de las anotaciones de demanda de nulidad de las hipotecas presentadas con posterioridad a la iniciación de la ejecución. Sin embargo, a esta línea legislativa cabe oponer dos objeciones:

1º. La Ley Concursal de 2003 excluye de esta solución las hipotecas sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial del deudor, por lo que existiendo esta adscripción a una actividad productiva, el bien hipotecado tiene menos valor de garantía para los títulos del mercado secundario.

2º. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 sigue manteniendo el derecho de prórroga forzosa imponiéndola al comprador de la finca arrendada, y también al adjudicatario de la finca en caso de ejecución hipotecaria, lo cual merece capítulo propio porque, a mi juicio, constituye uno de los principales obstáculos para el desarrollo del mercado de arrendamientos inmobiliarios.

En efecto, cada vez está más extendida la opinión, que comparto, de que los principales factores de inhibición del mercado arrendaticio en España pueden detectarse en gran parte en el carácter fuertemente proteccionista del arrendatario que ha caracterizado nuestra legislación en la materia, con un exponente máximo en la Ley de 1964, y que se mantiene en gran parte en la Ley actual de 1994.

Este carácter hiperproteccionista se ha manifestado principalmente en tres objetivos: a) garantizar la continuidad de los arrendatarios; b) dificultar los desahucios; y c) limitar las rentas. La combinación de estos tres elementos llegó a generar graves dudas sobre la constitucionalidad de la Ley de 1964 por posible vulneración del artículo 33 de la Constitución (STC 17 marzo 1994).

Quizás por ello la LAU de 1994 removió los obstáculos a la libertad de fijación de la renta, y ahora en la misma línea la reciente Ley de medidas de fomento del alquiler de viviendas de 19/2009, de 23 de noviembre tiende a facilitar los desahucios en caso de extinción del contrato o de impago de rentas, entendiendo que ello es indispensable para fortalecer la seguridad jurídica del arrendador como condición necesaria para incrementar la oferta en el mercado de alquiler. Es un objetivo comprensible en la situación actual vista, por un lado, la dificultad de acceso a la vivienda en propiedad y, por otro, el dato de que el alquiler representa en España tan sólo el 11% del mercado de la vivienda, frente a la media europea del 40%.

Pero estos objetivos quizás no se puedan cumplir porque todavía subsiste el obstáculo de la prórroga obligatoria durante el plazo legal de 5 años, del que sólo limitadamente se ocupa la citada Ley al ampliar sus excepciones, de forma que no procederá la prórroga cuando el arrendador necesite la vivienda para sus familiares de primer grado, es decir, para sus padres o hijos (cfr. art. 1º).

¿Por qué digo que el régimen legal actual de la prórroga forzosa (art.9 y 14⁵) es un obstáculo al desarrollo de la vivienda de alquiler? Porque constitu-

⁵ Art. 9 nº 1 "La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si ésta fuera inferior a cinco años, llegado el día de vencimiento del contrato, éste se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años..."

"Enajenación de vivienda arrendada.-El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

ye actúa como una carga oculta en el tráfico jurídico al constituir una excepción a las reglas generales de los derechos inmobiliarios y al principio de fe pública registral (arts. 1571 Cc y 34 y 38 Ley Hipotecaria), ya que afecta y perjudica al adquirente a título oneroso y de buena fe de la vivienda arrendada incluso cuando éste no ha tenido ocasión de conocer su existencia por no estar inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

Se trata de aspectos que se han de reconsiderar a la luz de las exigencias de este mercado, sin cuyos recursos ya estamos comprobando que se produce una asfixia financiera del mercado primario.

8. ¿PUEDEN LOS TENEDORES DE LOS TÍTULOS HIPOTECARIOS INSTAR EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA DIRECTA?

Dicho en otros términos, ¿realmente los títulos hipotecarios son títulos garantizados por hipoteca?

1. Planteamiento del tema.— Desde la óptima de la necesidad de maximizar el sistema de garantías de los títulos del mercado secundario nos debemos plantear la cuestión de la legitimación de los tenedores de títulos hipotecarios para instar el procedimiento de ejecución hipotecaria directa.

Responder a este interrogante requiere previamente despejar la cuestión relativa a la definición de la naturaleza de sus respectivos derechos, y en particular la conexión existente entre los títulos emitidos y los créditos hipotecarios del mercado primario. La terminología legal habla de créditos de cobertura o de respaldo, pero ¿cuál es la naturaleza y eficacia jurídica de esta cobertura? Dejaremos al margen, por economía de tiempo, el caso de las participaciones, cuyo régimen de concurrencia en la ejecución con el emisor y legitimación subsidiaria o por subrogación está claramente fijado en la ley.

Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir.

Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años”.

Pues bien, tanto las cédulas como los bonos son títulos que llevan aparejada ejecución y que atribuyen, además, a los tenedores el carácter de acreedores con la preferencia especial propia de los acreedores hipotecarios (art. 1.923 nº3 C.c.), frente a cualesquiera otros acreedores, con relación a la totalidad de los préstamos y créditos hipotecarios inscritos a favor del emisor cuando se trate de cédulas, salvo los que sirvan de cobertura a los bonos, y con relación a los préstamos y créditos hipotecarios afectados cuando se trate de bonos y, en ambos casos, con relación a los activos de sustitución vinculados a las emisiones, si estos existen. A su vez, los tenedores de los bonos de una emisión tendrán prelación sobre los tenedores de las cédulas cuando concurren con estos sobre un préstamo o crédito afectado a dicha emisión. La misma preferencia tienen en caso de ejecución concursal (art. 90 L.C.). El privilegio de las cédulas es, pues, más extenso que el de los bonos, ya que el de estos se limita a los créditos afectos a la emisión, pero el privilegio de los bonos es más intenso ya que prevalece respecto de los créditos afectos frente a las cédulas.

2. Características de la garantía de los titulares. En este caso hay que diferenciar entre cédulas y bonos:

a) Cédulas hipotecarias. El artículo 12 de la Ley del Mercado Hipotecario establece que “El capital y los intereses de las cédulas estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la misma”. El objeto de la garantía es, pues, un patrimonio abierto a través de la fórmula de la subrogación real, sustituyendo los créditos hipotecarios que se extingan o cancelen por los que se constituyan con posterioridad a la emisión.

Así pues, desde el punto de vista de la garantía, observamos que la totalidad de las cédulas emitidas por una determinada entidad, y con independencia de que las emisiones hayan sido una o varias, simultáneas o sucesivas, quedan garantizadas mediante la afección de la totalidad de los créditos hipotecarios. La ley califica esta afección de “hipoteca”, pero ¿realmente lo es? Hay amplio consenso en la doctrina al señalar que el término “hipoteca” está aquí utilizado de forma manifiestamente impropia al no corresponder con la verdadera naturaleza de la garantía arbitrada, impropiedad terminológica cuya causa hay que buscarla en la inercia histórica en que viene incurriendo el legislador en esta materia, reiterando miméticamente expresiones cuyo origen se remonta a la Ley de creación del Banco Hipotecario de España de 1872. La denominación de “hipotecarias” para las cédulas emitidas por el Banco Hipo-

tecario de España podía aceptarse no por razón de la naturaleza del título, sino en atención al carácter de la entidad emisora. El hecho de que en cien años de existencia no se produjera ni un solo impago de las cédulas emitidas, ha dado lugar a que la garantía de que hablamos haya resultado más teórica que real. Pero en el contexto actual de incrementos de la morosidad⁶ en el ámbito de los créditos hipotecarios es posible que esa garantía se haya de poner a prueba, lo que exige clarificar su naturaleza para determinar en caso de impago los derechos del tenedor y sus posibilidades de cobro.

Pues bien, si no es una hipoteca, entonces *¿en qué consiste la garantía establecida a favor del cedulista a la que la ley denomina hipoteca?* En la doctrina española ha sido común definir esta afección de los créditos de cobertura como una subhipoteca cuyo objeto inmediato está constituido por los créditos hipotecarios de la cartera del emisor, subhipoteca que presenta características muy especiales por ser legal, general y tácita, ya que viene impuesta directamente por la ley, recae sobre una masa de créditos sin determinar y nace sin necesidad de inscripción registral, contrariando así los principios de proscripción de las hipotecas generales y tácitas que rige en nuestro Derecho desde 1861.

Precisamente por ello no cabe atribuirle carácter real a la garantía de las cédulas, ya que, al faltar la conexión o publicidad registral entre los créditos secundario y primario, falta el elemento de la reipersecutoriedad, es decir, la vinculación *“erga omnes”*, cualquiera sea su poseedor, de los créditos de cobertura, de forma que la cancelación del crédito, su cesión o subrogación por un tercero o la constitución de una subhipoteca inscrita supone que dejen de estar al alcance de la acción ejecutiva del tenedor de la cédula. Éste tiene un *“ius prelationis”* en los términos antes indicados, pero no un *“ius distrahendi”* sobre los créditos primarios, y en consecuencia no puede ejercitar la acción de ejecución hipotecaria directa ni contra el deudor hipotecario en caso de impago del crédito base, ni contra el emisor en caso de impago de la cédula a su vencimiento. El elemento de la reipersecutoriedad es consustancial a la hipoteca. Así resulta del artículo 104 de la LH conforme al cual es requisito esencial de la hipoteca que ésta opere directa e inmediatamente sobre los bienes hipotecados *“cualquiera que sea su poseedor”*, en tanto que, por el contrario, si las hipotecas de cobertura pasan a otro titular, por cesión del crédito, subrogación de otro acreedor conforme a la Ley 2/1994, cesión global de patrimonio

⁶ En España hemos pasado en un intervalo de un año de tasas del 0,35% a tasas del 1,35%, si bien el nivel de cobertura mediante dotaciones es superior en la actualidad al doble de el total de los créditos dudosos.

de la entidad emisora o por cualquier otra causa, el cedulista pierde la garantía y, además, en ningún caso puede utilizar el procedimiento de ejecución hipotecario de ejecución directa, conforme a los artículos 681 y siguientes de la LEC, dado que le falta el requisito fundamental de ser titular registral de una garantía real hipotecaria. De forma que lo único que podrá hacer el tenedor del título es ejercitar la acción personal contra la entidad emisora, de modo y manera que sólo a través del embargo del crédito hipotecario podría actuar sobre éste para con su realización hacerse pago del título impagado.

Confirma la tesis que aquí se mantiene el hecho de que, a diferencia de las participaciones, los cedulistas no tienen derecho de ejecución separada en caso de concurso del emisor, derecho que reconoce la Ley Concursal a los titulares de garantías reales (cfr. arts. 55.4, 56 y 57). Por tanto, si la Ley del Mercado Hipotecario no reconoce este derecho de separación es que no entiende que las garantías de los titulares de cédulas y bonos sean verdaderas garantías reales.

b) Bonos hipotecarios. 1. En este caso el punto de partida era distinto, ya que con arreglo al artículo 13 de la Ley del Mercado Hipotecario de 1981 “el capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados por los créditos hipotecarios que se afecten en la escritura de emisión, lo que se hará constar en el Registro de la Propiedad por nota al margen de las respectivas inscripciones de las hipotecas afectadas”. Aquí sí había, pues, publicidad registral y garantía real que podía ser calificada con más propiedad de subhipoteca, por mucho que presente especialidades en su constitución, transmisión y extinción. Prescindiendo de las distintas teorías sobre la naturaleza de la subhipoteca (para algunos, “*subpignus*” o “*pignus pignoris*”, con transmisión del “*ius vendendi*” al acreedor subhipotecario, para otros “*pignus nominis*” o prenda del crédito, etc), creo que puede asumirse como idea más extendida la de que la subhipoteca comporta una cesión del crédito con fines de garantía o prenda de crédito, que da lugar a una especial cotitularidad sobre el crédito que afecta a su lado activo (legitimando frente al deudor para el ejercicio del derecho de crédito) sin alteración de la deuda. Esta especial cotitularidad atribuye al acreedor subhipotecario, por analogía con el acreedor pignoraticio en los casos de prenda sobre simple crédito, el derecho de exigir la venta forzosa del crédito y el derecho de separación en caso de concurso del cedente. Además, el acreedor subhipotecario tiene derecho a percibir los intereses del crédito cedido, compensando con ellos los que se le deban, imputando el eventual exceso al capital, y puede defender el crédito cedido ejercitando las acciones subrogatoria y pauliana (cfr. art. 1.111 C.c.). Finalmente en el caso de pago del crédito tiene preferencia, como cesionario, sobre los demás acreedores del acreedor subhipotecante. Pero, en caso de que el crédito cedido sea

hipotecario esta especial legitimación se extiende, además, al ejercicio del derecho de hipoteca, lo que significa que el acreedor subhipotecario está legitimado también para ejercer por sí sólo las facultades que se desprenden del derecho real de hipoteca: de conservación de la garantía –v.gr. acción de devasación–, de defensa procesal, etc, y también las de ejecución, incluyendo el ejercicio de la acción hipotecaria sobre el bien inmueble hipotecado en caso de incumplimiento del crédito cedido en garantía, ya que la subhipoteca, como toda hipoteca de un derecho real, recae directamente sobre la finca.

Hay que aclarar que no puede ser objeto de subhipoteca el crédito en sí mismo considerado de forma aislada, ya que no tiene naturaleza de derecho real inmobiliario, y por ello en caso de incumplimiento de la deuda garantizada con la subhipoteca no cabe ejercitar directamente la acción hipotecaria, a través del procedimiento de ejecución directa, sobre el propio crédito para promover su venta forzosa. Pero el acreedor subhipotecario sí estará legitimado para pedir la enajenación forzosa del bien hipotecado cuando, vencida la obligación garantizada por la hipoteca, ésta no sea pagada por el deudor respectivo (Resolución de 19 de junio de 1888). He aquí la esencia de la garantía hipotecaria de los titulares de los bonos hipotecarios.

2. Ahora bien, esta situación cambia con la reforma introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ya que, entre las novedades que incorpora respecto de los bonos hipotecarios está la de suprimir la afección registral, afección que sustituye por un sistema de garantías semejante, pero no idéntico, al previsto para las cédulas, estableciendo también en este caso una hipoteca legal y tácita, esto es, sin inscripción registral. Pero, a diferencia de las cédulas en que la hipoteca es general, en el caso de los bonos el objeto de la hipoteca no será la totalidad de la cartera de créditos primarios de la entidad emisora, sino sólo los que se afecten expresamente en la escritura de emisión.

¿Es suficiente este dato para atribuir a la garantía de los bonistas reipersecutoriedad y eficacia frente a terceros? La cuestión dista de ser sencilla. En principio ya sabemos que las hipotecas legales, como regla general, no surgen automáticamente de la ley, sino que de la ley lo que surge es el derecho a favor del beneficiario a exigir su constitución (cfr. art. 1875 C.c.), pero para que “queden válidamente constituidas se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan” (cfr. art. 159 L.H.). Esto es así, porque la Ley Hipotecaria de 1861 no sólo redujo el número de las hipotecas legales, sino que también respecto de ellas aplica los principios de especialidad y publicidad, proscribiendo las hipotecas generales y tácitas.

Ahora bien, junto con ello, también es cierto que, a pesar de todo, mantuvo dos supuestos, que han llegado hasta nuestros días, en que por excepción admite que la hipoteca legal se constituya sin necesidad de título formal ni de publicidad, de modo que incluso sin inscripción afectan a los terceros adquirentes de derechos reales sobre el bien tácitamente hipotecado. Estos supuestos son los relativos a las contribuciones (IBI) y primas de seguros de dos anualidades (cfr. arts. 168, 194 y 196 L.H. y 1875 C.c.). Se trata de dos supuestos limitados tanto en sentido subjetivo por razón del carácter de los acreedores, como por la cuantía, al limitarse el periodo de devengo de las obligaciones a que se contrae este privilegio real. Pero es que, además, se ha cuestionado en nuestra doctrina que en este caso estemos realmente en presencia de un derecho real de hipoteca. Para algunos se trata de meras preferencias de cobro (Albaladejo) o de afecciones derivadas de un crédito singularmente privilegiado (Roca). Pero aunque se reconozca su carácter de carga real por permitir al acreedor hacer efectivo el cobro aún frente a terceros adquirentes de los bienes, esta carga actúa de modo distinto a la hipoteca cuando va a la ejecución.

Esto se ve claramente en la regulación de la Ley General Tributaria y del Reglamento General de Recaudación respecto de la hipoteca por contribuciones. En rigor, si fuera cierto que se constituye una hipoteca preferente contra cualquier acreedor, aunque se trate de un acreedor hipotecario que hubiera inscrito su derecho, resultaría que, en puridad, la hipoteca legal tácita siempre tendría el carácter de primera hipoteca y, en consecuencia, si esta hipoteca es objeto de ejecución la enajenación forzosa provocaría la purga o liberación de todas las hipotecas inscritas sobre la finca, con independencia de su fecha y orden de inscripción, pues todas pasarían directamente a ser segundas o posteriores frente a la hipoteca preferente por contribuciones. Pero el legislador no ha establecido una consecuencia tal, sino que la adjudicación derivada del apremio se hace con subsistencia de las cargas inscritas antes de tomada la anotación preventiva del embargo derivado del apremio incoado. Por ello creo que tampoco en este caso podemos hablar de plena reipersecutoriedad sin publicidad, y en ese sentido estamos nuevamente en presencia de una pseudo hipoteca o falsa hipoteca.

Así lo confirma también el hecho de que la Ley no reconoce derecho de separación al titular del bono en el concurso del emisor, frente a la regla general en materia de ejecución de garantías reales. Pero la prueba definitiva la proporciona la propia Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario, ya que por definición si esta afección por las contribuciones de verdad fuera una hipoteca, resultaría ontológicamente imposible que ningún crédito hipotecario pudiese servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, ya que, a excepción

de la de contribuciones, todas las demás hipotecas quedarían relegadas a la condición de segundas hipotecas, haciendo imposible el cumplimiento del requisito de hipoteca de primer rango que se exige para respaldar las emisiones.

Y con ello llego a donde quería. *Esta conclusión obliga a cuestionar el acierto de la supresión de la nota marginal en el Registro de la Propiedad respecto de las hipotecas afectadas a una emisión de bonos que ha llevado a cabo la Ley 41/2007.* Su Exposición de Motivos es parca en explicaciones, limitándose a decir que “se eliminan algunas trabas administrativas que han obstaculizado el desarrollo de los bonos hipotecarios con el objetivo de conseguir un trato administrativo neutral de los bonos frente a las cédulas hipotecarias”. Ahora bien, si existían diferencias en el tratamiento registral era precisamente porque cédulas y bonos se concebían como títulos distintos, con distinto régimen y distinto riesgo. Los bonos, precisamente, por la afectación concreta de las hipotecas de cobertura, eran títulos más seguros y por ello su precio y perfil de inversor habría de ser distinto. Es cierto que en la práctica financiera no ha habido emisiones de bonos hipotecarios, fenómeno que se atribuye a que sus costes legales de emisión hacen que en la práctica no sean rentables. Creo, sin embargo, que este punto no ha sido evaluado a fondo. Sencillamente los costes de emisión ciertamente son superiores en el caso de los bonos, lo que ante una suscripción segura de las emisiones de cédulas en volumen suficiente para cubrir íntegramente la demanda de capitales de las entidades financieras hace innecesario acudir a la vía alternativa del bono.

Sin embargo, ahora estamos ante una situación diferente en la que las emisiones sólo se suscriben si la garantía de reembolso es segura, y qué duda cabe que la garantía real y con publicidad registral es la que mayor atractivo ofrece desde este punto de vista. Por ello creo que se le debe ofrecer al mercado un producto distinto, más caro en su emisión pero más seguro en su reembolso. Si el único objetivo a considerar fuese reducir los costes de emisión, con la misma lógica también podría reclamarse la supresión de la tasación pericial, que representa el mayor de los costes, y su sustitución por el tipo de suabasta acordado con el deudor para la ejecución. Y si ello no se admite, podemos preguntarnos ¿por qué habría de ser más importante para el inversor la calidad física de los materiales empleados en la construcción que la calidad jurídica de la garantía, en términos de libertad de cargas, rango, etc? Además, la afección podría solicitarse en el momento inicial de la constitución de la hipoteca antes de la emisión, en cuyo caso el coste quedaría embebido en el de esta última. ¿O es que no hemos admitido ya la hipoteca en garantía de obligación futura y la hipoteca flotante para la que basta la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que podrán derivar en el futuro las obliga-

ciones garantizadas (art. 153bis L.H.)? Y no se diga que la emisión puede ser posterior a la constitución, porque ya en la práctica bancaria es común, y ello es lógico, que la tasación preceda a la constitución de la hipoteca por lo que la única pega real es que en este momento inicial puede tratarse de una segunda hipoteca que posteriormente, por cancelación de la precedente, pasa a ser apta para servir de cobertura, objeción de escaso calibre ya que el mercado de segundas hipotecas, al menos en España, quedará en lo porvenir muy reducido por la introducción de la hipoteca “recargable” de la Ley 41/2007.

Esta conclusión, finalmente, es extensible también a las participaciones hipotecarias de circulación restringida o limitada a los inversores institucionales para las que no se prevé publicidad registral, quedando sus titulares excluidos de protección registral, ya que sólo para las participaciones de circulación libre, como consecuencia de su constancia en el Registro, se prevé que “los terceros que adquieran algún derecho sobre el crédito hipotecario lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses”.

La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público

Francisca Villalba Pérez

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- II. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS DISCAPACITADOS.- III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN SOCIAL.- IV. CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN NUEVO ENFOQUE DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA.- V. EVOLUCIÓN DE LOS ASPECTOS SOCIALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.- VI. LA DISCAPACIDAD EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. ASPECTOS GENERALES DE LA LCSP QUE PUEDEN INCIDIR EN LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- 2. Aspectos específicos de la LCSP que inciden directamente en el sector de los discapacitados: Prohibiciones para contratar; contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad; contratos reservados; garantías de accesibilidad; reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas; condiciones especiales de ejecución del contrato; y criterios de valoración de las ofertas.

RESUMEN: En los últimos años las Administraciones públicas están adoptando formas de actuación administrativa inéditas hasta ahora para desarrollar acciones positivas en beneficio de grupos sociales vulnerables. Es el caso de la dimensión social que el legislador quiere imprimir a la contratación del sector público con la finalidad de favorecer la inclusión de las personas con discapacidad. La Ley de Contratos del Sector Público además de facilitar la adquisición eficiente de bienes, productos y servicios destinados al sector público, desea iniciar un nuevo recorrido como instrumento de cohesión social.

PALABRAS CLAVES: Contratación del sector público.- Dimensión social e igualdad de derechos.- Discapacidad.- Condiciones especiales de ejecución del contrato.-

ABSTRACT: In the last few years, Public Administrations are adopting hitherto unheard-of administrative procedures in order to develop positive actions for the aid of vulnerable social groups. Such is the case of the social dimension that law is about to introduce in public sector recruitment to favour the inclusion of disabled people. In addition to benefiting the acquisition of goods, products and services for the public sector, the Spanish Law on Public Sector Contracts aims to initiate a new course as a social cohesion instrument.

KEYWORDS: Public sector recruitment.– Social dimension and equal rights. – Disability.– Special conditions in the performance of a contract.–

I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Desde la aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (en adelante LISMI), que fundamentó su regulación en el artículo 49 de la Constitución¹, y en los instrumentos internacionales en vigor², hasta la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante LIONDAD), basada, no sólo en el artículo 49, sino también en los artículos 9.2, 10 y 14 de la Constitución, se han producido cambios sustantivos en el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad³. Uno de ellos, de carácter formal, es el referido a la terminología empleada por el legislador, mientras la LISMI utiliza el concepto de disminuido o minusválido,

¹ Este precepto constitucional encomienda a los poderes públicos el tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de sus derechos. Véase la obra colectiva *Curso sobre protección jurídica de las personas con discapacidad*, Consejo General de la Abogacía Española, Fundación ONCE y CERMI, Madrid, 2006.

² Declaraciones de la Organización de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1971 sobre los derechos del deficiente mental y de 9 de diciembre de 1975 sobre los derechos del minusválido. Véase hoy la Convención 61/106 de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en diciembre de 2006.

³ La LIONDAD incorpora en el ámbito de la discapacidad a la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE 2-12-2000). El incumplimiento del principio de igualdad de trato con los discapacitados es considerado por la Directiva como una clara discriminación.

la LIONDAD incorpora el término discapacidad y discapacitados⁴. Por otra parte, la LISMI encomendaba exclusivamente a los poderes públicos la prestación de los servicios y la distribución de los recursos para que los discapacitados pudieran ejercer sus derechos, en cambio la LIONDAD sin olvidar el papel trascendental que corresponde a las Administraciones públicas, da un mayor protagonismo a la iniciativa privada imponiéndole determinadas cargas⁵ a los empresarios y a los particulares en general⁶.

Otro factor de esta evolución lo podemos encontrar en el hecho de que la LISMI regula los sectores esenciales en la protección de los discapacitados, como la prevención o rehabilitación de las minusvalías, la integración laboral, la movilidad y eliminación de barreras arquitectónicas, y el sistema de prestaciones económicas, a través de medidas de acción positiva⁷. La LIONDAD,

⁴ El concepto de “minusvalía” ha sido definitivamente desterrado del vocabulario jurídico por la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en virtud de la cual las referencias que en los textos normativos se efectúan a los “minusválidos” y a “personas con minusvalía” se entenderán referidas a personas con discapacidad. Probablemente debido a una mayor sensibilidad social y a un mayor conocimiento de las disfunciones físicas o psíquicas que pueden afectar a las personas, se intentan evitar expresiones que puedan ser tomadas con algún matiz discriminatorio.

⁵ La LIONDAD establece un criterio para determinar si las medidas de adecuación del ambiente físico y social a las necesidades específicas de las personas con discapacidad son asumibles por las personas a las que, en cada caso, les corresponda hacerse cargo de ellas. El criterio empleado es el “ajuste razonable” que toma en consideración los costes de la medida y los efectos discriminatorios que puedan suponer para la persona con discapacidad su no adopción. La determinación del concepto de “ajuste razonable”, contemplado en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, determina que la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente por el Estado miembro mediante medidas sobre la discapacidad.

⁶ La LIONDAD modifica el Estatuto de los Trabajadores para incluir un nuevo periodo de excedencia con el objeto de atender a familiares discapacitados o enfermos. Reforma algunos preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal para que las comunidades de propietarios asuman el coste de las obras de accesibilidad en el uso de elementos comunes o la instalación de mecanismos electrónicos que favorezcan la comunicación con el exterior, siempre que dichas obras o instalaciones no superen un coste máximo establecido (tres mensualidades ordinarias de gastos comunes).

⁷ Se entiende por medidas de acción positiva las que tratan de garantizar la igualdad de oportunidades en el punto de partida eliminando los obstáculos. A través de ellas los poderes públicos tratan de remediar la situación de determinados grupos sociales colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, debido a ciertas tradiciones y hábitos arraigados en la sociedad de difícil eliminación. Una medida de acción positiva no establece privilegios a priori sino que orienta programas y políticas al servicio de la comunidad, de las personas y de los colectivos más vulnerables. Véanse sobre este tema la STC 128/1987, de 16 de julio; y las SSTs de 24 de enero de 1997, (Arz. 349) y de 7 de julio de 1997 (Arz. 6313).

partiendo de un modelo distinto considera al discapacitado no como una persona especial, sino como una persona con especial dificultad para satisfacer sus necesidades, por lo que instaura un sistema basado en la igualdad de oportunidades y la no discriminación que incluye tanto medidas de acción positiva como medidas que impidan la discriminación⁸. Para ello, incentiva la aprobación de planes de investigación sobre desarrollo e innovación (I+D+I), incorpora un arbitraje sencillo para resolver las quejas o reclamaciones de los discapacitados en materia de igualdad de oportunidades, prohíbe las conductas discriminatorias, y fomenta los aspectos que puedan aportar una mejor calidad a las personas con discapacidad.

No cabe duda que la LISMI fue una norma innovadora para su época, sin embargo, no ha tenido la aplicación práctica esperada. Ámbitos como la integración laboral de los discapacitados⁹ y la eliminación de las barreras arquitectónicas¹⁰, han tenido menos eficacia de la deseada. Ante esta realidad la LIONDAD ha tenido que incidir de nuevo en algunos de sus aspectos¹¹ por la

⁸ La LIONDAD intenta superar la necesidad de asistencia a los discapacitados por parte de otras personas de su entorno familiar y social, prescindiendo, dentro de lo posible, de esa asistencia. El objeto de la Ley es garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, entendiéndose por igualdad de oportunidades la suma de dos factores: ausencia de discriminación más una acción positiva orientada a eliminar las desventajas de la discapacidad.

⁹ La exposición de motivos de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre el empleo público de discapacitados, afirma que la integración laboral en las distintas Administraciones públicas sigue ofreciendo un panorama desalentador, a pesar del mandato legal explícito y claro de la Ley de la Función Pública, que se sigue incumpliendo. En el sector privado las cosas no han sido diferentes. Para incentivar la contratación de discapacitados en el sector privado se aprobó el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero, que regula las subvenciones a empresas que contraten trabajadores minusválidos.

¹⁰ A pesar de que la Ley de arrendamientos urbanos de 1994 incluyó en su artículo 24 la facultad de hacer obras en el interior de la vivienda arrendada para acoplarla a las necesidades del arrendatario discapacitado, o a las de los familiares discapacitados del arrendatario, para completar las medidas establecidas en la LISMI. Y de que la Ley 15/1995, de 30 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar las barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, estableció la facultad de adecuar el interior de fincas urbanas no destinadas a viviendas, y los elementos comunes del edificio que sirvan de paso entre la vivienda o local y la vía pública.

¹¹ Recordemos que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, desarrolla en el ámbito de los discapacitados la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

falta de operatividad e insuficiencia de las medidas adoptadas. Algo similar puede suceder si el incumplimiento de la LIONDAD no se ve acompañado de la sanción jurídica y del rechazo social que merecen¹².

Afortunadamente hoy el ordenamiento jurídico proporciona los instrumentos jurídicos sancionadores de los incumplimientos legales en este ámbito. Uno de estos instrumentos es la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, sobre régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹³. Otro, la Ley de infracciones y sanciones en el orden social, cuyo texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, regula las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹⁴. El problema está en la forma en que el legislador aborda el contenido de sus proposiciones normativas, dirigidas, en muchas ocasiones, a establecer actuaciones facultativas y voluntariosas más que a imponer verdaderas obligaciones jurídicas¹⁵. De nuevo será el paso del tiempo el que nos permita comprobar progresivamente el grado de eficacia de estas medidas.

Con estos antecedentes normativos, esperamos que las novedades introducidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) sobre determinadas consideraciones de tipo social, entre

¹² No debemos olvidar que la ineficacia, incumplimiento, o simple dejadez en su aplicación, recae sobre derechos fundamentales y necesidades vitales de las personas con discapacidad.

¹³ La Ley 49/2007 tiene por objeto establecer el régimen de infracciones y sanciones para garantizar las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Este régimen será común en todo el territorio nacional y podrá ser desarrollado por el legislador autonómico, sin perjuicio de aquellas otras infracciones y sanciones que pueda establecer en el ejercicio de sus competencias (artículo 1).

¹⁴ La disposición adicional segunda de la Ley 49/2007 remite las infracciones y sanciones que en el orden social puedan imponerse a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de infracciones y sanciones en el orden social.

¹⁵ Como señala T.R.FERNÁNDEZ parece que las garantías realmente eficaces las establece el legislador a regañadientes cuando no hay más remedio y resultan inevitables, en los demás casos, siempre que puede, prefiere utilizar formulaciones potestativas amplias e imprecisas con la finalidad no confesada de atribuir mayor discrecionalidad en su aplicación. Véase "De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley" *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, octubre de 2008, págs. 38 a 45.

otros, en el campo de la discapacidad, aporten la necesaria protección que requiere el ejercicio de sus derechos, y sirvan para sensibilizar a la sociedad de la imperiosa necesidad de contar con una garantía efectiva y eficaz, rechazando todo tipo de conductas que puedan impedir y vulnerar esos derechos¹⁶.

El presente trabajo no pretende agotar el estudio de todas las posibles cláusulas de contenido social que pueden enmarcarse en la contratación del sector público, nuestro objetivo es mucho más modesto, se trata de analizar las posibilidades que brinda el nuevo texto legal para impulsar medidas dirigidas a beneficiar a las personas con discapacidad.

II. DELIMITACIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS DISCAPACITADOS

No cabe duda que la discapacidad afecta al correcto ejercicio de algunos derechos constitucionales como el acceso a la educación e información, a los medios de transporte, a la libertad de circulación, el trabajo, la cultura, etc., en los que el Estado tiene competencia para garantizar la igualdad de posiciones jurídicas de los ciudadanos. El artículo 149.1.1º de la Constitución le otorga las facultades normativas para determinar las condiciones básicas de igualdad y no discriminación, garantizando los derechos, deberes y las prestaciones en todo el territorio nacional. Este título competencial habilita al Estado para intervenir en materia de integración social, pero su competencia no alcanza para regular la totalidad del régimen jurídico, en él se entrecruza el marco competencial de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

Las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias exclusivas en materia de asistencia social (artículo 148.1.20º CE) y participan en cuatro ámbitos claves para el sector de las personas con discapacidad: educación¹⁷,

¹⁶ El Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI) viene reclamando desde hace años que las medidas normativas aprobadas para la protección y garantía del ejercicio de sus derechos, deberían introducir en su articulado términos imperativos con fuerza de obligar en lugar de utilizar expresiones facultativas cargadas de buenas intenciones pero carentes de resultados prácticos.

¹⁷ A pesar de que el artículo 149.1.30º de la Constitución reserva al Estado la regulación de las normas básicas para el desarrollo de la educación.

empleo¹⁸, sanidad¹⁹ y accesibilidad. En materia de accesibilidad, respetando el marco básico de la LIONDAD y de las normas que fijen las condiciones básicas, corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo de las medidas con la participación en la ejecución de las Entidades Locales. Esta competencia ha sido asumida de manera exclusiva por las Comunidades Autónomas, siendo la competencia estatal de mera armonización, justificada por la necesidad de exigir una sustancial uniformidad en las condiciones básicas de vida de las personas discapacitadas (artículo 149.1.1º CE), o bien amparada en otros títulos competenciales que inciden de manera indirecta en algunas cuestiones relativas a la accesibilidad (artículo 149.1.8º CE)²⁰. También pueden las Comunidades Autónomas asumir competencias para legislar en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas a través de la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (artículo 148.1.3º CE).

En cuanto a las competencias sobre contratación pública, el artículo 149.1.18º de la Constitución, atribuye al Estado la legislación básica sobre contratos administrativos. Este título competencial se encuentra desarrollado hoy a través de la LCSP, cuyas disposiciones normativas básicas son de obligada aplicación para todas las Administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas. La disposición final 7ª LCSP especifica los preceptos que no tienen carácter básico. En materia de integración social de los discapacitados, los artículos 49.1 apartado c y 49.2 apartado e, 101, 102, 134, y las disposiciones adicionales sexta, séptima y vigésimo primera tienen carácter básico. Para los contratos privados que celebren las Administraciones públicas y sus organismos y entidades dependientes, los artículos 149.1.6º y 8º CE atri-

¹⁸ Con independencia de que el Estado tenga atribuida toda la legislación laboral (artículo 149.1.7º de la Constitución).

¹⁹ El Estado tiene competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16º de la Constitución) y la legislación básica de la Seguridad Social, reservando la ejecución de sus servicios a las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.17º de la Constitución).

²⁰ En aplicación de estos títulos competenciales, el Estado ha aprobado distintas normas que incide de manera decisiva en la mejora de la accesibilidad y en la supresión de barreras arquitectónicas: Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, reformada por Ley 8/1999, de 6 de abril; Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos; Ley 15/1995, de 30 de mayo, por la que se establecen límites al dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas; y el Real Decreto 559/1989, de 19 de mayo, de medidas mínimas sobre accesibilidad en los edificios.

buyen también al Estado la legislación mercantil y civil, así como las bases de las obligaciones contractuales. La regulación de los contratos privados del sector público se encuentra también incluida en la LCSP (artículos 20 y 21).

III. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN SOCIAL

Nadie duda de que el bienestar y la cohesión de una sociedad dependen, entre otros factores, de las tasas de ocupación y de empleo²¹. Nuestra Constitución configura al Estado español como “social y democrático de Derecho”, y le imprime una actitud activa y enérgica frente a los problemas sociales²². Este mandato constitucional viene a recaer sobre las Administraciones públicas como ejecutoras directas de la acción social pública. Casi todos los países de la Unión Europea otorgan a la Administración pública un rol dinámico en la lucha contra la exclusión social²³, atribuyéndole los instrumentos jurídicos ne-

²¹ El empleo es un factor clave en la conformación de la personalidad. De él depende, en muchos casos, la confianza y seguridad personal, elimina la dependencia económica, proporciona recursos profesionales y permite establecer vínculos sociales de derechos y deberes con la sociedad. Los procesos de marginación y desarraigo social están íntimamente ligados a la existencia de altas tasas de desempleo. La relación entre paro laboral e incremento de actividad antisocial es un factor unánimemente reconocido. En Estados Unidos, las estadísticas ponen de manifiesto que un incremento de un 1% en el volumen de desempleo, se traduce en un crecimiento del 6,7% en los homicidios, en un 3,4% en los crímenes violentos y en un 2,4% en los delitos contra la propiedad. La ocupación y la lucha contra la exclusión social, son un bien en sí mismo.

²² Es el mismo texto constitucional el que encomienda a los poderes públicos la adopción de medidas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos” (artículo 49 de la Constitución). En la misma dirección el artículo 40 CE prescribe la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, destacando que realizarán una actividad orientada al pleno empleo.

²³ Un ejemplo lo encontramos en la propuesta formulada en el año 1997 por el Gobierno francés, a iniciativa del Ministerio de Empleo y Solidaridad, de explorar nuevas iniciativas destinadas a atender necesidades sociales emergentes mediante la creación de “empleos atípicos” calificados como cuarto sector. *El Informe del Comité de Sabios de marzo de 1996, por una Europa de los derechos cívicos y sociales*, declara que “si Europa rechaza simultáneamente el agravamiento de las desigualdades y la marginación social, y la generalización de medidas de asistencia social pasiva destinadas a las personas en situación de exclusión social, deberá hacer un esfuerzo considerable de in-

cesarios y adecuados para ello²⁴. Ahora bien, no siempre estos instrumentos han estado al servicio de una verdadera integración social. Un ejemplo lo encontramos en la configuración legal de la contratación pública, orientada exclusivamente a garantizar un proceso de licitación que respete los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, sin coadyuvar a la consecución de objetivos y fines sociales. La conveniencia de abordar la contratación pública desde una posición de mayor alcance que la meramente garantista es una exigencia del “Estado social”, que no sólo ha de atribuir y garantizar los derechos subjetivos de los ciudadanos (posición tradicional del Estado de Derecho), sino colocarse en posiciones activas e innovadoras para hacer frente a los déficits sociales²⁵.

Hasta ahora la normativa sobre contratación pública en España ha obedecido a un objetivo de tipo económico: garantizar la igualdad de concurrencia de los licitadores. Directriz que encuentra su origen en las disposiciones normativas del siglo XIX, cuya preocupación fundamental era garantizar que el Estado gestionara con objetividad sus pocos cometidos²⁶. Pero en la actualidad, aunque el cumplimiento efectivo de estos principios sigue siendo un objetivo noble, deseado y necesario, nada impide para que el marco normativo de la contratación pública contemple junto a él el cumplimiento de otros objetivos de tipo social. A través de los distintos procedimientos contractuales los

novación, de organización y de movilización para construir un sistema de desarrollo donde todo el mundo tenga su lugar. Para ello será necesario desarrollar una concepción activa de la ciudadanía donde cada cual acepte tener obligaciones hacia los demás, renovando profundamente las políticas públicas sociales, que deben prevenir tanto como curar, e incitar al esfuerzo más que asistir”.

²⁴ El sector público, además de regular el mercado y fomentar la competencia, es un gran consumidor y partícipe activo de este mercado al mover en él grandes sumas de recursos económicos. En la Unión Europea las Administraciones públicas dedican un alto porcentaje del PIB a la adquisición de bienes y servicios. Hecho que les confiere un poderoso instrumento, el de la contratación pública, capaz de influir en el mercado para orientarlo hacia un concepto de “justicia social” cada vez mayor.

²⁵ La constitucionalización del Estado social de Derecho conlleva que la Administración no pueda permanecer neutral, limitándose a defender la libertad y propiedad individuales al más puro estilo liberal, sino que debe implicarse en proporcionar un orden social justo capaz de garantizar un nivel mínimo de calidad de vida. PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ BLANCO y ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 606.

²⁶ Imperativo moral aceptado como tal y regulado por la ley en el mundo occidental desde el siglo XIX.

poderes adjudicadores pueden promover medidas que permitan una mayor integración, incorporando preocupaciones de tipo social en la celebración de sus contratos públicos²⁷.

El *Libro Verde sobre contratación pública en la Unión Europea*, proclamaba ya en 1996 la conveniencia de contemplar la contratación pública no tan solo como un proceso de garantías sino como un instrumento de política social²⁸. La utilización de la contratación pública con finalidades de tipo social, aunque a corto plazo pueda parecer una medida poco eficiente al obligar a integrar en las empresas a personas con, quizás, menor cualificación o experiencia profesional²⁹, a largo plazo acaba siendo muy beneficiosa para los intereses generales de toda la sociedad, al favorecer la convivencia y la cohesión social, evitar la exclusión y la inactividad de ciertos colectivos desfavorecidos, y ahorrar al sector público prestaciones sociales como los subsidios de desempleo y la atención de los servicios sociales. Ahora bien, no debemos olvidar que estos fines deben integrarse en el entramado jurídico en el que se insertan respetando el acervo constitucional, legal y jurisprudencial sobre contratación pública³⁰.

Pues, podría argumentarse con cierto rigor jurídico que esta aspiración social, en algunos casos, podría colisionar con derechos preferentes derivados

²⁷ Hasta ahora la normativa de contratación pública se ha basado fundamentalmente en el establecimiento de unos criterios objetivos (condiciones técnicas y precio) y en la salvaguarda de unos principios (publicidad y concurrencia), mientras ha obviado otros criterios objetivos (composición de la plantilla de la empresa contratista, estabilidad laboral, remuneración del personal) y no ha tomado en cuenta principios de carácter social.

²⁸ *Libro Verde sobre la contratación pública en Europa: reflexiones sobre el futuro*. Comunicación adoptada por la Comisión Europea el 27 de noviembre de 1996, COM (96)583 final. En él se incorpora un epígrafe que desarrolla los "aspectos sociales de la contratación pública" (epígrafe 5.5 del capítulo 5º).

²⁹ Las cláusulas sociales se enfrentan en la actualidad a múltiples dificultades: el modelo económico vigente cuestiona su utilidad argumentando que pueden ser más caras que una ayuda pública directa; se les acusa de falta de transparencia al no calcularse previamente su coste, al contrario que el de las ayudas públicas, e incluso se pone en duda su equidad al favorecer a ciertos sectores o empresas en detrimento de otras menos necesitadas.

³⁰ Los contratos públicos tienen que seguir proporcionando a la Administración, a un precio razonable, las prestaciones necesarias para la sociedad. Por tanto, la utilización de finalidades sociales sólo resultará admisible en la medida que no pongan en peligro la finalidad fundamental del contrato.

del principio de igualdad de los licitadores, considerado como derecho fundamental y protegido por el artículo 14 de la Constitución, frente a los principios rectores de la política social regulados con menor garantía y protección en el capítulo III del mismo texto constitucional. La solución a este hipotético o posible conflicto vendrá por la incorporación en la legislación de contratos públicos de condiciones especiales de ejecución que fomente una acción social positiva³¹ puesta al servicio de la promoción de sectores especialmente desfavorecidos y de colectivos de difícil inserción laboral³². La STJCE *Gebroeders Beentjes/Países Bajos*, de 20 de septiembre de 1988, acogió expresamente el hecho de que los Estados miembros pudieran incorporar en sus procedimientos de licitación, como criterios objetivos, elementos de sus políticas sociales, siempre y cuando respeten el Tratado CE y las disposiciones de las directivas sobre contratos públicos³³. Este pronunciamiento jurisprudencial dejó la puerta abierta para estimar como válidas las cláusulas sociales incluidas en los anuncios de licitación que persigan objetivos de integración social, combatir el desempleo, fomentar la formación profesional, favorecer la sanidad y la seguridad social, o suprimir la discriminación por razón de raza, sexo o religión³⁴.

³¹ Se conoce como “discriminación positiva” a aquellas medidas dirigidas a un grupo determinado que pretenden suprimir o prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes, aunque ello suponga una ventaja respecto a otro grupo social. La cuestión estriba en dilucidar si esta ventaja supone una discriminación para otro grupo social o para personas concretas y si existiendo esa ventaja es o no legal. La “acción positiva” trata de garantizar la igualdad de oportunidades en el punto de partida eliminando los obstáculos, mientras que la discriminación positiva afecta al punto de llegada y persigue garantizar un resultado concreto. Así la discriminación positiva se encamina a privilegiar a los integrantes de un grupo desfavorecido y al hacerlo perjudica a otras personas, lo que no ocurre con las medidas de acción positiva. Véase LESMES ZABALEGUI S., “contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral”, *Lan Harremanak*, número 13, 2005, pág. 59.

³² En términos generales, el artículo 9.2 de la Constitución ordena a los poderes públicos a que realicen para todos los ciudadanos una acción positiva dirigida a promover la efectividad de los derechos que reconoce la Constitución. Este precepto da cobertura a las acciones públicas positivas dirigidas específicamente a ayudar a los individuos que tienen mayores dificultades en el disfrute de estos derechos.

³³ En la Sentencia se le plantea al Tribunal de Justicia de la Comunidad la licitud de la inclusión de una condición para la adjudicación de un contrato de obra pública, con arreglo al cual se exigía a la empresa constructora la contratación de un determinado número de trabajadores en paro prolongado e inscritos en una oficina regional de empleo.

³⁴ Véanse sobre este tema la *Comunicación de la Comisión sobre los aspectos sociales y regionales de los contratos públicos de 22 de septiembre de 1989* (COM 89, 400 final). La *Comunicación interpretativa de la*

Este modelo de intervención administrativa que prima la incorporación laboral de personas desfavorecidas, establece un nuevo marco en las relaciones jurídicas de la Administración alejado de la tradicional colaboración pasiva mediante subvenciones o ayudas asistenciales, y genera un mercado para dignificar la vida de las personas con mayores dificultades de inserción laboral. Las medidas administrativas de carácter social no pueden ser entendidas hoy como de “segundo orden” frente a consideraciones de mayor calado político, económico o jurídico. La acción administrativa de integración social ha de entrelazarse con el resto de instituciones e instrumentos jurídicos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de la Administración pública³⁵.

La inclusión de aspectos sociales en la contratación pública puede ser un mecanismo eficaz para luchar contra la exclusión social de las personas con discapacidad, cuyas tasas de desempleo en España son muy superiores a las de la media europea. Para ello la normativa contractual pública deberá establecer unos criterios claros y precisos que aseguren el cumplimiento real y efectivo de la actual legislación social³⁶, posibilitando una integración duradera y estable de estas personas al mundo laboral. Se trata de utilizar la contratación pública y la ingente cantidad de recursos que genera como un instrumento de

Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales de 15 de octubre de 2001 (COM, 2001, 566 final). Así como las Sentencias del TJCE Contse, Asunto C-234/03, de 27 de octubre de 2005, y Comisión/Francia, Asunto C-225/98, de 26 de septiembre de 2000, sobre los criterios de valoración.

³⁵ Posibilitando el cumplimiento de la legislación vigente sobre discapacidad, sobre todo, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención las personas en situación de dependencia; El Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, que determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003; el Real Decreto 1468/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, sobre régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

³⁶ Véase el Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea el Fondo Estatal de Inversión Local con la finalidad de reactivar la economía y crear empleo. Este fondo tiene por objeto aumentar la inversión pública mediante la financiación de contratos de obras de ejecución inmediata en el ámbito local para rebajar las altas tasas de desempleo de nuestro país.

política social para perseguir finalidades que van más allá de la obtención de determinadas prestaciones³⁷.

IV. CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN NUEVO ENFOQUE DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA

Una cláusula contractual supone el establecimiento de un acuerdo, pacto o una condición que regirá el contenido del contrato. En la acepción que nos ocupa, cláusulas sociales, suponen la inclusión de ciertos criterios en los procedimientos de contratación pública en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social. Es la utilización por la Administración o entidad contratante de criterios de naturaleza no económica, ajenos a las prestaciones contractuales a la hora de seleccionar al contratista. Las cláusulas sociales en la contratación pública materializan las obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos en un Estado social, y sus beneficios no deben medirse exclusivamente por los objetivos conseguidos en este ámbito, sino que sus ventajas deberán ser evaluadas también en términos económicos. Aunque con ellas se suele priorizar la rentabilidad social, está demostrada su perfecta compatibilidad con la rentabilidad económica³⁸.

³⁷ En los últimos años sorprende la amplitud y la diversidad de actividades que la Administración pública se ve obligada a realizar, sin que, en muchos casos, cuenten con el encaje jurídico que le proporciona la dogmática del Derecho Administrativo a través de la trilogía tradicional de las formas de actuación administrativa: limitación, prestación y fomento. Un ejemplo de ello lo podemos ver en el papel asignado a la Administración en la lucha contra la violencia de género, la protección de datos, la gestión de la información, las políticas de igualdad, etc. Sobre este interesante tema de actualización y revisión de algunas instituciones jurídico-administrativas pueden verse los trabajos de SCHMIDT-ASSMAN E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción*, Marcial Pons, Madrid, 2003; BARNÉS J., *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Derecho Global, Sevilla, 2006; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J.M^a., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

³⁸ La Fundación Olor Palme de Estocolmo y la Fundación Engrunes de Barcelona, analizaron la diferencia económica entre el coste total de los recursos que a una persona en situación de exclusión social se destinan por encontrarse desempleada, y el ingreso que esa misma persona integrada laboralmente aporta a las arcas públicas. El coste para la Administración en el primer caso supone en torno a 25.000 euros, y en el segundo, los ingresos por IVA, IRPF y Seguridad Social entre 5.500 o 6.000 euros. En consecuencia, cada empleo de inserción generado supone una disminución de costes y un beneficio por importe aproximado de 17.000 o 18.000 euros. Datos tomados de SUSO ARAICO A., "Las cláusulas sociales: ¿Es otra política posible?", Foro Europeo de Democracia y Desarrollo, www.elecan.net Un estudio de la Federación Española de Empresas de Inserción (FEDEI) realizado en el año 2005 sobre "Identificación y diagnóstico integral de las em-

Estas cláusulas pueden incorporarse al contrato público como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión)³⁹; como elemento de valoración a la hora de adjudicar el contrato (criterios de adjudicación o selección)⁴⁰ o como obligación a realizar en la ejecución del contrato (condiciones especiales de ejecución)⁴¹. Son muchos los aspectos sociales que pue-

presas de inserción en España”, concluye que los flujos económicos generados por trabajadores (ingresos e impuestos de las empresas de inserción) y el ahorro consiguiente por trabajador de inserción (menor coste social por persona y año) suponen en su conjunto un beneficio económico estimado anual de 15.508 euros por persona incorporada laboralmente (Véase LESMES ZABALEGUI S., “Cláusulas sociales, contratación pública e inserción sociolaboral de personas en situación desfavorecida”, Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Vitoria, www.equal.net).

³⁹ Se trataría de incorporar un requisito o exigencia previa para participar en la licitación que limita la admisión para aquellas empresas que no lo cumplan. La capacidad técnica suele ser un requisito *sine qua non* para participar en una licitación pública, las prohibiciones para contratar también. El artículo 49.2 e) LCSP especifica que haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos como infracción grave, impide a las empresas contratar con las Administraciones públicas. La Comunicación interpretativa de la Comisión de 15 de octubre de 2001 establece literalmente que si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos. Ahora bien, su validez dependerá de que se hayan establecido expresamente dichas obligaciones y guarden relación y proporcionalidad con el objeto y la ejecución del contrato, lo que deberá estar justificado en el expediente.

⁴⁰ Una vez efectuada la selección de candidatos o licitadores, los poderes adjudicadores deberán evaluar las ofertas presentadas con la finalidad de adjudicar el contrato. La valoración de las ofertas de los contratistas forma parte del momento central de la decisión para adjudicar un contrato, por lo que debe ser objeto de especial atención para el legislador. El artículo 134 LCSP determina que deberán valorarse los criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como el precio, la calidad, el plazo de ejecución, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se desarrollarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (El subrayado es mío).

⁴¹ Este tercer criterio supone una exigencia de obligado cumplimiento para el contratista en la fase de ejecución del contrato con independencia de la empresa adjudicataria. La Comunicación interpretativa de la Comisión de 2001 establece que en la fase de ejecución del contrato es cuando los poderes adjudicadores pueden fomentar la consecución de objetivos sociales y cuando pueden imponer al titular del contrato la observancia de cláusulas contractuales que sean com-

den incorporarse a la contratación pública: seguridad y salud laboral, estabilidad en el empleo, protección medioambiental, promoción de empleo para personas en situación de exclusión social o de personas con discapacidad, etc.

Los objetivos que suelen perseguirse a través de las cláusulas sociales son también diversos:

- a) Transformar medidas administrativas de carácter asistencial y pasivas por otras productivas y activas;
- b) Avanzar hacia una corresponsabilidad social entre Administraciones públicas, agentes sociales y el sector económico privado, involucrando a este último sector en la protección de derechos fundamentales;
- c) Facilitar la sostenibilidad⁴² de las medidas de inserción laboral persiguiendo la obtención concreta de resultados y procurando la efectividad de otras acciones que actúan sobre la discriminación en el origen.

Su inclusión en el contrato supone la aceptación incondicional de su contenido por el contratista, una vez realizada su oferta o proposición⁴³.

patibles con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden tener por objeto contratar a un número de personas discapacitadas superior al que exige la legislación nacional. El artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE, relativo a las condiciones de ejecución del contrato, indica que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones particulares. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse a consideraciones de tipo social y medioambiental. El contenido de este precepto ha sido recogido por el artículo 102 de la LCSP.

⁴² La Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre *la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*, de 15 de octubre de 2001, concreta que el concepto de “desarrollo sostenible” integra y combina un crecimiento económico, el progreso social y el respeto al medio ambiente.

⁴³ No debemos olvidar que las cláusulas sociales han de estar relacionadas con el objeto del contrato; han de incluirse ineludiblemente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares; han de expresarse de forma clara y precisa el papel que van a jugar en el procedimiento contractual, es decir, si se incluyen como criterio de admisión, de valoración o adjudicación, o como obligación en la fase de ejecución; cuál será su porcentaje de valoración; los medios de prueba que pueden aportarse; deben publicarse y ponerse a disposición de los licitadores; ser compatibles con el Derecho comunitario; y no imponer dificultades desproporcionadas a la libertad de prestación de servicios.

La utilización de las cláusulas sociales en el ámbito de la discapacidad puede facilitar la inserción sociolaboral de un colectivo especialmente vulnerable de nuestra sociedad, y contribuir así a implantar una nueva línea de intervención administrativa activa para conseguir un desarrollo económico y social sostenible⁴⁴. Suponen un paso más en el cambio de concepción de las intervenciones públicas frente a la lógica asistencial que ha imperado tradicionalmente en la lucha contra la exclusión social⁴⁵. La nueva línea busca fomentar la igualdad de oportunidades y la corresponsabilidad social entre el sector público y el privado⁴⁶. Hoy el tratamiento legal de la discapacidad fija como objetivo fundamental potenciar la autonomía e independencia personal, el planteamiento pasa de lo individual a lo colectivo. La premisa a considerar ya no es la discapacidad en sí misma sino la desventaja que esa situación comporta en el ámbito social en el que la persona se integra. Por ello, la generación de oportunidades de empleo se ha revelado como la herramienta más eficaz en la lucha contra la exclusión social, al ser el elemento de integración social por excelencia y el que da acceso al ejercicio de una verdadera ciudadanía⁴⁷.

⁴⁴ En los últimos años sorprende la amplitud y la diversidad de actividades que la Administración pública se ve obligada a realizar, sin que, en muchos casos, cuenten con el encaje jurídico que le proporciona la dogmática del Derecho Administrativo a través de la trilogía tradicional de las formas de actuación administrativa: limitación, prestación y fomento. Un ejemplo de ello lo podemos ver en el papel asignado a la Administración en la lucha contra la violencia de género, la protección de datos, la gestión de la información, las políticas de igualdad, etc. Sobre este interesante tema de actualización y revisión de algunas instituciones jurídico-administrativas pueden verse los trabajos de SCHMIDT-ASSMAN E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción*, Marcial Pons, Madrid, 2003; BARNÉS J., *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Derecho Global, Sevilla, 2006; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J.M.^a, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁴⁵ Tradicionalmente la responsabilidad de trabajar en el ámbito de la exclusión social ha recaído sobre los servicios sociales y sobre las entidades de acción social.

⁴⁶ La implantación de cláusulas sociales en la contratación pública implica a diversos agentes sociales: a las entidades sociales de inserción laboral, las entidades de economía social, las empresas privadas, y a la Administración, pero no sólo en el ámbito de su acción social, sino en otras áreas administrativas como las infraestructuras, el medioambiente y el desarrollo económico.

⁴⁷ El empleo es un factor clave en la conformación de la personalidad. De él depende, en muchos casos, la confianza y seguridad personal, elimina la dependencia económica, proporciona recursos profesionales y nos permite establecer vínculos sociales de derechos y deberes con la sociedad.

Esta nueva línea de actuación administrativa aporta una colaboración poco explorada entre la Administración y las entidades de economía social⁴⁸, y rompe la tradicional relación de dependencia que genera la actividad administrativa de fomento (ayudas públicas, subvenciones) de la que han subsistido hasta ahora buena parte de estas entidades de acción social⁴⁹. Se trata de que las intervenciones públicas asuman responsabilidades sociales con independencia del ámbito en el que se produzcan, propugnando de modo transversal⁵⁰ la consecución de objetivos sociales. El cambio de perspectiva que se vislumbra va a suponer la consecución de beneficios sociales a través de actuaciones administrativas no estrictamente sociales.

V. EVOLUCIÓN DE LOS ASPECTOS SOCIALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los aspectos sociales de la contratación pública no deben confundirse con la utilización por parte de la Administración del contrato público para lle-

⁴⁸ Cooperativas, mutuas, sociedades laborales, fundaciones, asociaciones de utilidad pública, centros especiales de empleo, empresas de inserción social. En el mundo empresarial el término “economía social” se empezó a utilizar a partir de los años setenta y es considerado como un tercer sector económico intermedio entre el sector público y el sector privado capitalista. El motivo que legitima la colaboración entre la Administración y las entidades de economía social es la confluencia de objetivos e intereses comunes: promoción e inserción laboral de colectivos en dificultad. Las entidades de economía social se ubican dentro del sector privado de las empresas, aunque poseen como característica principal el que la actividad económica-productiva que realizan se fundamenta en una serie de normas de organización específicas de solidaridad y participación entre sus miembros, sean productores, usuarios, o consumidores (Comisión de las Comunidades Europeas, 1989). Véase CANO LÓPEZ A., “El Derecho de la economía social: entre la Constitución y el mercado”, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, nº 18, 2007; BATALLER GRAU J., *Las entidades de economía social en un entorno globalizado*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

⁴⁹ Hasta ahora la vía tradicional de colaboración se ha venido estableciendo mediante programas subvencionados, conciertos o ayudas públicas específicas. La alternativa para abrir un mercado que garantice la subsistencia de las entidades de economía social, se sitúa ahora del lado de la firma de convenios de colaboración con la Administración y fundamentalmente a través de la contratación pública. Esta nueva vía supone una clara apuesta por reforzar el papel de las entidades de economía social como generadoras no sólo de empleo sino de capital social y desarrollo socio-económico sostenible.

⁵⁰ La transversalidad de las medidas que imponen las Leyes 51/2003 y 53/2003 supone la necesidad de mejorar las condiciones de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de su vida, mediante el establecimiento de medidas específicas que permitan una auténtica inserción social y laboral.

var a cabo las actividades sociales que tiene encomendadas (construcción de un hospital para discapacitados o supresión de barreras arquitectónicas)⁵¹, donde la prestación del contratista no tiene nada de social ni afecta a la estructura tradicional del contrato, que seguirá siendo un intercambio patrimonial con consideraciones puramente económicas. De lo que se trata es de utilizar la contratación como un instrumento de política social para conseguir, además de las prestaciones necesarias para la sociedad, otras finalidades específicas de tipo social.

Las directivas europeas sobre contratación pública de 1992 y 1993 no contemplaban expresamente la posibilidad de que los Estados miembros persiguieran objetivos sociales con motivo de la celebración de un contrato público⁵², lo que planteó ciertas dudas sobre su incorporación a la práctica contractual. Esta incertidumbre influyó para que la Comisión redactara una Comunicación interpretativa sobre contratos públicos en el año 1998⁵³.

Anterior en el tiempo fue el pronunciamiento del TJCE en la *Sentencia Benjies*, de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87) en la que el Tribunal afirma que una cláusula social introducida como criterio de admisión de las ofertas no será contraria al Derecho comunitario si no es discriminatoria y ha sido anunciada previamente en la convocatoria del contrato, a pesar de que las directivas, entonces en vigor, no recogían de forma expresa esta posibilidad. El Libro Verde sobre contratación pública en la Unión Europea de 1996, reconoció la posibilidad de los Estados de contemplar objetivos de política social en su contratación pública y el Comité Económico y Social de la Unión Euro-

⁵¹ Las cláusulas sociales incorporadas a los contratos públicos deben distinguirse de los contratos celebrados con finalidades sociales, como por ejemplo la ejecución de obra para un hospital, o de la utilización de criterios sociales en la definición del objeto del contrato, como la eliminación de barreras arquitectónicas en los nuevos edificios públicos.

⁵² Las únicas disposiciones que se referían expresamente a aspectos de carácter social figuraban en los artículos 23 de la Directiva 93/37/CEE, 28 de la Directiva 92/50/CEE, y 29 de la Directiva 93/38/CEE. Por otra parte, el artículo 9 de la Directiva 93/37/CEE contenía un procedimiento especial de adjudicación con vistas a la construcción de viviendas sociales. Hasta el año 2004, las directivas de contratación ni prohibían ni autorizaban expresamente a los Estados miembros la inclusión de objetivos sociales en su contratación pública, por lo que disfrutaban de cierta discrecionalidad, siempre que respetaran las disposiciones de las directivas, y los límites del Tratado.

⁵³ Comunicación de la Comisión sobre los contratos públicos en la Unión Europea de 11 de marzo de 1998, COM (98) 143.

pea indicó en 1999 que teniendo en cuenta las prioridades comunitarias, especialmente en materia social, las autoridades públicas adjudicadoras podrán integrar estas preocupaciones en los contratos públicos que celebren⁵⁴.

El Tratado de Ámsterdam de 1997 consagró la eliminación de las desigualdades y la promoción de la igualdad de oportunidades en todas las actividades de la Unión Europea como una de sus prioridades, estableciendo el artículo 13 la necesidad de combatir cualquier tipo de discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, de religión o convicciones, de discapacidad, edad o de orientación sexual. La Resolución del Consejo Europeo de 22 de febrero de 1999 sobre “Directrices de Empleo” reiteró que la Unión Europea prestará especial atención a las necesidades de las personas con minusvalías, las minorías étnicas y otros grupos de personas que puedan verse desfavorecidos, y elaborará medidas preventivas y activas que faciliten su integración en el mercado de trabajo. Un reflejo de este interés es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁵⁵. Por su parte, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, reafirmó el objetivo de la UE de integrar plenamente los derechos fundamentales en todas sus medidas⁵⁶. Y por último, el Tratado de Lisboa de 2007, enfatiza la lucha contra la exclusión social y la discriminación (artículos 2 y 5).

Un paso más supuso la aportación de la STJCE de 26 de septiembre de 2000, que admite la utilización de una cláusula social como criterio de valoración de las ofertas siempre que, como ya había adelantado la STJCE *Beentjes*, no sea discriminatoria y se anuncie previamente⁵⁷. Posteriormente, la Senten-

⁵⁴ Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre contratación pública de 29 de mayo de 1997.

⁵⁵ En ella se menciona en los considerandos y en el articulado a la discriminación por discapacidad como causa de incumplimiento del principio de igualdad. En el año 2003 (año internacional de la discapacidad) el Consejo Europeo aprobó la Resolución de 15 de julio sobre fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad (DO C 175/1, de 24 de julio de 2003).

⁵⁶ Véase la Comunicación de la Comisión de 18 de julio de 2001, *Promover las normas fundamentales de trabajo y mejorar la gobernanza social en el contexto de la mundialización*, COM (2001) 416.

⁵⁷ Asunto C-225/98, Comisión/Francia. Se trata de un recurso por incumplimiento relativo a una disposición francesa que permitía que en la adjudicación de los contratos se respetaran ade-

cia del TJCE de 17 de septiembre de 2002, acotó la admisión de criterios sociales al establecer que éstos deben estar relacionados con el objeto del contrato⁵⁸. Esta exigencia procede de la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 2001 sobre la posibilidad de integrar aspectos sociales en los contratos públicos, donde se especifica que no pueden tenerse en cuenta como criterios para la adjudicación del contrato (ni como requisitos de admisión ni de valoración de las ofertas), los factores que no afecten a su objeto, que es lo que sucede casi siempre con los criterios sociales⁵⁹.

La primera norma que en el ámbito contractual de la Unión Europea introduce y regula expresamente las cláusulas sociales es la Directiva 18/2004/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y servicios, que intenta solucionar el debate surgido entre la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2001 y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Comunidad. La Directiva permite reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, o reservar su ejecución, a talleres protegidos cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales (artículo 19)⁶⁰.

más de los criterios puramente económicos, uno adicional relativo al empleo. Es interesante destacar que esta sentencia es la primera que admite la cláusula social como criterio de selección, es decir, como un elemento integrante en la valoración de las ofertas.

⁵⁸ Esta Sentencia aceptó la cláusula social porque se trataba de un contrato de servicio de transporte urbano y consistía en favorecer a los licitadores que ofrecieran prestar el servicio con vehículos menos contaminantes, lo que tenía relación directa con el objeto contractual. Sobre los criterios de selección y de adjudicación pueden verse también la STJCE de 24 de enero de 2008, Asunto C-532/06, Consejo Municipal de Alexandroupolis, y la de 4 de diciembre de 2003, Asunto C-448/01.

⁵⁹ Argumenta la Comisión en la Comunicación Interpretativa de 2001 que las cláusulas sociales no relacionadas con el objeto del contrato no pueden convertirse en criterio de adjudicación por ser incompatible con el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. Por lo que deberían protegerse por otras vías, como es reservando la ejecución de ciertos contratos a los llamados "talleres protegidos" y utilizando las condiciones de ejecución que imponen al adjudicatario del contrato el respeto de las citadas cláusulas.

⁶⁰ Se pretende con ello dar cobertura a la creación de talleres especialmente adaptados para que puedan trabajar personas con discapacidad.

Sin embargo, su regulación no facilita a los Estados miembros la utilización de las prohibiciones para contratar como una forma adicional de control sobre el cumplimiento de las normas sociales, al configurar sólo como causa de exclusión de los procedimientos de adjudicación el incumplimiento de normas profesionales⁶¹. Tampoco permite incorporar cláusulas sociales como requisitos de capacidad técnica y profesional (criterios de admisión), en la medida que debe estar vinculada al objeto del contrato. En cuanto a los criterios de adjudicación⁶², no regulados en el articulado de la Directiva pero sí mencionados en el preámbulo, se establecen las siguientes consideraciones: a) deben estar vinculados al objeto del contrato; b) no otorgar una libertad de elección ilimitada al poder adjudicador; c) haber sido expresamente mencionados; y d) respetar los principios fundamentales enumerados en el considerando segundo de la Directiva⁶³.

En la fase de ejecución del contrato es donde admite la Directiva las consideraciones sociales, expresando con claridad el artículo 26 que los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en la ejecución del contrato siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Aquí no exige la Directiva que la cláusula social esté relacionada con el objeto del contrato. En consecuencia, la Directiva considera a los aspectos sociales de la contratación, no como un factor determinante para la elección de una determinada oferta, sino como una carga que se impone al adjudicatario en la fase de ejecución del contrato. La introducción de condiciones especiales de ejecución tiene va-

⁶¹ Sin embargo, el artículo 45 de la Directiva autoriza a los Estados miembros para que puedan utilizar las prohibiciones para contratar con la finalidad de reforzar el cumplimiento de las normas sociales.

⁶² Los criterios de adjudicación intentan premiar a los empresarios que voluntariamente hayan elegido colaborar con un determinado objetivo social, pero, si el adjudicatario del contrato no fuese ese empresario colaborador, este objetivo social no se verá atendido. En cambio, los criterios especiales de ejecución, deberán cumplirse en todo caso, sea quien sea el adjudicatario.

⁶³ Los criterios de adjudicación serán admisibles siempre que cumplan tres condiciones: a) que no sean discriminatorios directa o indirectamente; b) que se anuncien en el pliego de condiciones; c) y que estén relacionados con el objeto del contrato. Véanse los Informes de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa 36/01, de 9 de enero de 2002; 13/98, de 30 de junio de 1998; 44/98, de 16 de diciembre de 1998; y 33/99, de 30 de junio de 1999, y los dictámenes motivados de la Comisión Europea de 23 de diciembre de 1997 y de 10 de febrero de 2000 adoptados a través de un expediente de infracción seguido contra el Reino de España.

rias ventajas, una de ellas es que no altera la estructura jurídica y dogmática del contrato al ser adjudicado siempre a la oferta económica más ventajosa, otra, que suponen la aceptación por el contratista de verdaderas obligaciones jurídicas y no compromisos voluntaristas.

De todo lo expuesto podemos concluir que en el ámbito comunitario la incorporación de cláusulas sociales en los contratos públicos ha de ser considerada como una condición especial de ejecución del contrato que deberá observar la empresa adjudicataria de forma obligatoria. Las cláusulas sociales no pueden ser consideradas ni como un elemento definidor de la capacidad de las empresas ni como un criterio de adjudicación contractual

Hasta la aprobación de la LCSP existían pocas cláusulas sociales en nuestro ordenamiento jurídico en general y en particular en la legislación contractual pública⁶⁴. Un ejemplo lo encontramos en la obligación de contratar a personas con discapacidad en un número no inferior al dos por ciento de la plantilla para las empresas con más de cincuenta trabajadores (Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, LISMI)⁶⁵. Desgraciadamente el incumplimiento de esta obligación llevó a la aprobación el 3 de octubre de 1997 por el Consejo de Ministros de un “plan específico a favor del empleo de las personas con discapacidad”, que en su desarrollo posibilitó una nueva redacción del artículo 38.1 de la LISMI⁶⁶, introduciendo la posibilidad de que, excepcionalmente, los empresarios obligados al cumplimiento de la

⁶⁴ Debido al principio de primacía del Derecho comunitario, el Derecho español no podía otorgar a los aspectos sociales de la contratación un valor incompatible con el Derecho comunitario. Ahora bien, el Derecho español sí ha podido imponer límites y restricciones adicionales en función de los criterios que el Derecho comunitario no tiene en cuenta, como el principio de legalidad, la interdicción de la arbitrariedad, la objetividad, la formalización de procedimientos, o la distribución de competencias entre Administraciones.

⁶⁵ Establece el artículo 38.1 de la LISMI que “las empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al dos por ciento de la plantilla”.

⁶⁶ Se firmó un Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Comité Español de Representantes de Minusválidos, y a través de este acuerdo y de la disposición adicional 39ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre y de la disposición adicional 11ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se modificó la redacción el artículo 38.1 de la LISMI, posibilitando el cumplimiento alternativo de la obligación de reserva para trabajadores discapacitados.

referida cuota de reserva, pudieran hacer frente total o parcialmente a dicha obligación, siempre y cuando se apliquen las medidas alternativas que introduce el Real Decreto 27/2000, de 14 de enero.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) también estableció una cláusula de desempate en la disposición adicional octava⁶⁷ con poca virtualidad y utilidad práctica, al operar sólo en los casos de empate de dos ofertas igualadas, lo que dificultaba su aplicación al adjudicarse el contrato mediante concurso⁶⁸. Del análisis de su redacción podía interpretarse que, o bien se trataba de un desempate para cuando las puntuaciones fuesen idénticas, o bien podía pensarse que se trataba de una verdadera preferencia. Esta preferencia o desempate en la adjudicación en iguales condiciones se podía utilizar también a favor de las proposiciones presentadas por las entidades sin ánimo de lucro para los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial.

En la legislación autonómica también podíamos encontrar algún ejemplo más de incorporación al contrato de cláusulas sociales, como la contemplada en la Ley Foral Navarra 10/1998, de 16 de junio⁶⁹, que estableció la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporaran

⁶⁷ Real Decreto Legislativo 2/2000, de 12 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Su disposición adicional octava establecía que “los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”.

⁶⁸ Con la preferencia en la adjudicación de los contratos a favor de las empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tuvieran en su plantilla un número de trabajadores discapacitados no inferior al 2%, se trataba de valorar preferentemente a las empresas que acreditaban en su plantilla el cumplimiento de la LISMI, una vez demostrada su solvencia técnica, siempre que dichas proposiciones fueran iguales en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que servían de base a la adjudicación. Del mismo modo, se establecía preferencia para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, siempre que su actividad o finalidad tuviera relación directa con el objeto del contrato.

⁶⁹ Ley derogada por la Ley Foral Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

entre los criterios de adjudicación el de la situación laboral de las empresas⁷⁰, y que en los contratos de gestión de servicios públicos se incorporara como un criterio de valoración que la plantilla de las empresas estuviera compuesta por más de un 3% de personas con discapacidad. El Decreto de la Comunidad de Madrid 213/1998, de 17 de diciembre, priorizó la adjudicación de los contratos a las empresas que optaran por la estabilidad en el empleo estableciendo una puntuación equivalente al 20% del total del baremo⁷¹. Esta medida fue objeto de análisis minucioso por la Comisión Europea, por posible vulneración de la normativa comunitaria en materia de contratación pública. La Comisión manifestó su negativa a admitir los criterios de adjudicación introducidos en la normativa de la Comunidad de Madrid⁷², remitiendo una carta de emplazamiento al Gobierno español de fecha 12 de abril de 2000, y el conflicto se resolvió con la aprobación del Decreto 218/2005, de 15 de diciembre, que deroga parcialmente determinadas medidas en la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid para apoyar la estabilidad y calidad en el empleo.

⁷⁰ “Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general, entre los criterios de adjudicación el de la situación laboral de las empresas, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas, que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número de eventuales no superior al 10 por 100” (artículo 62.7 de la Ley Foral 19/1998). El apartado 8º de este mismo precepto y para los contratos de gestión de servicios públicos, especificaba la integración laboral de las personas con discapacidades, de forma que se valorara positivamente a aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia tengan en su plantilla un número superior al 3 por 100 de personas con gran disminución física, sorderas profundas y severas, disminución psíquica o enfermedad mental.

⁷¹ Se trata de un criterio de valoración de las ofertas de los contratistas que pretende luchar contra la precariedad en el empleo. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de Madrid de 30 de mayo de 2003, declaró válida esta cláusula argumentando que, aplicándose con carácter general, supone dar estabilidad al empleo y contribuye a la calidad de la ejecución del contrato, y por tanto, está relacionada con el objeto del mismo. En cambio, la Comisión europea abrió un procedimiento por incumplimiento de la normativa comunitaria contra España por este tema.

⁷² El 4 de febrero de 2000 la Comisión responde a una pregunta que se le formuló sobre el Decreto 213/1998, de la Comunidad de Madrid, manifestando que “teniendo en cuenta el actual ordenamiento jurídico, es difícil admitir criterios de adjudicación relacionados con la estructura de la empresa en lugar de la calidad de las ofertas” (DOUE 8 de agosto de 2000, serie C225 E). Véanse sobre este tema el Dictamen Motivado de la Comisión Europea de 8 de febrero de 2002, y el dictamen complementario de 19 de febrero de 2003.

Por su parte, el artículo 115 de la Ley de La Comunidad Autónoma de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre, sobre medidas fiscales y administrativas, impone a los órganos de contratación de esta Comunidad la obligación de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una cláusula de preferencia a favor de las empresas que contraten discapacitados, en caso de empates de las ofertas y en las condiciones que en el citado artículo se indican⁷³. El Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía 2/2005, de 31 de mayo, manifiesta que este precepto a parte de no contribuir directamente a determinar la oferta económicamente más ventajosa, es discriminatorio con respecto a los licitadores que no tienen centros de trabajo radicados en Andalucía, así como con aquellas empresas que por disposición legal opten potestativamente por las medidas alternativas que incluye el actual artículo 38 de la LISMI.

Por último, la vigente Ley Foral Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, contempla en su artículo 9 la posibilidad de que las entidades sometidas a su ámbito de aplicación puedan reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a talleres protegidos o reservar su ejecución a determinadas empresas en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Así mismo, el artículo 49 establece una serie de requerimientos de carácter social en la ejecución del contrato⁷⁴.

⁷³ Establece el artículo 115 de la Ley andaluza 18/2003, que “los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus organismos autónomos incluirán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica, justifiquen tener en la plantilla de sus centros de trabajo radicados en Andalucía un número no inferior al 2% de trabajadores con discapacidad, por tener un grado de minusvalía igual o superior al 33%, siempre que las proposiciones presentadas igualen en sus términos a las más ventajosas desde un punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”.

⁷⁴ Señala el artículo 49 que los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir requerimientos pormenorizados de carácter social sobre el modo de ejecutar el contrato, tales como... “la obligación de contratar para la ejecución del contrato a un número de personas discapacitadas superior al legalmente establecido”.

VI. LA DISCAPACIDAD EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Como especifica la exposición de motivos de la LCSP la nueva regulación contractual trae causa de la Directiva 2004/18/CE, que es la primera norma a nivel europeo en incorporar objetivos sociales a la contratación pública⁷⁵. Y lo hace configurando estos objetivos sociales como condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 102) o como criterios de valoración de las ofertas (artículo 134), siempre que estén vinculados al objeto del contrato.

1. Aspectos generales de la LCSP que pueden incidir en las personas discapacitadas

La LCSP amplía el ámbito subjetivo de aplicación que pasa a abarcar a todo el sector público⁷⁶, aunque sus niveles de aplicación serán distintos según se trate de contratos celebrados por Administraciones Públicas⁷⁷, por poderes adjudicadores⁷⁸ o por otros entes, organismos y entidades del sector públi-

⁷⁵ Especifica la Exposición de Motivos en el apartado I que la LCSP encuentra el impulso primordial para su elaboración en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 18/2004/CE, que refunde los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios e introduce trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos.

⁷⁶ No obstante, una vez que te adentras en el contenido de su articulado compruebas las numerosas exclusiones de su ámbito de aplicación. Especifica la LCSP que será de plena aplicación para los contratos celebrados por las Administraciones públicas (artículos 3.2 y 19 LCSP); de aplicación parcial para los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (artículos 3.3 y 174 y 175 LCSP), y de aplicación mínima (solo principios que no normas) para los contratos celebrados por las demás entidades u organismos del sector público (artículo 176). Excluye de forma expresa de la consideración de Administración pública a las entidades públicas empresariales estatales y organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas. También a las agencias y a cualesquiera entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones públicas que su actividad principal consista en la producción de bienes y servicios en régimen de mercado, o que se financien mayoritariamente con ingresos, cualesquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios (artículo 3.2 LCSP).

⁷⁷ Considerados legalmente como contratos administrativos y sujetos íntegramente al ámbito de aplicación de la LCSP (artículos 3.2 y 19 LCSP).

⁷⁸ El artículo 3.3 de la LCSP considera poder adjudicador a las Administraciones públicas y a todos los demás entes, organismos o entidades que hayan sido creados específicamente para sa-

co⁷⁹. Por ello, algunas de sus disposiciones serán de aplicación para todos los contratos del sector público⁸⁰ incluyendo como tal a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, las fundaciones de interés público, las sociedades mercantiles mayoritariamente participadas por el sector público, a las personas físicas o jurídicas privadas que celebren contratos subvencionados mayoritariamente por entidades del sector público, así como los contratos de obras celebrados por los concesionarios de obras públicas⁸¹.

tisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que estén mayoritariamente financiados, controlados y organizados por uno o varios sujetos que deben considerarse poder adjudicador. Sus contratos sólo estarán sujetos a la LCSP en las dos primeras fases: actos preparatorios o formación de la voluntad contractual y adjudicación. ¿Se ajusta la LCSP al concepto de “organismo de derecho público” establecido en el artículo 1.9, párrafo segundo de la Directiva 2004/18/CE? Del examen detenido del artículo 3 de la LCSP podemos concluir que de nuevo la LCSP aminora las exigencias del Derecho Comunitario, al excluir de la consideración de poder adjudicador a ciertos organismos y entidades públicas que, conforme a la Directiva y a la doctrina jurisprudencial europea, deberían merecer esa consideración. Por lo que será más que probable una nueva condena a España por incumplimiento del Derecho comunitario. No olvidemos que la reducción de garantías en las licitaciones para las entidades excluidas perjudicará también a los empresarios nacionales.

⁷⁹ La incidencia de la LCSP en los contratos celebrados por los demás entes del sector público, que no son considerados Administración pública ni poder adjudicador, a los que califica como contratos privados, (artículo 20 LCSP), es mínima. Sólo están sujetos a la aplicación de los principios fundamentales de la contratación pública (publicidad, concurrencia, igualdad, no discriminación), y a la exigencia de elaboración de unas instrucciones internas que hagan efectivos los mencionados principios (artículo 176 LCSP).

⁸⁰ Véanse los artículos 22 a 82 de la LCSP. Con la denominación de disposiciones generales sobre la contratación del sector público la LCSP introduce una regulación de aplicación para todos los contratos celebrados por el sector público (artículo 3.1 LCSP).

⁸¹ Señala el artículo 2.2 LCSP que están sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 17, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 250. Por su parte, el artículo 17 especifica que son contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada, los que de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe estén subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías incluidas en los apartados a y b del artículo 17.1 LCSP. Para que los contratos de obras celebrados por los concesionarios de obra pública estén sujetos al artículo 250 de la LCSP su presupuesto tiene que sobrepasar la cuantía de 5.150.000 euros.

Para éstos últimos la LCSP impone determinadas obligaciones que inciden en la garantía y protección de los derechos de los discapacitados, como la conservación de la obra de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia disponga la normativa sobre accesibilidad y eliminación de barreras. Se trata de la introducción en el contrato de la denominada “cláusula de progreso” que se encuentra circunscrita a lo que disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios a lo largo del periodo de vigencia de la concesión de obra pública⁸². Este deber del concesionario se halla delimitado por el mantenimiento de la obra pública, por lo que los costes que genere su cumplimiento correrán de su cuenta a lo largo del periodo de ejecución del contrato⁸³. Los avances científicos y técnicos que se produzcan y sean plasmados en normas jurídicas⁸⁴, así como los costes que puedan generarse, siempre

⁸² Frente a la denominada “cláusula técnica” frecuentemente utilizada en las autorizaciones administrativas que exige la adaptación de la actividad autorizada al estado de la técnica en cada momento, a la mejor tecnología disponible durante el periodo de tiempo en que se haga uso de la autorización. Como señala QUINTANA LÓPEZ la “cláusula técnica” expresa la incapacidad del ordenamiento jurídico para incorporar los avances científicos y técnicos mediante su transformación en norma jurídicas, pero a la vez manifiesta su clara voluntad de no dejar fuera del progreso científico y técnico a las actividades que se están desarrollando conforme a autorizaciones otorgadas por la Administración con anterioridad. A través de la “cláusula técnica” lo que vincula a la actividad autorizada no son unos específicos parámetros previstos en disposiciones normativas, sino la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, expresado en el estado de la técnica en cada momento, en la mejor tecnología disponible (“Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *REDA* nº 131, 2006, págs. 428 y 429).

⁸³ Por tanto, el cumplimiento de la cláusula de progreso podrá dar lugar a compensaciones económicas a favor del concesionario si se produce una alteración sustancial del equilibrio económico financiero de la concesión. Mientras no quiebre ese equilibrio económico, el contratista deberá soportar, como parte del *aleas* empresarial, el eventual detrimento patrimonial que le pueda ocasionar el cumplimiento de la cláusula de progreso.

⁸⁴ La incidencia de las innovaciones técnicas o científicas no plasmadas todavía en normas jurídicas, ni introducidas *ex contractu*, pueden ser exigidas por la Administración concedente a través de su prerrogativa de modificación unilateral del contrato. La Administración podrá modificar el contrato por el interés público que supone la incorporación al mismo de los avances que ofrezca la ciencia. El *ius variandi* en el contrato de concesión de obra pública tiene una doble dimensión: modificación de la obra en construcción y modificación de la obra terminada –su explotación–. Por ello, sea en forma de modificación de la obra o de las condiciones de su explotación, el progreso científico y técnico puede afectar a las obligaciones del concesionario cuando así lo acuerde unilateralmente la Administración. Ahora bien, ejercida la prerrogativa de modificación unilateral del contrato, si ello altera el equilibrio económico de la concesión, procederá el

dentro de los límites del mantenimiento de la obra pública, formarán parte del riesgo y ventura que, como empresario, debe soportar el concesionario. Más allá de los costes de mantenimiento aunque no ajenos a las exigencias de la cláusula de progreso, deberían serle compensados de una u otra forma⁸⁵.

La LCSP introduce también un nuevo contrato administrativo que puede abrir nuevos cauces para el sector de la discapacidad, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 11 LCSP), que podrá celebrarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de una cierta indeterminación inicial y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el contratista, mientras que el precio a pagar por la Administración dependerá de la forma de utilización de los bienes y servicios objeto del contrato.

En aplicación del principio de transparencia en la contratación, el artículo 103 LCSP recomienda al órgano de contratación que señale en el pliego los organismos donde los licitadores o candidatos puedan obtener información sobre sus obligaciones fiscales, medioambientales, de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales. En el caso de que esa información sea facilitada por el órgano de contratación, solicitará

reestablecimiento del mismo (artículos 233 y 241 LCSP). Vid., MARTÍN REBOLLO L., "Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)", en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, Madrid, 2004.

⁸⁵ Es seguro que durante la concesión pueden surgir otras obligaciones fruto del progreso científico o técnico impuestas por normas medioambientales, de accesibilidad, eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios, que vayan más allá del mantenimiento de la obra pública y generen costes ajenos a las previsiones de las partes en el momento de celebrar el contrato. En la medida que estas obligaciones afecten al equilibrio económico del contrato deberán ser reconducidos a las técnicas previstas para el mantenimiento y respeto de ese equilibrio, en particular, al *factum principis* y a la teoría del riesgo imprevisible. Véanse MARTÍN HUERTAS P., "Régimen económico financiero de la concesión y equilibrio económico del contrato", en *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública*, obra colectiva dirigida por MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Madrid, 2003, pág. 229; FERNÁNDEZ ASTUDILLO J.M., *Contratación administrativa*, Barcelona, 2003, págs. 762 y 763; GÓMEZ-FERRER RINCÓN R., "El régimen económico del contrato de concesión de obra pública", en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva dirigida por GÓMEZ-FERRER MORANT, Madrid, 2004, pág. 1280; MESTRE DELGADO J.F., "Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular la concesión", en *Tratado de Derecho Municipal II*, Madrid, 2003, págs. 1498 y 1499; ARIÑO ORTIZ G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pág. 269.

a los candidatos o licitadores que manifiesten expresamente en sus ofertas haber tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección de empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales⁸⁶. Por su parte, el artículo 104 LCSP establece la obligación del órgano de contratación de facilitar a los licitadores, en el pliego o en la documentación complementaria, la información sobre el alcance de la obligación de subrogarse el contratista en determinadas relaciones laborales y las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación; lo que permitirá al licitador evaluar los costes laborales que implique tal medida⁸⁷.

Por último, la disposición adicional decimonovena LCSP establece la prohibición de discriminación en el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos regulados en la Ley⁸⁸.

2. Aspectos específicos de la LCSP que inciden directamente en el sector de los discapacitados

Son varios los preceptos de la LCSP que afectan directamente a la integración social y laboral de las personas con discapacidad. En lugar de seguir

⁸⁶ Atendiendo a la propia redacción del artículo 103 LCSP, la inclusión de la información en el pliego es una facultad del órgano de contratación, sin olvidar que cualquier Estado miembro, por imperativo del artículo 27 de la Directiva 2004/18/CE, puede obligar a incluir dicha información en los pliegos, lo que supondría la necesidad de una rectificación o modificación de los mismos, pues la información es la que permite exigir al licitador la manifestación expresa en su proposición de haber tenido en cuenta en sus ofertas las obligaciones mencionadas.

⁸⁷ A requerimiento del órgano de contratación, la empresa que venga efectuando la prestación objeto del contrato, vendrá obligada a facilitar la información precisa respecto a los contratos y trabajadores afectados.

⁸⁸ La información y las especificaciones técnicas necesarias para la presentación electrónica de las ofertas y solicitudes de participación deberán estar a disposición de todas las partes interesadas, no ser discriminatorios y ser conformes con estándares abiertos, de uso general y amplia implantación. Estos programas y aplicaciones deberán ser de amplio uso, fácil acceso y no discriminatorios, o deberán ponerse a disposición de los interesados por el órgano de contratación. Véase el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y los medios de comunicación social. También la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información.

un orden cronológico de estos artículos, agruparemos su tratamiento por conexión, referencia y relación entre ellos.

-Artículo 49 LCSP: Prohibiciones para contratar.

El artículo 49.1 LCSP establece que no podrán contratar con “el sector público” las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

...c) “Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de...integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad⁸⁹ o por infracciones muy graves en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto...”

Con esta prohibición se trata de verificar que todo licitador cumple con lo dispuesto en la legislación social española en materia de integración de personas con discapacidad, es decir, que la plantilla de la empresa contratista debe incluir entre sus trabajadores al menos un 2% de personas con discapacidad, siempre y cuando el contratista esté sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 38.1 de la LISMI⁹⁰. Estamos ante una obligación de carácter ge-

⁸⁹ El derogado artículo 20 apartado d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), dirigía la prohibición para contratar para aquellas personas que hubieran sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos (terminología empleada por la Ley 13/82, LISMI). El actual artículo 49.1 apartado c) adapta la terminología a la empleada en la Ley 51/2003, LIONDAD.

⁹⁰ “Las empresas públicas y privadas que empleen un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa...De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma total o parcial, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83, número 2 y 3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre en ambos supuestos que se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente” (artículo 38.1 de la LISMI).

neral que deben observar las empresas que se encuentren dentro del marco de exigencia definido en la LISMI. No obstante, esta obligación puede exonerarse de acuerdo con el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores. De no existir estos acuerdos, el empresario también podrá voluntariamente, y cuando concurren situaciones de excepcionalidad⁹¹, eludir la obligación mediante la aplicación de alguna de las medidas alternativas⁹².

Ahora bien, el mero incumplimiento de esta obligación ni es causa de prohibición para contratar ni puede ser impositiva de la adjudicación de un contrato⁹³, ya que se trata de un deber ajeno a la propia contratación pública,

⁹¹ Se entenderá que concurre la nota de excepcionalidad: a) cuando los servicios públicos competentes de empleo no hayan podido atender la petición de empleo del empresario; b) cuando la empresa acredite la existencia de razones o cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico, que impliquen una dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la empresa. La declaración de excepcionalidad deberá solicitarse a los servicios públicos de empleo competentes, aportando las pruebas correspondientes, y deberán resolver sobre la excepcionalidad en el plazo de dos meses contados desde la fecha de presentación de la solicitud, transcurrido el cual sin que se dicte resolución, se entenderá concedida por silencio administrativo (artículo 1 del Real Decreto 364/2005).

⁹² Declarada la excepcionalidad, que tendrá una validez de tres años, las medidas alternativas que las empresas podrán aplicar para cumplir con la reserva de empleo a las personas con discapacidad son las siguientes: a) celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad para el suministro de bienes necesarios para el normal desarrollo de la empresa, o para la prestación de servicios ajenos y accesorios de la actividad normal de la empresa; b) realización de donaciones y de acciones de patrocinio de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de personas con discapacidad, siempre que la entidad beneficiaria sea una fundación o asociación de utilidad pública, cuyo objeto se encuentre relacionado con la inserción o formación de personas con discapacidad; c) constituir un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo (artículo 2 del Real Decreto 364/2005).

⁹³ El Dictamen del Consejo de Estado 830/1995, de 13 de julio, distingue los supuestos de prohibición de contratar de las causas de incapacidad para contratar, señalando que la diferencia entre ambos conceptos se basa en que la prohibición atiende a unos determinados valores e intereses jurídicos cuya protección se hace efectiva mediante la privación de efectos jurídicos al actuar contrario a los mismos. La incapacidad exige la definición de supuestos de inhabilidad para realizar determinados negocios jurídicos en razón de la falta de concurrencia de los requisitos mínimos que permitan discernir la existencia de un consentimiento libre y no viciado de quien tiene reconocida su capacidad jurídica general por el ordenamiento jurídico.

cuyos efectos discurren en el marco específico de la LISMI y normas complementarias, sin perjuicio de determinadas preferencias en la contratación pública, en igualdad de condiciones de la oferta, respecto a otros licitadores. El incumplimiento de esta obligación legal puede llevar aparejado, en su caso, un expediente sancionador por infracción de la legislación laboral o social, pero nunca incoar dicho procedimiento en el propio marco contractual para determinar posibles responsabilidades, o para no adjudicar el contrato por el incumplimiento de la referida obligación sin que exista previamente una sanción firme por tal causa. El incumplimiento de este deber de colocación de un porcentaje de discapacitados, ha de ser sancionado en el marco del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre infracciones y sanciones del orden social⁹⁴. Lo que nos permite afirmar que para que el incumplimiento de la obligación de emplear al 2% de trabajadores con discapacidad afecte a la contratación pública, es preciso el previo expediente sancionador al efecto, y la imposición de una sanción firme por infracción grave en materia de integración laboral⁹⁵. Cualquier otra actuación sancionadora por incumplimiento de la LISMI, fundamentada en norma sin rango de Ley, sería inconstitucional y las sanciones impuestas nulas de pleno derecho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 30/1992.

No es al órgano de contratación a quien compete sancionar el incumplimiento de la mencionada obligación, el alcance de su actuación ha de limitarse a dar o no preferencia en la adjudicación en igualdad de condiciones a las ofertas de empresas que acrediten la colocación de trabajadores con discapacidad en el porcentaje superior al 2%, siempre que, además, así se consigne en los pliegos. El incumplimiento de la obligación social o la falta de acre-

⁹⁴ El artículo 15 del citado Real Decreto Legislativo considera como infracción grave el incumplimiento en materia de integración laboral de minusválidos de la obligación legal de reserva de puestos de trabajo, o de la aplicación de sus medidas alternativas de carácter excepcional. Esta norma constituye legislación básica para todas las Administraciones públicas al amparo del artículo 149.1.1º CE. Por tanto, cuando los órganos competentes para imponer la sanción se encuentren encuadrados en las Comunidades Autónomas, han de seguir necesariamente el procedimiento sancionador común previsto en el capítulo VIII del Real Decreto Legislativo 5/2000, y en lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, sobre la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

⁹⁵ Respecto a la firmeza de la sanción, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha señalado que la firmeza de los correctivos ha de entenderse referida a la vía jurisdiccional, sin que pueda apreciarse la prohibición cuando la sanción impuesta esté pendiente de recurso en dicha vía (Informe 17/2002, de 18 de abril).

ditación por parte de los licitadores del cumplimiento de la misma, ni siquiera permitirá al órgano de contratación retener la devolución de la garantía, que el artículo 90 de la LCSP sólo condiciona al vencimiento de su plazo y al incumplimiento del contrato. Sólo la sanción con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral de las personas con discapacidad, constituye la prohibición para contratar con el sector público. Para ello será preciso un perfecto funcionamiento de la inspección competente para exigir el cumplimiento de la legislación en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Por ello, las organizaciones representativas de los intereses de los discapacitados⁹⁶ propusieron durante la tramitación parlamentaria de la LCSP que se incluyera como un criterio de exclusión cualitativo del contratista “no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de reserva de puestos de trabajo a las personas con discapacidad, o de las medidas alternativas contempladas con carácter excepcional”. De esta forma la nueva obligación específica se uniría en el mismo precepto (artículo 49.1 apartado d) a las contempladas ya para el ámbito tributario y de la Seguridad Social, y no haría necesaria la sanción firme de este incumplimiento como se exige ahora.⁹⁷ La imposición de esta nueva prohibición sería la única manera de que se respetara la reserva de puestos de trabajo para las personas con discapacidad, no quedando en una mera declaración de intenciones sin efectivo cumplimiento práctico, como hasta este momento viene aconteciendo.

Además de las prohibiciones para contratar con el “sector público” contempladas en el apartado 1º del artículo 49 LCSP, el apartado 2º letra d) de este mismo precepto prevé determinadas circunstancias que impedirán a los em-

⁹⁶ Véanse los informes elaborados por el Comité Español de Representante de Personas con Discapacidad (CERMI) durante la elaboración de la Directiva 2004/18/CE y de la LCSP. www.cer-mi.org

⁹⁷ El cumplimiento de esta obligación podría acreditarse mediante la presentación ante el órgano de contratación de una certificación expedida por el órgano administrativo competente. El desarrollo y precisión de esta acreditación debería establecerse por vía reglamentaria como actualmente recogen los artículos 13 y siguientes del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para las obligaciones fiscales y de la Seguridad Social.

presarios contratar con las “Administraciones Públicas”⁹⁸. Entre ellas, haber incumplido las condiciones especiales de ejecución del contrato establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 102, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de conformidad con las disposiciones de desarrollo de la LCSP, y concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario⁹⁹. Por su parte, el apartado 3º del artículo 49 LCSP dispone de forma expresa que las prohibiciones para contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas¹⁰⁰.

-Disposición adicional sexta LCSP: Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro

La disposición adicional sexta de la LCSP, norma básica de obligado cumplimiento para todas las Administraciones públicas, recoge la posibilidad de que los órganos de contratación señalen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos a las empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, siempre

⁹⁸ No debemos olvidar que las circunstancias previstas en el artículo 49.2 de la LCSP sólo podrán ser alegadas si el contrato se celebra por una Administración pública de acuerdo con la consideración legal del artículo 3.2 LCSP. Es decir, sólo tendrán efecto en los contratos administrativos (artículo 19 LCSP), al encontrarnos en la fase de ejecución contractual. Sin embargo, las prohibiciones para contratar (artículo 49.1 LCSP) podrán ser alegadas frente a cualquier contrato del sector público (artículo 3.1 LCSP).

⁹⁹ La LCSP remite a las disposiciones reglamentarias oportunas la regulación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar. En tanto no se apruebe un reglamento de desarrollo, resulta aplicable el Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, que no ha sido derogado por la LCSP. Ahora bien, la formulación establecida en el artículo 49.2 apartado e) debe ser interpretada y aplicada de conformidad con los criterios generales. Y estos indican que una norma prohibitiva además de estar necesariamente contemplada en una norma con rango de ley, debe ser interpretada restrictivamente y de forma proporcional y ajustada a la finalidad perseguida (Dictamen del Consejo de Estado 850/1995, de 13 de julio).

¹⁰⁰ Esta disposición ha sido incluida de nuevo en la LCSP, no venía regulada en la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

que dichas proposiciones igualem a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos de adjudicación, lo que excluye dar preferencia a estas empresas sobre cualquier otra, por el hecho exclusivo de contar con dicho porcentaje de discapacitados, o lo que es igual, no tomar en consideración las ofertas que no acrediten el cumplimiento de dicha obligación¹⁰¹. En el supuesto de que varias empresas licitadoras empaten en la valoración de la proposición más ventajosa y las dos cumplan con la exigencia de tener en su plantilla un porcentaje superior al 2% de discapacitados, tendrá preferencia en la adjudicación el licitador que disponga de mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla¹⁰².

Esta previsión supone una habilitación a los órganos de contratación para que puedan señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación para las proposiciones presentadas por empresas que cuenten en su plantilla con un determinado porcentaje de trabajadores discapacitados. Esto significa, de un lado, que todos los empresarios han de conocer, antes de formular sus proposiciones, que pueden quedar postergadas si licita alguno de los sujetos beneficiarios (empresas con trabajadores discapacitados, entidades sin ánimo de lucro, y organizaciones de comercio justo), y, de otro, que la entidad contratante va a quedar vinculada a la aplicación de la preferencia cuando concurren los colectivos mencionados y se cumplan los requisitos exigidos¹⁰³. La decisión de utilización o no de la pre-

¹⁰¹ El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 1/05, de 11 de marzo de 2005, recuerda que la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por empresas con trabajadores con discapacidad, requiere necesariamente que las proposiciones igualem en sus términos a la más ventajosa desde los criterios objetivos que sirven de base a la licitación, sin que por otro lado, puedan tenerse en mayor consideración a la empresa que, superado el porcentaje, tenga mayor número de trabajadores discapacitados. Añadiendo que dado que el precepto habla de preferencia con criterios distintos a los objetivos que sirven de base para la adjudicación, ha de ser objeto de una interpretación estricta y ajustada a sus términos literales.

¹⁰² Esta previsión ya estaba incorporada en el TRLCAP (párrafo 1º de la disposición adicional 8ª) y contaba con el mismo carácter potestativo, sin embargo, una diferencia de matiz debe ser resaltada, ahora se hace referencia a un porcentaje “superior” al 2%, y antes se utilizaba la expresión “no inferior” al 2%.

¹⁰³ Es decir, no existe un derecho subjetivo de los sujetos cualificados a la utilización por la entidad contratante de esta preferencia en la adjudicación, pero si ésta se acuerda y, por tanto, se incluye en el pliego de condiciones, sí surge la obligación de su aplicación y la facultad de exigirla por parte de los colectivos beneficiarios.

ferencia en la adjudicación resulta así una potestad discrecional, que el ordenamiento jurídico atribuye al órgano de contratación para que la incluya o no en el pliego de condiciones particulares¹⁰⁴.

La preferencia incluida en el pliego de cláusulas administrativas particulares producirá efecto siempre que existan varias propuestas iguales, desde el punto de vista de los criterios objetivos para adjudicar el contrato, y dentro de las propuestas iguales de diferentes licitadores que tienen discapacitados en su plantilla en número superior al 2%. Por ello, el empleo de trabajadores discapacitados no constituye un criterio objetivo de adjudicación, ni debe, por tanto, formar parte de la ponderación de éstos, sino que deberá utilizarse exclusivamente como factor dirimente ante un posible empate, lo que obliga a entender el alcance de la disposición adicional sexta en el sentido de que la preferencia en la adjudicación sólo operará en el caso de igualdad en la valoración de los criterios objetivos de las proposiciones de dos o más empresas, cuando una de ellas cuente con trabajadores discapacitados¹⁰⁵.

Por tanto, la valoración de la mayor o menor ventaja de las proposiciones presentadas se ha de hacer atendiendo a las reglas objetivas de selección de contratistas, que serán las que resulten aplicables a cada contrato concreto, en función del sujeto, de la cuantía, procedimiento y criterios de adjudicación determinados en los pliegos de condiciones particulares del vínculo contractual en cuestión. Ya que la preferencia analizada no es en modo alguno un criterio de adjudicación del contrato, sino que los parámetros de adjudicación deben ser objetivos, lo cual implica que no deben ser discriminatorios y deben valorar el objeto no el sujeto, tomado en consideración.

¹⁰⁴ La omisión en el pliego de condiciones particulares de la preferencia en la adjudicación del contrato a favor de los licitadores mencionados en la disposición adicional sexta de la LCSP impide la aplicación de la misma aun cuando concurran todos los demás requisitos previstos en la norma.

¹⁰⁵ El carácter imperativo de la expresión que utiliza la disposición adicional sexta "que tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%", está contemplando solo el supuesto de que la empresa cuente en su plantilla con trabajadores discapacitados, como única circunstancia que vincularía al órgano de contratación a aplicar el trato preferente en la adjudicación de los contratos. Las medidas alternativas de integración social no podrán ser consideradas como circunstancias sustitutivas de la efectiva contratación de trabajadores discapacitados fijos.

Las empresas beneficiarias de la preferencia pueden ser tanto públicas como privadas. Las empresas privadas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten (empresario individual, sociedad, fundación, asociación), no plantean problema alguno y quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la disposición adicional 6ª LCSP. En cuanto a las empresas públicas, han de revestir forma jurídico-privada y deberán estar sometidas sin excepción alguna a las mismas reglas de competencia que operan en el mercado, de modo que el adjetivo de “públicas” indica tan sólo que se refiere a una manifestación más de la iniciativa pública en la economía con el fin de satisfacer intereses generales. En tal concepto se pueden entender incluidas tanto las entidades públicas empresariales y organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, como las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones de iniciativa pública. Por el contrario, cuando se trate de Administraciones públicas, habrá que atender a lo previsto en el artículo 51.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, el cual establece una cuota de reserva mínima no inferior al 5% de las vacantes a favor de los discapacitados, de modo que progresivamente alcancen el 2% de los efectivos totales al servicio de la Administración¹⁰⁶.

A pesar de todo ello, el alcance de la preferencia es bastante limitado. Primero, porque la expresión “podrán” demuestra el carácter potestativo de su inclusión en los pliegos. Segundo, porque la prioridad que se establece lo es para el supuesto de proposiciones iguales desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, lo que reduce bastante su marco de aplicación. Y tercero, porque la estimación de la preferencia no requerirá una previa declaración responsable de las empresas, sino que al tener que venir necesariamente recogida en los pliegos de condiciones particulares y referida al momento de acreditar la solvencia técnica, serán las propias empresas las que tengan que demostrar, no simplemente declarar, que cumplen el requisito exigido, por lo que la que no realice tal acreditación quedará excluida de la adjudicación preferente en caso de igualar a las demás ofertas ventajosas y cuente con un elevado porcentaje de mano de obra discapacitada¹⁰⁷.

¹⁰⁶ PARADA VÁZQUEZ R., *Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 140.

¹⁰⁷ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 44/98, de 16 de diciembre de 1998.

De igual preferencia y alcance gozarán las proposiciones presentadas por empresas dedicadas a la promoción o inserción laboral de personas en situación de exclusión social¹⁰⁸, en las que se incluya el compromiso formal del licitador de contratar no menos del 30 por 100 de sus puestos de trabajo con personas que, con la debida acreditación de los servicios sociales, pertenezcan a los colectivos que señala la disposición adicional sexta en su apartado segundo¹⁰⁹. De este modo, no será necesario que el licitador haya contratado el porcentaje de personas que establece la Ley, sino que será suficiente la presentación de un compromiso formal que, de resultar adjudicatario, tendrá que ejecutar y acreditar documentalmente a través de los servicios sociales públicos correspondientes¹¹⁰. El apartado 3º de la citada disposición adicional sexta dispone que la preferencia podrá establecerse para la adjudicación de contratos de servicios a entidades sin ánimo de lucro que, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos o reglas fundacionales, tengan por objeto prestaciones de carácter social o asistencial. Podrán beneficiarse de ella las entidades sin ánimo de lucro con personalidad jurídica y capacidad de obrar para contratar, inscritas en el respectivo registro, y que su objeto o finalidad tenga relación directa con el objeto del contrato. En estos supuestos, al no existir ánimo de lucro, el órgano de contratación puede exigir que las entidades detallen en sus ofertas la composición del precio ofertado en función de sus costes.

Las organizaciones representativas de los derechos e intereses de los discapacitados solicitaron en la tramitación parlamentaria de la LCSP que se in-

¹⁰⁸ La Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas de reforma del mercado laboral especifica en la disposición adicional novena que se consideran empresas de promoción e inserción laboral, cualquiera que sea su forma jurídica y actividad económica, aquellas que dediquen habitualmente no menos del 30 por ciento de sus puestos de trabajo al empleo de personas que estén en algunos de los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, para formarles y adiestrarles en el ejercicio normalizado de una actividad laboral. Tendrán como fin primordial de su objeto social la plena integración laboral y el acceso al empleo ordinario de las indicadas personas. Dichas empresas podrán inscribirse voluntariamente en el registro público que a tal efecto se determine reglamentariamente.

¹⁰⁹ En el apartado f) incluyen a las personas con discapacidad.

¹¹⁰ Las empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social, podrán desarrollar los programas que se determinen en colaboración con las Administraciones y entidades públicas con competencias en la inserción laboral de las personas en situación de exclusión social. Específicamente, los servicios públicos de empleo podrán establecer convenios con estas empresas.

cluyera esta medida con carácter imperativo u obligatorio, tal como se recoge expresamente en alguna normativa autonómica¹¹¹, pero el legislador ha preferido mantener la regulación incluyendo un nuevo criterio de desempate.

Disposición adicional séptima LCSP: contratos reservados

Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a centros especiales de empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70% de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional, en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición. Su aplicación pasa por el segmento de contratos que otorgan a la Administración y a los demás entes del sector público un mayor grado de libertad en la selección del empresario contratista. Nos referimos a los contratos menores y a los procedimientos negociados por razón de la cuantía económica del contrato¹¹²

La realidad empresarial del sector de los Centros Especiales de Empleo (CEE) nos indica que nos encontramos ante pequeñas empresas sin posibilidad de acceder a los grandes contratos públicos para los que se exige una ca-

¹¹¹ El artículo 51.3 de la Ley Foral Navarra de Contratos Públicos, Ley 6/2006, de 9 de junio, determina que "cuando por la aplicación de los criterios de adjudicación señalados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se produjera un empate en la puntuación entre dos o más licitadores, éste se dirimirá atendiendo a los siguientes criterios, por este orden: existencia en la empresa de un porcentaje de trabajadores con discapacidad no inferior al 3%... A tal efecto, la mesa de contratación o la unidad gestora del contrato requerirán la documentación pertinente a las empresas afectadas, otorgándoles un plazo mínimo de cinco días para su aportación. En los casos en que en aplicación de los criterios anteriores persistiera el empate, éste se resolverá mediante sorteo.

¹¹² Aunque los contratos menores (artículos 95 y 122.3 LCSP) y los procedimientos negociados (artículos 153 a 162 LCSP) tienen unos presupuestos limitados, su adjudicación no está sometida a rígidas obligaciones y procedimientos, si bien el órgano de contratación debe respetar, lógicamente, los principios generales de la contratación pública: objetividad, igualdad de trato, no discriminación. Con estas modalidades contractuales puede efectuarse de forma fluida la aplicación de la disposición adicional séptima y una conexión entre los CEE sin ánimo de lucro que lleven a cabo políticas sociales. Las obras de escasa cuantía y al mismo tiempo, en correspondencia, de escasa dificultad técnica, y multitud de servicios pueden ser expresiones concretas de incorporación de consideraciones sociales en la contratación pública y una ocasión para aplicar la disposición adicional séptima con el criterio social en el que se basa.

pacidad empresarial o clasificación que no tienen y que difícilmente alcanzarán si no cuentan con la oportunidad de contratar con la Administración. Estamos ante una iniciativa normativa que incorpora más que una cláusula social en sentido estricto, un objetivo o valor social como criterio para la adjudicación de determinados contratos públicos a una entidad social como son estos centros y alcanzar determinados objetivos sociales compatibles con el interés público perseguido en el ámbito de la contratación pública.

Las organizaciones representativas de los intereses de los discapacitados también intentaron que se fijara la obligatoriedad de esta medida, facilitando el cumplimiento de esta exigencia mediante la aplicación de distintos porcentajes en función del volumen de contratación pública de cada órgano de contratación, pero los grupos parlamentarios consideraron que en España esta exigencia supondría para las empresas contratantes nuevas obligaciones de contenido económico, que no podía imponer la LCSP.

Disposición adicional vigésimo primera LCSP: Garantía de accesibilidad para personas con discapacidad

La disposición adicional vigésimo primera de la LCSP fue incorporada en el Congreso de los Diputados a petición del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), recogiendo por primera vez la aplicación de criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos¹¹³ en nuestro ordenamiento de contratación pública, aunque la solicitud de los discapacitados se refería a todos los aspectos relacionados con el ámbito de esta Ley (procedimientos, servicios, instrumentos, dispositivos), y no a una serie de elementos cerrados, como ha sido finalmente aprobada.

Su redacción final señala que “en el ámbito de la contratación pública, la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de di-

¹¹³ El diseño para todos significa superar el estigma de la diferencia con que tradicionalmente se ha tratado a las personas con discapacidad y asumir que sus condicionantes en relación con su entorno están en igual plano que otros más comunes y compartidos, como la edad, o la limitación temporal de alguna función. La dimensión humana no está definida por unas capacidades, sino que debe contemplarse de forma más global, de modo que la diversidad sea la norma y no la excepción (Plan Nacional de Accesibilidad 2004–2012) www.mtas.es

seño para todos, tal y como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”¹¹⁴

Artículo 101 LCSP: Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas

La no accesibilidad a los entornos productivos y a los servicios constituye una forma de discriminación indirecta que genera una desventaja de las personas con discapacidad en relación con las que no lo son. Las barreras arquitectónicas no sólo dificultan la vida cotidiana del discapacitado, también su potencial productivo como fuerza de trabajo y su desarrollo personal. El artículo 101 LCSP contribuye a suprimir cuantos obstáculos urbanísticos y arquitectónicos, en la movilidad y en la comunicación, impidan que las personas con discapacidad puedan desarrollar una vida activa y participativa en la comunidad.

Las prescripciones técnicas se deben definir, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos en la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹¹⁵. Y siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con los principios y las definiciones regulados en los artículos 3 y 4 de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación. De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de ac-

¹¹⁴ Véase la Convención 61/106 de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en diciembre de 2006 en la que se especifica que “los Estados partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad... a la información y a las comunicaciones, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia”.

¹¹⁵ Existen varios países cuya legislación exige la accesibilidad como requisito inexcusable en la compra de bienes y servicios. Entre ellos, Australia, Canadá y Estados Unidos. En este último país la Administración federal americana debe proporcionar a los trabajadores con discapacidad las condiciones de acceso comparables a las que disfrutaban las personas sin discapacidad. Para ello, las agencias federales deben garantizar la accesibilidad de la tecnología utilizada, los funcionarios gestores de los procedimientos de compra, han de tener en cuenta la tecnología más accesible, y las empresas licitadoras facilitar a la Administración en cuestión información detallada acerca de la accesibilidad de sus productos. Véanse los instrumentos normativos *Rehabilitation Act de 1973*, ley estadounidense sobre discapacidad, fortalecida por la *Workforce Investment Act de 1998*, que entró en vigor en 2000.

cesibilidad universal y de diseño para todos, debe motivarse suficientemente esta circunstancia.

La posibilidad de que las especificaciones técnicas puedan tener en cuenta determinados aspectos sociales se encontraba ya prevista en la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 2001. En ella se señala que las especificaciones técnicas han de definir con precisión el objeto del contrato, sin que puedan eliminar o aventajar a un licitador. Este trato de favor o desventaja ha sido una preocupación constante del Derecho comunitario que ha intentado evitar efectos discriminatorios mediante el establecimiento de especificaciones técnicas que pudieran vulnerar la libertad de circulación de mercancías, o restringir el comercio comunitario (artículos 28 y 29 del Tratado CE)¹¹⁶. La regulación de las prescripciones técnicas en la LCSP está presidida por la preocupación de evitar que mediante su establecimiento se pueda favorecer a determinadas empresas nacionales y vulnerar los principios de publicidad y de concurrencia en la contratación pública y la libertad de circulación de mercancías¹¹⁷. La inclusión en los pliegos de prescripciones técnicas de determinadas condiciones que sólo pudieran cumplir, o que beneficiaran a las empresas nacionales, puede convertirse en un claro ejemplo de medida de efecto equivalente¹¹⁸. Su determinación deberá por ello permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia¹¹⁹.

¹¹⁶ El Tribunal de Justicia de la Comunidad ha cuestionado en algunas ocasiones los contratos de suministro por este motivo. Véase la STJCE de 20 de marzo de 1990, *Dupont de Nemours Italiana/Unitá Santaria Locale di Carrara*.

¹¹⁷ La protección otorgada por el Derecho Comunitario a esta materia ha ido creciendo en intensidad. Actualmente el artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE contiene una regulación amplia y exhaustiva.

¹¹⁸ Estas medidas pueden consistir abiertamente en la reserva de determinados contratos a empresas nacionales o de determinadas partes del territorio nacional (STJCE de 20 de marzo de 1990, Asunto *Dupont de Nemours Italiana-Unitá Sanitaria Locale di Carrara*).

¹¹⁹ Cabe recordar que el 2º considerando de la Directiva 2004/18/CE señala que la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de Derecho público, está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

Los pliegos de prescripciones técnicas son los documentos en los que se definen las instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales ha de ejecutarse la prestación por parte del contratista. Han de precisar técnicamente el objeto del contrato con la finalidad de excluir discriminaciones. Suele decirse que conforman junto a los pliegos de cláusulas administrativas el contenido del contrato concretando la voluntad contractual en el marco de la legalidad aplicable¹²⁰. Los pliegos de prescripciones técnicas generales constituyen los estudios tecnológicos que uniformizan los comportamientos administrativos y contribuyen a la perfección de sus operaciones. Su aprobación, como en el caso de los pliegos de cláusulas generales, tienen carácter potestativo. Los pliegos de prescripciones técnicas particulares, que regirán la realización de la prestación y definen sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la Ley, tienen carácter necesario y su elaboración debe tener lugar con carácter previo o simultáneo a la autorización del gasto y, en todo caso, antes de la licitación del contrato. De no existir ésta, antes de su adjudicación provisional¹²¹.

Estos pliegos deben tener un contenido mínimo que fije las características técnicas que hayan de reunir los bienes o prestaciones del contrato, el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto o el número estimado de las unidades a suministrar y, en su caso, las modalidades y características técnicas de las variantes¹²². No deben contener declaraciones o

¹²⁰ El Consejo de Estado recordó en el Dictamen de 24 de septiembre de 1992 que los pliegos de prescripciones técnicas junto al pliego de cláusulas administrativas particulares, los planos y los cuadros de precios tienen carácter contractual. La Junta Consultiva de la Contratación Administrativa del Estado viene manifestando que en los casos de contradicción entre el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas, es el primero el que debe prevalecer, pues es el que verdaderamente da eficacia y virtualidad jurídica al contrato (Informe 58/1974, de 4 de marzo de 1975). Véase también sobre este tema la STSJ de Andalucía de 14 de octubre de 1999, Az. 4882.

¹²¹ Su aprobación corresponde al órgano de contratación competente. Los pliegos de prescripciones técnicas particulares ordinariamente forman parte de los proyectos de obras, del anteproyecto de explotación del servicio y de los pliegos de bases de suministros, donde es más frecuente hablar de un cuadro de especificaciones.

¹²² Véase el artículo 68 del RGLCAP. Para el contrato de obra, el RGLCAP exige también que el pliego de prescripciones técnicas particulares consigne expresamente las características que hayan de reunir los materiales a emplear, especificando la procedencia de los materiales naturales, cuando ésta defina una característica de los mismos, y los ensayos a que deben someterse para comprobación de las condiciones que han de cumplir; las normas para la elaboración de las distintas unidades de obra, las instalaciones que hayan de exigirse y las medidas de seguridad y salud comprendidas en el correspondiente estudio a adoptar durante la ejecución del contrato.

cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pero, puede suceder en la práctica que se incluya alguna cuestión propia de aquellos otros pliegos. Tal circunstancia puede darse en las condiciones especiales de ejecución, al obligar el artículo 102.1 LCSP únicamente a que se recojan en el pliego o en el contrato, por lo que la previsión de estas condiciones puede ser que se recoja en el pliego de prescripciones técnicas en lugar de en el pliego de cláusulas administrativas particulares¹²³. El incumplimiento por el contratista de las prescripciones técnicas tiene la misma trascendencia que el incumplimiento de una cláusula administrativa, y puede dar lugar a la resolución del contrato¹²⁴.

Se pueden definir las prescripciones técnicas a través de un orden para su establecimiento; en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y mediante una combinación de ambos criterios. La utilización de normas nacionales puede limitar en gran medida el acceso de los contratistas no nacionales, por ello la Directiva 2004/18/CE prevé que los poderes adjudicadores recurran a una definición de las especificaciones técnicas por referencia a las normas o acuerdos técnicos europeos, sin perjuicio de las reglas técnicas nacionales obligatorias, siempre que sean compatibles con el Derecho Comunitario. Así, una primera forma de definir las especificaciones técnicas es por referencia a ciertas normas que las contengan de acuerdo con el siguiente orden de prelación: especificaciones técnicas nacionales que incorporen normas europeas; documentos de idoneidad técnica europeos; especificaciones técnicas comunes; normas internacionales; otros sistemas de referencias técnicas elaboradas por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, nor-

¹²³ El Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo, concreta que “ la estipulación de las condiciones especiales de ejecución ha de corresponder al pliego y, más en concreto, al de cláusulas administrativas particulares, toda vez que estas condiciones de ejecución no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, según establece la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos, de 15 de octubre de 2001”.

¹²⁴ La LCSP establece algunas previsiones específicas relativas al incumplimiento de las prescripciones técnicas por parte del contratista. En relación al contrato de obras, el artículo 218. 2 determina sus efectos; en el contrato de suministro, los artículos 268.1 y 273.2; en el contrato de servicios, el artículo 283.1; y en el contrato de concesión de obra pública, el artículo 227. Véase BARRERO RODRÍGUEZ C., “la resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *RAP* nº 176, 2008, págs. 89-113.

mas nacionales, o documentos de idoneidad técnica nacionales¹²⁵, etc. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no pueden mencionar una fabricación o procedencia determinada¹²⁶ o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, patente, o producto con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos¹²⁷.

Por último, Los órganos de contratación no pueden ser los autores de las normas técnicas ni desempeñar tareas de normalización u homologación, dichas facultades corresponden a los órganos legalmente reconocidos para ello¹²⁸. No pueden concurrir a las licitaciones las empresas que hayan participado en la elaboración de las prescripciones técnicas, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponga un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras (artículo 45.1 LCSP)¹²⁹. Nada dice el precepto del plazo de duración de esta prohibi-

¹²⁵ Ya el Libro Verde sobre la contratación pública en la Unión Europea señalaba en 1996 que las especificaciones técnicas que describen las características del objeto contractual son un elemento fundamental de los esfuerzos de apertura de la contratación pública. La utilización de normas nacionales puede limitar en gran medida el acceso de los proveedores no nacionales a estos contratos. Por ello, las directivas prevén que los poderes adjudicatarios recurran a una definición de las especificaciones técnicas por referencia a las normas o acuerdos técnicos europeos, sin perjuicio de las reglas técnicas nacionales obligatorias, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario (Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996).

¹²⁶ La inclusión de especificaciones que indiquen fabricación o procedencia determinada queda prohibida, salvo que no pudieran definirse de otro modo que se añadirá la expresión "o equivalente" (Véase la STJCE de 17 de noviembre de 1993, que condenó al Reino de España por la redacción del entonces artículo 244 del Reglamento General de Contratos del Estado).

¹²⁷ Se prevén dos excepciones: una en el caso de que no sea posible hacer una descripción precisa e inteligible del objeto del contrato por referencia a normas técnicas o en términos de rendimiento (artículo 101.3 y 4 LCSP), otra, en los contratos de suministro de material para mantenimiento, repuesto o reemplazo de equipos ya existentes (artículo 70 del RGLCAP).

¹²⁸ A efectos de acreditación por los licitadores del cumplimiento de las prescripciones técnicas, se entenderá por organismo técnico oficialmente reconocido a aquellos laboratorios de ensayos y organismos de inspección y certificación que hayan sido oficialmente reconocidos por las Administraciones públicas en el ámbito de sus respectivas competencias. Los órganos de contratación deben aceptar los certificados expedidos por organismos reconocidos en otros Estados miembros. El Real Decreto 220/1995 aprueba el Reglamento para la calidad y seguridad industrial y regula los organismos de normalización.

¹²⁹ De acuerdo con la teoría de la excepcionalidad de la nulidad radical en el Derecho Administrativo, esta causa de prohibición para contratar que establece el artículo 45.1 LCSP, no apa-

ción que por su naturaleza ha de entenderse que subsistirá en tanto las licitaciones se realicen utilizando las especificaciones técnicas en cuya elaboración haya participado la empresa. Esta prohibición debe entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo¹³⁰

Artículo 102 LCSP: condiciones especiales de ejecución del contrato¹³¹

Como hemos visto anteriormente, el Derecho Comunitario ha admitido paulatinamente la introducción de criterios cualitativos –no estrictamente económicos– para atender diversas exigencias de tipo social y medioambiental¹³². Las consideraciones de este tipo pueden incorporarse con limitaciones en la fase de adjudicación, y de modo más amplio en el momento de ejecución del contrato¹³³. El artículo 102 LCSP señala que los órganos de contrata-

rece recogida en el artículo 32 donde se enumeran las causas de nulidad radical o de pleno derecho de los contratos, dicho precepto se refiere exclusivamente al artículo 49.1 LCSP, por lo que el vicio de legalidad que pueda suponer no respetar esta prohibición dará lugar a la anulabilidad del contrato, según establece el artículo 33 LCSP.

¹³⁰ El artículo 45.1 de la LCSP establece que sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hayan participado en la elaboración de las especificaciones técnicas, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. La salvedad a la inaplicación de esta regla en los casos de adjudicación mediante diálogo competitivo, no deriva de la Directiva 2004/18/CE y el Consejo de Estado propuso en el dictamen 514/2006 que debería suprimirse, lo que no ha sido acogido por el legislador.

¹³¹ Este artículo es el primero que admite la posibilidad de introducir aspectos sociales y medio ambientales en la contratación pública, integrándolos en fase de ejecución contractual, de aplicación exclusiva para los contratos celebrados por las Administraciones públicas.

¹³² Desde la STJCE *Beentjes* de 1988, la posibilidad de introducir condiciones especiales en la ejecución del contrato ha sido aceptada por la jurisprudencia. Sin embargo, este instrumento ha sido muy poco utilizado por los Estados miembros, quizás debido al desconocimiento del poder adjudicador o a la inseguridad respecto de los límites de esta figura que hasta ahora ha sido perfilada por la jurisprudencia comunitaria.

¹³³ El artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE determina que los poderes adjudicadores pueden exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que estas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato pueden referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental. Su considerando 33 especifica la compatibili-

ción pueden establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato¹³⁴. De ahí que la regulación relativa a la introducción de este tipo de condiciones encuentre su sede en la preparación del contrato, específicamente, en los artículos dedicados a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas¹³⁵.

Este reconocimiento expreso de la posibilidad de aplicar criterios sociales en la fase de ejecución del contrato proporciona un plus importante de seguridad jurídica, pues, hasta ahora se reconducía al principio de libertad de pactos. Ya no habrá inconveniente alguno en establecer criterios objetivos de ejecución como exigir a una empresa adjudicataria la contratación de personas con discapacidad, parados de larga duración, jóvenes sin empleo, víctimas de la violencia de género, etc. Únicamente es necesario que tales condiciones de ejecución sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación, en el pliego y en el contrato. Y basta en principio con que los licitadores se comprometan, al entregar su oferta, a cumplir el requisito previsto en el supuesto de que el contrato les sea adjudicado, de forma que la oferta de un licitador que no acepte tal obligación no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría, por tanto, ser seleccionada. Por esta misma razón, en caso de incumplimiento de los requerimientos establecidos, el órgano de contratación puede optar por resolver la contratación o por imponer penalidades, según disponga el pliego¹³⁶.

dad de estas condiciones cuando no sean directa o indirectamente discriminatorias y se señalen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones y pueden tener por objeto favorecer el empleo de personas con especiales dificultades de inserción laboral, combatir el paro o proteger el medio ambiente.

¹³⁴ El Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo de 2006, sugiere que la estipulación de estas condiciones han de corresponder al pliego y, más en concreto, al de cláusulas administrativas particulares, toda vez que estas condiciones de ejecución no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas.

¹³⁵ La oferta de un licitador que no acepte el cumplimiento de las condiciones especiales de ejecución no se ajustaría al pliego de condiciones y no podría ser seleccionada. En cambio, no puede exigirse que se cumplan esas condiciones a efectos de la presentación de la oferta (criterio de admisión).

¹³⁶ PÉREZ-ILLZARBE J.A., "Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público", *Zerbitzuan*, nº 40, 2006, pág. 29; LESMES ZABALEGUI S., "Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral", *Lan Harremanak*, nº 13, 2005, pág. 81.

Las condiciones de ejecución pueden referirse a consideraciones de tipo social con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, combatir el paro, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, favorecer la formación laboral y profesional, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado CE¹³⁷. La introducción de estas condiciones debe respetar las garantías de publicidad, concurrencia y transparencia y, en particular, no pueden consistir en especificaciones técnicas encubiertas, ni deben referirse tampoco a la comprobación de la actitud de los licitadores sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica, o a los criterios de adjudicación.

Para garantizar el cumplimiento de las condiciones especiales la LCSP prevé distintas medidas: a) el establecimiento de penalidades conforme a lo previsto en el artículo 196.1 para el caso de su incumplimiento; b) la atribución de obligaciones contractuales esenciales, de modo que su incumplimiento pueda ser considerado como causa de resolución del contrato (artículo 206 apartado g); c) cuando el incumplimiento de estas condiciones especiales no se tipifique como causa de resolución del contrato, podrá ser considerado, en los términos que se establezcan en el pliego o en el documento contractual como infracción grave a los efectos establecidos en el artículo 49.2 e¹³⁸. Es decir, de no haberse considerado como obligaciones esenciales a los efectos de la posible resolución del contrato, el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución será una circunstancia que impedirá a los empresarios contratar con las Administraciones públicas, siempre que el incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave de confor-

¹³⁷ “Los Estados miembros y la Comunidad se esforzarán por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable, y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 2 del TUE y en el artículo 2 del presente Tratado” (artículo 125 Tratado CE).

¹³⁸ La consecuencia prevista es la prohibición para contratar con las Administraciones públicas de acuerdo con lo establecido en el artículo 50 de la LCSP, que requiere la previa declaración de su existencia por la Administración contratante. No podrá declararse si han transcurrido más de tres meses desde que se produjo el incumplimiento, y la prohibición no puede exceder de un año de duración.

midad con las disposiciones de desarrollo de la LCSP¹³⁹, y, concurra dolo, culpa o negligencia en el empresario.

La interpretación de los artículos 102, 49.2 e y 206 g de la LCSP plantea algunas dudas sobre la definición de los incumplimientos como infracciones graves en los pliegos, de conformidad con las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la LCSP. ¿Puede un reglamento o el órgano de contratación tipificar como grave una infracción sin que previamente una Ley la haya considerado como tal? ¿Ayuda a la seguridad jurídica que el órgano de contratación de forma facultativa y al azar elija en cada caso la medida a adoptar para hacer frente al incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución? ¿Se debe establecer una misma reacción cuando medie dolo o culpa del empresario en el incumplimiento que cuando medie una simple negligencia?

Artículo 134 LCSP: criterios de valoración de las ofertas

Hasta ahora la regulación de los criterios de adjudicación del TRLCAP seguía la tradicional distinción entre subasta y concurso como formas de adjudicación del contrato. La actual regulación de la LCSP prescinde de esta denominación introduciendo el concepto de “oferta económicamente más ventajosa” que sigue ligada o bien al precio como único criterio de selección del contratista, o bien a varios criterios objetivos. Por tanto, La expresión que utiliza la LCSP, “oferta económicamente más ventajosa” remite a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos contractuales, ya se utilice un único criterio como en la antigua subasta, o se considere una multiplicidad de ellos como en el concurso¹⁴⁰. Cuando se utilice un único criterio de valoración, la LCSP exige que éste sea, necesariamente, el del precio más bajo.

¹³⁹ El Consejo de Estado sugirió en el Dictamen 514/2006 que se suprimiera la facultad que otorga al órgano de contratación de definir el incumplimiento como infracción grave en el pliego (artículo 102.2 último inciso). Sin embargo, el legislador ha optado por remitir su concreción al posterior desarrollo reglamentario, deslegalizando una materia reservada a la Ley.

¹⁴⁰ El concepto de “oferta económicamente más ventajosa” que utiliza la LCSP es más amplio que el utilizado en la Directiva 2004/18/CE, pues engloba tanto a una multiplicidad de criterios de valoración, como al criterio del “precio más bajo” que dicha Directiva distingue de ese concepto. Cuando la Directiva se refiere a la “oferta económica más ventajosa” nos está indicando que la adjudicación del contrato se realizará teniendo en cuenta varios criterios, al dejar fuera de este concepto los casos en los que el contrato es adjudicado valorando exclusivamente “el precio más bajo”.

El artículo 134.1 de la LCSP señala que la determinación de la oferta económicamente más ventajosa debe atender a criterios objetivos directamente vinculados al objeto del contrato como la calidad, el precio, el plazo de ejecución, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, etc. Como vemos la LCSP menciona algunos de los requisitos que han de reunir los criterios sociales para ser admitidos como criterios de adjudicación: a) que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato; b) que estas necesidades sean propias de categorías de población especialmente desfavorecidas y c) que a tales categorías pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar¹⁴¹. Han de tratarse de criterios objetivos que además de estar vinculados al objeto del contrato han de figurar en el anuncio de licitación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo del contrato, y deberán ser criterios de valoración técnica de las ofertas y no de la solvencia de los empresarios o contratistas¹⁴².

¹⁴¹ El artículo 53.1 de la Directiva 2004/18/CEE que regula la valoración de las ofertas no menciona de forma expresa a los aspectos sociales pero sí los incluye en su exposición de motivos y en los considerandos. En concreto, el considerando 1º especifica que la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifican las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental y social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Por ello, si por criterios sociales entendemos aquellos que permitan evaluar la calidad de un servicio destinado a personas desfavorecidas, el Derecho comunitario los aceptaría, dado que contribuyen a seleccionar la oferta económica más ventajosa a tenor de lo previsto en la Directiva 2004/18/CE. Por el contrario, no serían conformes al Derecho comunitario la introducción de criterios de adjudicación ajenos al objeto del contrato por los que se valoraran favorablemente a los licitadores que empleen a una determinada categoría de personas o apliquen un programa de promoción de igualdad de oportunidades.

¹⁴² El Informe de la Junta Consultiva de la Contratación Administrativa 11/1999, de 30 de junio, manifiesta que si bien las finalidades de las denominadas cláusulas sociales son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, no pueden articularse como requisitos para la celebración de contratos o como criterios para la adjudicación de los mismos.

Para determinar los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato, el artículo 134 de la LCSP señala que debe darse prioridad a los criterios que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes, sobre los criterios cuya valoración dependa de un juicio de valor: “se ha de dar preponderancia a los criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”. No obstante, cuando se siga un procedimiento abierto o restringido y se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, debe constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres expertos con cualificación apropiada, no integrados en el órgano proponente del contrato, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a criterios de apreciación subjetiva, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Ahora bien, esta posibilidad está sometida a los siguientes límites: 1º) únicamente regirá para los procedimientos abiertos y restringidos; 2º) ha de constar en el anuncio o en los pliegos; 3º) se ha encomendar su valoración a un comité de expertos; 4º) la valoración deberá realizarse de forma previa a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas y dejando constancia documental de ello.

Cuando se tome en consideración más de un criterio, debe precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que puede expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases se debe indicar en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo. Cuando por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, estos se deben enumerar por orden decreciente de importancia. Los criterios elegidos y su ponderación deben indicarse en el anuncio de licitación.

Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público. Análisis general a la luz de la reciente Jurisprudencia comunitaria*

Lorenzo Mellado Ruiz

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

SUMARIO: I. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO; *1 La necesaria interconexión entre los planos subjetivo y objetivo; 2. El nuevo enfoque integrado de determinación y delimitación de los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública; 2.1. Consideraciones previas; 2.2. Clasificación de las entidades adjudicadoras sometidas, aun con diferente intensidad, a las previsiones de la LCSP: aspectos críticos de su régimen jurídico;* II. ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY: LAS CONTROVERTIDAS FIGURAS DE LOS “CONVENIOS” EXCLUIDOS Y LOS “CONTRATOS DOMÉSTICOS” DE LA ADMINISTRACIÓN

RESUMEN

Pese a su complejidad técnica y a algunas disfunciones sustantivas, la nueva Ley de Contratos del Sector Público ha intentado responder de forma racional a las demandas de sistematización y congruencia de la contratación pública en nuestro país y a las ineludibles exigencias derivadas de la jurisprudencia y la normativa comunitarias. La delimitación y ajustamiento adecuados del ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de la Ley son, sin lugar a dudas, dos de sus objetivos nucleares. En el presente artículo se analizan críticamente ambos planos, desde la propia esencialidad de su precisa articulación y co-

* El presente artículo tiene su origen en la ponencia que impartí con el mismo nombre en el Curso sobre “La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, organizado por la Excma. Diputación Provincial de Almería en el mes de junio de 2008. El texto ha sido completado y adaptado con la bibliografía, y, sobre todo, con la jurisprudencia comunitaria, más reciente.

rrespondencia, y sobre la base de la jurisprudencia comunitaria recaída sobre los aspectos más conflictivos de los mismos en los últimos años, fundamentalmente las clases –y su régimen jurídico respectivo– de entes públicos sujetos a la normativa sobre contratación pública y los negocios jurídicos excluidos de su radio de acción.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública

Poder adjudicador

Convenios administrativos

Excepciones *in house* o contratos domésticos

ABSTRACT

Despite its technical complexity and certain substantial dysfunctions, the new law for Public Sector Contracts has strived to respond, in a rational manner, to the demands of systematization and congruence of public contracting in Spain and the unavoidable requirements deriving from the jurisprudence and regional regulations. Circumscribing and establishing suitable adjustment of the subjective and objective application of the law are, undoubtedly, two its core objectives. Both aspects are critiqued in this article, from the principal of its precise articulation and meaning, and on the basis of the regional jurisprudence covering the more conflictive aspects in recent years, essentially the types—and their respective legal framework—of public bodies subject to the regulations in terms of public contracting and the legal businesses excluded from its area of action.

KEY WORDS

Public contracting

Awarding power

Administrative agreements

in house exceptions or domestic contracts

I. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1 La necesaria interconexión entre los planos subjetivo y objetivo

Sin lugar a dudas, la delimitación del ámbito subjetivo de la normativa sobre contratación pública, del conjunto de entes administrativos afectados o sujetos a las exigencias y previsiones incluidas en la misma, constituye una tarea

primordial en cualquier análisis del sistema jurídico-público de la contratación en nuestro país. En primer lugar, y obviamente, porque supone discernir quiénes son los sujetos administrativos, dentro de la nebulosa multiplicidad organizativa actual, afectados, aún con diferente intensidad, por las previsiones sobre contratación pública. Pero además, y en segundo lugar, porque esta primera operación delimitadora condiciona directamente el ulterior régimen jurídico –la regulación sustantiva, por tanto– aparejado a cada tipo de personificación organizativa. Ámbito subjetivo y estatuto jurídico aparecen así entrelazados y en permanente conexión¹. Pero es que además, esta delimitación de los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública ha sido, y aparentemente puede seguir siendo, fuente permanente de conflictos y tensión entre los diferentes intereses implicados, y, fundamentalmente, entre las dos instancias territoriales de normación, la comunitaria y la estatal². No hay que olvidar que España ya ha sido condenada tres veces por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea precisamente por la incorrecta o defectuosa transposición de las Directivas comunitarias sobre contratos, habiendo sido siempre elemento clave de dicha valoración la operación de delimitación subjetiva de los entes públicos sujetos o excluidos de las obligaciones generales de transparencia e igualdad incardinadas y fortalecidas por las sucesivas reformas comunitarias³.

Esta importancia está, en cierta medida, justificada. La dimensión económica de la contratación pública supone aproximadamente el 20% del PIB de la Unión Europea y alrededor de un 15% del PIB actual en el ámbito interno. La estructuración precisa del ámbito subjetivo de aplicación, y la consecuente

¹ Sobre la relevancia de la delimitación y caracterización de los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública y a las consiguientes garantías incluidas en ella, sobre la base de la legislación estatal previa, puede verse el magnífico estudio de NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2005.

² *Vide*, entre la numerosa bibliografía sobre el tema, el estudio de GIMENO FELIÚ, J. M^a., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson/Civitas, Madrid, 2006.

³ *Vide* MELLADO RUIZ, L., “El sistema jurídico de la contratación pública en España: novedades del régimen de los contratos realizados por entes públicos de gestión sujetos al Derecho privado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 127, (2005), pág. 383 y ss., y la bibliografía allí citada.

corrección del oscilante proceso de reformas y adaptaciones de la normativa previa, desde la Ley de contratos de 18 de mayo de 1995, suponen un elemento clave de seguridad jurídica y adaptación congruente a las exigencias comunitarias, y, a la vez, un nuevo intento de articulación global de la columna vertebral de la normativa sobre contratos del sector público, la determinación de los entes públicos –y, en segunda instancia, del dinero público– sujetos a sus exigencias y condicionantes (no debe olvidarse, por lo demás, que la normativa sobre contratos constituye, en sí, uno de los pilares centrales del sistema jurídico global de la actuación administrativa).

La propia Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP), en coherencia con su denominación, parte del expreso reconocimiento de su funcionalidad implementadora de las últimas normas comunitarias sobre la materia, y, concretamente, de la 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 de servicios, norma que consagra y fortalece la previa filosofía comunitaria de delimitación amplia y funcional de los sujetos públicos adjudicatarios de los contratos. Se impone, pues, asumir plenamente las exigencias comunitarias relativas al ámbito subjetivo de la contratación pública, tal y como habían sido desgranadas por la jurisprudencia del TJCE⁴, y en el marco de lo

⁴ Como se reafirma en la reciente STJCE de 13 de diciembre de 2007, as. C-337/06, apartados 37 y 38, el concepto genérico de “entidad adjudicadora”, en donde ha de incluirse la categoría más específica de los “organismos de Derecho público” ha de recibir un interpretación funcional y comunitaria, al margen de las construcciones positivas y determinaciones de los sistemas internos, en tanto que la “coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro” (según la sentencia, existe financiación mayoritaria del Estado, y por tanto sujeción a la normativa sobre contratación pública, cuando las actividades de los organismos públicos de radiodifusión están mayoritariamente financiadas mediante un canon a cargo de los poseedores de un aparato receptor). La construcción de un auténtico mercado único o interior pasa, pues, por la “comunitarización” de los procedimientos de contratación pública, desde una noción subjetivo-funcional propia y tasada y una aplicación de criterios objetivos y comunes de participación y adjudicación garantes de la efectiva, transparente y libre competencia a nivel europeo. Como se ha resaltado, la efectiva realización de las libertades comunitarias y de los principios de las que emanan, así como la apertura real a la competencia en el ámbito de la contratación pública, debe pasar por la doble operación transnacional de eliminación de las restricciones –desde una perspectiva material– y de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación –desde la complementaria óptica formal–, vide FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M^a., *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Euro-*

que se ha calificado como “*auténtico corpus legislativo*” europeo sobre contratación del sector público⁵, superando los previos intentos de reforma parcial y desarticulada y extendiendo las exigencias de transparencia, publicidad y libre concurrencia, como pilares fundamentales del mercado interior, a la actividad contractual del conjunto de entes integrantes del “sector público” español. A lo largo de este estudio se valorará el resultado, respecto a este punto, de la reforma, intentando en todo caso que los esbeltos árboles de la retórica legislativa no impidan ver en realidad el bosque profundo de las modificaciones sustanciales incorporadas realmente por la nueva LCSP a nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. Pero lo cierto es que el punto de partida parece indiscutible: se intenta acatar la consolidada doctrina –jurisprudencial y normativa– comunitaria sobre el concepto amplio, funcional y material de los “poderes adjudicadores”, imponiendo las exigencias de la contratación pública a cualquier tipo de ente, sea cual sea su denominación, vestidura y régimen jurídico, que actúe como tal⁶. La dualidad Administración-sujeto/Administra-

pea, Bosch, Barcelona, 2005, pág. 18. Frente al silencio de los Tratados originarios, la importancia cuantitativa y la propia trascendencia funcional de la actividad contractual pública han sustentado la consolidación de un nuevo título de intervención de las instituciones comunitarias, fundado en la apertura de los mercados a la competencia y en la consecución de un auténtico mercado libre interior de bienes, servicios y mercancías, *vide* así, y entre otros muchos estudios, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho comunitario en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 20. Conectando con las ideas anteriores se ha podido sostener incluso, a mi juicio correctamente, que “*puede –y debe– hablarse de una (auténtica) política comunitaria en el campo de la contratación pública*”, GIMENO FELIÚ, J. M^a., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 21. También se ha referido a la justificación de esta incesante actividad de intervención normativa comunitaria sobre la base de los “*poderes implícitos necesarios para la consecución de un determinado fin*”, en este caso, la consagración de un auténtico mercado interior único en régimen de libre competencia, VARA ARRIBAS, G., “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 26, (2008), pág. 120.

⁵ VARA ARRIBAS, G., “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 26, (2008), pág. 119.

⁶ SSTJCE de 13 de diciembre de 2007, as. *Bayersicher Rundfunk y otros*, C/337-06, apartados 36 y 37 y 10 de abril de 2008, asunto C-393/06 (una entidad municipal encargada de la garantía de la calefacción urbana de viviendas, organismos públicos, oficinas y empresas en el término municipal de Viena, mediante la energía obtenida de la evacuación de residuos, ha de considerarse como “organismo de derecho público”, puesto que aparte de la personalidad jurídica propia y el control público, “*suministrar la calefacción de una aglomeración urbana a través de un procedimiento que respete el medio ambiente es innegablemente un objetivo de interés general*” (apartado 39).

ción-actividad se rompe, claramente, a favor del segundo término, desde la concepción material del Derecho Administrativo como el derecho de los intereses públicos o colectivos⁷. El trasfondo es, evidentemente, atajar de una vez la denominada “huida del derecho administrativo” que, aparte de otras manifestaciones, ha tenido en la normativa sobre contratación pública, un campo abonado a la interpretación y manipulación administrativas⁸, desde los intentos de las Administraciones públicas de escapar de las rígidas exigencias comunitarias mediante la interposición de entes instrumentales (de Derecho público o de Derecho privado) para la adjudicación de determinados contratos incluidos en el giro o tráfico de las mismas⁹. Las sucesivas reformas de nuestra normativa han incidido, precisamente, en esta cuestión, intentando controlar la creación artificial de entes institucionales sujetos al Derecho privado, bajo fórmulas mercantiles o fundacionales, pero con indudables funciones públicas, concretamente la preparación y adjudicación de contratos incluidos dentro del radio objetivo de aplicación de la normativa sobre contratación pública¹⁰.

La nueva Ley pretende superar este enfoque, articulando sus previsiones “desde una definición amplia de su ámbito de aplicación y buscando una identificación

⁷ Vide ARIÑO ORTIZ, G., “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 172, (2007), págs. 79–102.

⁸ Puede verse, así, entre otros muchos estudios, GIMENO FELIÚ, J. M^a., “La necesaria interpretación subjetivo-funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, 151, (2000), pág. 425 y ss.; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “La reforma de las Directivas comunitarias de contratación pública”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 13, (2002), pág. 961 y ss.

⁹ “Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37). [...] De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas”, STJCE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03, apartados 27 y 28, de condena a España por incumplimiento de las obligaciones derivadas de las Directivas sobre contratos.

¹⁰ Vide, así, los reproches comunitarios a la evolución normativa española contenidos en la STJCE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03.

funcional precisa del área normativa vinculada a las directivas europeas sobre contratos públicos". Se pretende partir, pues, de un concepto funcional, amplio y versátil de los entes públicos de contratación, compatible con las exigencias comunitarias. Y por ello, la Ley es aplicable, en principio, a todos los sujetos del sector público. La denominación no deja lugar a dudas. No se trata –formalmente al menos– de una nueva Ley de contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo el modelo precedente articulado sobre la base central del contrato (administrativo) de la Administración Pública. Es una Ley reguladora de la actividad contractual del sector público. Lo importante no es ya la presencia de una Administración, al menos desde la concepción interna y tradicional de nuestro ordenamiento interno, sino de un ente o sujeto, público o privado, que actúa como poder adjudicador en una actividad contractual¹¹. El problema es que estos loables propósitos aparecen luego difuminados, por no decir omitidos, cuando se analiza en profundidad la regulación del ámbito subjetivo de aplicación contenida en la Ley. Es verdad que hay un principio de sujeción universal, pero luego, diferentes grados de intensidad en cuanto a las obligaciones o requerimientos impuestos para cada tipo de sujeto contratante, lo cual supone reproducir, en el fondo, el juego de reglas, excepciones y matizaciones de la normativa previa, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLR) ¹². No hay un mismo nivel de exigencia para todos los entes del sector público: del juego de los dos criterios centrales de clasificación (ente contratante y contrato a realizar) cabe que una misma en-

¹¹ Como apunta la STJCE de 13 de diciembre de 2007, TJCE 2007/366, asunto *Bayerischer Rundfunk*, debe prevalecer una interpretación amplia, material y funcional de los sujetos adjudicadores, y de los propios requisitos y condicionantes de su calificación como tales, en tanto que el fin de la normativa comunitaria sobre contratación pública es suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías en el territorio europeo –principios y libertades comunitarias– y proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro –derechos individuales–.

¹² Se ha podido decir en este sentido que, en realidad, la LCSP no ha modificado realmente el espíritu de la anterior normativa, puesto que "*lejos de establecer un molde más flexible dentro del cual incluso las Administraciones públicas puedan moverse, ha optado por la solución más drástica y más sencilla, la más tradicional pero también, seguramente, la más inoperante: obligar a las Administraciones públicas a someterse a un Derecho administrativo que no ha sido objeto de una revisión en profundidad, mientras que se exonera a todos los demás organismos y entidades del sector público de la regulación imperativa prevista para el fondo de los contratos administrativos*", DEL SAZ, S., "La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ¿un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, 174, (2007), pág. 338.

tidad contratante realice contratos sujetos a un diferente régimen jurídico –dependiendo de si están sometidos o no a la normativa comunitaria– y que un mismo tipo de contrato, aunque sujeto a la normativa europea –obras, servicios, suministros o contrato de colaboración entre el sector público y el privado– tenga un diferente régimen jurídico, dependiendo igualmente de la entidad contratante¹³. Y siguen existiendo determinadas lagunas o imprecisiones que impiden aseverar un juicio definitivo sobre la adecuación de la nueva Ley a la normativa comunitaria, a pesar del confuso intento de aplicación anticipada de esta parte de la Ley en virtud de la Disposición Transitoria 7ª (seguramente motivada, aparte de las razones formales de seguridad jurídica y garantía de los principios esenciales del nuevo grupo normativo, porque, en realidad, el plazo de transposición de la Directiva 2004/18/CE había finalizado el 31 de enero de 2006)¹⁴.

¹³ Conviene no olvidar, no obstante, que tratándose de una materia de normación compartida, la densidad de la regulación comunitaria, tanto respecto de los procedimientos de contratación “clásica” como sobre “sectores especiales”, se amolda y atiende a los necesarios principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El ordenamiento comunitario sobre contratación pública no constituye realmente un sistema completo y uniforme de previsiones transnacionales (directas), sino un marco supraestatal de coordinación de instrumentos procesales, garantías y cautelas materiales mínimas (transparencia, publicidad, constancia, etc.), a implementar por los Estados miembros, para la efectiva consecución de los fines directos de la Comunidad derivados de la centralidad de las libertades económicas. Y de hecho, el nuevo paquete legislativo de 2004 ha pretendido precisamente compaginar las necesarias garantías formales y materiales de los procedimientos de contratación, eje vertebrador de la acción competitiva de los distintos operadores económicos, con una mayor flexibilidad y simplificación de los procedimientos públicos de selección y adjudicación de los contratos. Ello justifica en el fondo la propia invocación de los distintos criterios de sujeción –tipo de contrato, ente adjudicador, normativa aplicable, etc.– y su diferente articulación a nivel interno.

¹⁴ Dada la importancia –y urgencia– de la adaptación de nuestro Derecho al ámbito subjetivo de aplicación determinado por las Directivas comunitarias sobre recursos, el plazo general de la Ley de entrada en vigor (seis meses, en virtud de la D. F. 12ª), se eliminó para las reglas específicas de los sujetos vinculados por esta normativa, entrando en vigor esta parte al día siguiente de la publicación de la LCSP, es decir, el 31 de octubre de 2007 (D. T. 7ª). Estamos, por tanto, ante un raro ejemplo de aplicación anticipada de una parte concreta de una Ley. Pero en realidad no es, para enredar más el problema, una aplicación anticipada directa de “determinados artículos” de la nueva LCSP, sino que desde el 1 de noviembre de 2007 y hasta la entrada en vigor general de la Ley (30 de abril del 2008), los artículos correlativos del TRLC “habrán” de interpretarse, dada su vigencia hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, de una determinada “forma”, en el sentido y con la filosofía de la nueva LCSP, vide ARIMANY LAMOGGLIA, E. y NAVARRO MANICH, J. A., “La aplicación anticipada de la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público (Comentarios a la Disposición Transitoria Séptima de la Ley de Con-

Cuando la LCSP señala que la nueva sistematización del ámbito subjetivo de aplicación permitirá “*tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables*” no hace sino reconocer implícitamente un matiz de excepcionalidad y modulación al principio general comunitario de articulación subjetivo–funcional, y no formal, de los sujetos administrativos competentes para la adjudicación de los contratos. Porque sólo así, atendiendo a las funciones “reales” del ente adjudicador, y no a su revestimiento o cobertura formal (de carácter jurídico–público o jurídico–privado) podrán alcanzarse los objetivos comunes instaurados en la normativa comunitaria para garantizar la homogeneidad, transparencia y objetividad en la selección de los contratistas y en la adjudicación –libre, pública y en competencia– de los contratos públicos¹⁵. Es necesario, pues, ajustar estos criterios de modulación y flexibilidad incorporados expresamente en la nueva LCSP, distinguiendo los adecuados propósitos de sistematización y clarificación del ámbito subjetivo –superando el anterior esquema de “remisiones”– de las posibilidades de “ajuste” normativo en lo referente a las exigencias y condicionamientos exigidos, en cada caso, por la norma. Porque del juego de los dos parámetros basilares que articula la Ley, extensión y singularización del ámbito subjetivo (no aplicación indirecta de las previsiones comunes de los contratos de las Administraciones públicas a otros entes y contratos incluidos en su ámbito de aplicación, sino articulación de reglas específicas para los diferentes sujetos integrantes del sector público español) y diferenciación de regímenes jurídicos internos o comunitarios (contratos sujetos

tratos del Sector Público)”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 16, (2007). La nueva ley, en vez de modificar, “reinterpreta” determinados artículos de la norma anterior, que, en principio seguirían vigentes como tales hasta su entrada en vigor, aunque de facto lo que se produce es una anticipación parcial (ámbito subjetivo) de la propia LCSP. En esencia, durante ese período transitorio, debía aplicarse la totalidad del TRLC (no sólo parte de sus prescripciones ni la LCSP) a todos los contratos que celebraran los entes, organismos y entidades que según el art. 1 TRLC tuvieran la consideración formal de Administración Pública, estableciéndose después un régimen diferente y menos intenso para los entes que tuvieran la condición de poder adjudicador según la nueva LCSP.

¹⁵ En este sentido el TJCE ha reiterado que los contratos excluidos de la aplicación del derecho derivado comunitario (por no superar los umbrales cuantitativos comunitarios) deben respetar, sin embargo, los principios generales del Tratado, las disposiciones básicas relativas al mercado interior, es decir, el principio de libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, la no discriminación y la igualdad de trato, la transparencia, la proporcionalidad y el reconocimiento mutuo. *Vide*, entre otras muchas, la STJCE de 14 de junio de 2007, asunto *Medipac-Kazantzidis y Venizeleio-Pananeio*, C-6/05, apartado 54.

o no a regulación armonizada), podrían derivarse perfectamente, a la espera de un futuro desarrollo reglamentario, algunos problemas de sistematización o confusión de regímenes. De hecho, como se ha apuntado, la opción legislativa de no limitarse a transponer la Directiva 2004/18/CE, como sí ha sucedido en el caso de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, conocida como de “sectores especiales”¹⁶, sino de modificar el modelo y estructura de la Ley –incluso hasta la misma terminología tradicional– ha podido provocar determinadas contradicciones –dada, por lo demás, la enorme extensión de la LCSP–, solapamientos y disfunciones materiales, huida de la jurisdicción contencioso-administrativa, y problemas aplicativos y de manejo, como la misma localización sistemática del régimen jurídico aplicable a cada tipo de contrato¹⁷.

2. El nuevo enfoque integrado de determinación y delimitación de los entes sujetos a la normativa sobre contratación pública

2.1. Consideraciones previas

Al margen de estos comentarios introductorios, y entrando ya en el análisis del *ámbito subjetivo de aplicación* de la nueva Ley, conviene resaltar, ante todo, la mayor complejidad del nuevo enfoque adoptado. La ampliación subjetiva del radio de acción conduce a la distinción de tres categorías de sujetos (poderes adjudicadores, Administraciones públicas y resto de entes del sector

¹⁶ La Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, incorpora al ordenamiento jurídico español las previsiones sustanciales de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de contratación en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y de la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades que operan en dichos sectores (Directiva de recursos de los “sectores especiales”).

¹⁷ En este sentido, MORENO MOLINA, J. A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, Madrid, 2008. Desde otro punto de vista, también se ha podido decir que esta “regulación a la carta” permite una identificación más precisa de cada figura contractual, “con el consiguiente incremento de la seguridad jurídica merced a la eliminación de remisiones imprecisas y la clarificación de las normas de aplicación”, MESA VILA, M., “La Ley 30/2007, de contratos del sector público y su influencia en el régimen de contratación de las fundaciones del sector público andaluz”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 69, (2008), pág. 304.

público)¹⁸, superpuestas e interrelacionadas entre sí, de acuerdo a las cuales se distinguen a su vez varios grados de sujeción a la Ley, en función de criterios subjetivos y además de acuerdo a criterios de carácter objetivo, sobre todo la nueva clasificación de contratos que recoge la Ley (típicos, administrativos, mixtos, privados y contratos sujetos a regulación armonizada o no).

Se trata de un “sistema de círculos concéntricos”¹⁹, o de “*triple capa*”²⁰, en función de la naturaleza de la entidad o sujeto contratante y su posición institucional dentro del “sector público”, que condiciona luego toda la estructura y sistemática sustantiva de la Ley.

Como premisa de partida, el art. 3.1 LCSP considera que forman parte de dicho sector público los siguientes entes, organismos y entidades (terminología ciertamente imprecisa y redundante):

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local;

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social;

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades públicas, las agencias estatales y cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad;

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación directa o indirecta de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) sea superior al 50%;

¹⁸ Vide, por ejemplo, CANALES GIL, Á. y HUERTA BARAJAS, J. A., *Comentarios sobre la contratación pública comunitaria y la Ley de Contratos del Sector Público*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado-UNED, Madrid, 2008, pág. 93 y ss.

¹⁹ GIMENO FELIÚ, J. M^a., “El nuevo ámbito subjetivo ...”, *op. cit.*, pág. 44.

²⁰ VICENTE IGLESIAS, J. L., *Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 70.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia^{20 bis}.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades;

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (entidades de dudoso ajustamiento a los requisitos comunitarios);

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; y

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores;

La enumeración es, ciertamente, exhaustiva y completa, conectando con la definición de sector público contenida en el art. 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y asumiendo la correlativa filosofía de “*disciplina y control de la contratación pública desde la perspectiva del gasto público*”²¹. Además, para asegurar el cierre del sistema, la letra h), que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de «organismo público» de la Directiva 2004/18/CE en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones. Aparentemente, y después de un accidentado proceso de sentencias condenatorias y reformas parciales de nuestro derecho de la contratación pública²², la nueva LCSP se amolda,

^{20 bis} Sobre la posible concurrencia, en una misma licitación pública, de un consorcio y una o varias de las empresas que lo integra, puede verse la reciente SIYCE de 23 de diciembre de 2009, as. C-376/08, apartado 39.

²¹ PAREJO ALFONSO, L., “El ámbito subjetivo ...”, *op. cit.*, pág. 37.

²² Puede verse sobre este proceso GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 119, (2003), págs. 471-487 y “Una nueva sen-

pues, al ámbito subjetivo de las Directivas comunitarias, avanzando incluso más allá de las exigencias derivadas de los mismas en algunos supuestos concretos²³. Pero no hay que confundir “ámbito de aplicación” con “régimen jurídico”. El apartado primero de este art. 3 es meramente descriptivo, delimitando lo que, a efectos de la normativa de contratos públicos, se entiende por “sector público”, desde la superación de la ecuación tradicional “contrato público=contrato de la Administración”. Los distintos tipos de sujetos no tienen, así, el mismo régimen jurídico, sino que, dependiendo de su ulterior clasificación, les será aplicable un régimen más o menos intenso de condicionantes públicos derivados de los principios generales de esta normativa sobre contratación pública. Como se ha dicho, la LCSP, en una difícil combinación entre las exigencias comunitarias de exhaustividad funcional y las imposiciones internas de flexibilidad organizativo-institucional, lleva a cabo un ejercicio de “estratificación” o gradualización de la aplicación de sus previsiones a los distintos entes del sector público (administrativo o empresarial)²⁴.

tencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Administración Pública*, 120, (2003), págs. 667-677; MORENO MOLINA, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, 151, (2000), págs. 319-342; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El Derecho administrativo español ante la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003 en materia contractual”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 7, (2003), págs. 517-528; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Á., *La actividad contractual de las sociedades públicas*, en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.

²³ Precisamente ha sido en el “exceso de regulación” y en el propio afán compilador del legislador estatal, que ha intentado aunar en un mismo texto legal las necesarias previsiones comunitarias con el marco normativo previo tradicional, donde se han hecho más visibles las disfunciones, incorrecciones y defectos de la nueva operación codificadora de la contratación pública en nuestro país. Como se ha dicho, la superación de la visión reduccionista previa, basada en la centralidad del contrato administrativo de la Administración pública, se ha visto empañada, sin embargo, por una clara confusión de regímenes jurídicos y una consecuente e injustificada diversificación de órdenes jurisdiccionales de control, *vide* MORENO MOLINA, J. A., “¿Por qué una nueva ley de contratos? Objetivos, alcance y principales novedades de la Ley 30/2007, de contratos del sector público?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 139, (2008), pág. 428. Sobre la superación de la dicotomía “contrato administrativo/contrato privado”, y su sustitución por la bipolaridad “acto/contrato”, puede verse igualmente MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

²⁴ *Vide* GALLEGO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica* (La Ley 449/2008), 72, (2008), pág. 36 y ss.

2.2. Clasificación de las entidades adjudicadoras sometidas, aun con diferente intensidad, a las previsiones de la LCSP: aspectos críticos de su régimen jurídico

Dentro de este conjunto de entidades del sector público, hay que distinguir las siguientes *categorías*:

1ª. *Administraciones Públicas* (stricto sensu): Se concretan de forma enumerativa en el apartado 2º de este art. 3 LCSP. Es decir, para la LCSP tienen la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes y organismos:

- Los mencionados en las letras a) y b) reseñadas más arriba;
- Los organismos autónomos;
- Las Universidades públicas;
- Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo, sobre un determinado sector o actividad; y
- Las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:
 - Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
 - Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualesquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Finalmente, termina este apartado 2º del art. 3 señalando que “*no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y entidades locales*”²⁵.

²⁵ Hay que señalar que la LCSP también equipara, adoptando un enfoque material o funcional para la conceptualización de los sujetos jurídico-públicos, a las Administraciones públicas, a

Esta primera categoría central es importante porque, según el nuevo art. 20.1 LCSP, en una interpretación *a sensu contrario*, sólo los contratos que celebren estas Administraciones Públicas pueden tener “carácter administrativo” (la aplicación de la LCSP y el control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa son, por tanto, plenos, desde la fase de preparación y adjudicación hasta la regulación de los efectos, cumplimiento y extinción).

Como puede apreciarse, conforman esta primera categoría, en primer lugar, y lógicamente, las distintas Administraciones territoriales, a las que se adiciona, de una forma un tanto sorprendente, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social²⁶. En segundo lugar, y dentro del bloque de las Administraciones instrumentales o institucionales, también se consideran Administración Pública los organismos autónomos –entes públicos de gestión con personalidad jurídica propia y régimen totalmente público (art. 45 LOFAGE)– y las Universidades Públicas –aunque a la luz de su legislación or-

los efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación, a los órganos competentes (órganos “materialmente” administrativos) del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo (D. A. 3ª), las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco (D. A. 33ª) y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), de acuerdo con la D. F. 5ª que modifica al efecto el art. 22.3.b) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. Se incluyen de esta forma, bajo las exigencias de la normativa sobre contratos públicos, aún de forma ancilar a través de su reconocimiento en una Disposición Adicional, a los órganos administrativos de apoyo de determinados organismos constitucionales, y otros entes autonómicos paralelos, que no son “formalmente” Administración, pero que, como tales, desarrollan una indudable “labor administrativa” de apoyo a sus funciones primarias (legislativas o judiciales). Se trata no obstante, como se ha apuntado, de la plasmación positiva de una realidad previa indiscutida, aunque con la LCSP se ratifica la sujeción heterónoma de la actividad contractual de tales organismos a la normativa común de contratos públicos, respetando a la vez su autonomía organizativa y funcional, *vide* POMED SÁNCHEZ, L., *Voz “Contratación de los órganos constitucionales”*, en BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario ...*, *op. cit.*, pág. 135.

²⁶ Según la D. A. 6ª de la LOFAGE, a las Entidades Gestoras y a la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones de dicha Ley relativas a los Organismos Autónomos, salvo el régimen de personal, económico-financiero patrimonial, presupuestario y contable y el relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, que será el establecido por su legislación específica. Por tanto, en primer lugar, no “son” organismos autónomos, sino entes asimilados en su régimen jurídico –y sólo parcialmente–. Y, más evidente, tampoco son “entidades territoriales”, como parece equiparar, en la articulación de su régimen contractual, la nueva LCSP.

gánica se trata, más bien, de entes públicos dotados de autonomía de actuación, más que entidades dependientes o vinculadas a otra entidad matriz para el cumplimiento de un fin u objetivo de interés general (Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades)—^{26 bis}. Y en tercer lugar, del resto de entes institucionales, también se consideran Administración pública, con plenos efectos aplicativos de la normativa sobre contratación pública, cualesquiera otras entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía (las denominadas “Administraciones Independientes”), desempeñen funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad (es decir, entes reguladores independientes que también pueden considerarse, desde el punto de vista de sus funciones, y en el marco concreto de sectores liberalizados o privatizados, entidades administrativas, como la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, etc.), o cualesquiera entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas –entes instrumentales atípicos o “a la carta”– que cumplan alguna de las características siguientes: que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro o que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualesquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. Esta última es, sin duda, la categoría más conflictiva y compleja de las que forman el núcleo duro de las Administraciones públicas a efectos de la aplicación plena de la normativa sobre contratos públicos, en una configuración legal que realmente va más allá, incluso, del concepto comunitario de “poder adjudicador”²⁷. Aparentemente se asume la normativa y jurisprudencia comunitarias

^{26 bis} El TJCE ha confirmado igualmente el posible carácter de licitador de las Universidades o de los institutos de investigación, independientemente de que su actuación esté subvencionada o no con fondos públicos, STJCE de 23 de diciembre de 2009, as. C-305/08, apartados 42 y 45.

²⁷ Para la categorización de “poder adjudicador” habrá que atender realmente a dos criterios fundamentales de sujeción: la existencia de control público y la satisfacción de una actividad o servicio de interés general, aunque se trate de carácter industrial o comercial. Es indiferente, pues, la denominación formal, la forma de personificación –pública o privada–, el estatuto jurídico interno de actuación y la existencia o no de una situación fáctica o jurídica de monopolio. El concepto (comunitario) subjetivo–funcional de entidad pública adjudicadora se construye, pues, sobre bases estrictamente materiales y desde la verificación de las funciones “reales” del ente en cuestión. Sólo cuando nos encontremos ante un ente contratante desprovisto de funciones o potestades administrativas, que se comporte, en la actividad contractual, como cualquier otro operador privado o agente económico –para la satisfacción de necesidades estrictamente comer-

sobre el concepto funcional y material de “poder adjudicador”²⁸, englobando bajo el mismo a cualesquiera entidades instrumentales de derecho público (regla general) cuyo fin principal no sea la “dación” o facilitación de bienes y servicios en el mercado (al actuar en “régimen de mercado”, los entes dejan de ser “Administración Pública” y pasan a ser operadores más del sector, en situación de igualdad con los demás, dejando de regirse por el Derecho público, pero quedando sometidos a las propias exigencias de igualdad, transparencia y competitividad del mercado) o cuya financiación mayoritaria no provenga de ingresos derivados de dicha actividad de mercado²⁹. Por tanto, y al margen de lo discutible que puede ser que una “Administración pública”, incluso en el caso de una actividad de producción de bienes y recibiendo una contraprestación a cambio, pueda moverse “con ánimo de lucro”³⁰, no “son” Administración pública, a efectos de la normativa sobre contratos, las entidades de derecho público pero con funciones básicamente privadas, de intervención, en régimen de competencia, en el mercado de bienes y servicios.

Del contraste entre el apartado 1º (ámbito de aplicación) y el 2º (definición de Administración pública) se desprende, aún, alguna disfunción o duda. Porque aparte de la exclusión expresa de las “entidades públicas empresariales” y entes instrumentales análogos a nivel autonómico y local, quedan sin clasificar expresamente las Agencias Estatales³¹ y tampoco queda claro si el concepto de

ciales o económicas de la Administración-, será legítima –incluso necesaria– la decisión de adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado, en un marco de transacción más flexible, dinámico y en condiciones de igualdad con el resto de competidores, *vide* GIMENO FELIÚ, J. M^a, “El nuevo ámbito subjetivo ...”, *op. cit.*, pág. 38.

²⁸ *Vide*, por ejemplo, la reciente STJCE de 13 de diciembre de 2007, as. C-337/06, en la que se interpreta incluso el requisito de la “financiación mayoritaria pública” de forma extensiva para incluir los supuestos de financiación indirecta (de actividades de organismos públicos de radiodifusión) sobre la base de la recaudación de un canon obligatorio a los poseedores de un aparato receptor.

²⁹ Sobre este segundo requisito puede verse la reciente STJCE de 10 de abril de 2008, TJCE 2008/77, as. *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt*, que califica lógicamente como organismo de derecho público una entidad totalmente pública, con personalidad jurídica propia y encargada del suministro de calefacción urbana de viviendas, organismos públicos, oficinas y empresas del término municipal de la ciudad de Viena.

³⁰ En este sentido, DEL SAZ, S., “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ¿un nuevo traje con las mismas rayas?”, *Revista de Administración Pública*, 174, (2007), págs. 335-366.

³¹ Según el art. 2.1 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, éstas son entidades de derecho público, dotadas de personalidad jurídica

Administración instrumental abarca sólo los entes dependientes de otra Administración, como establece el apartado 2º, o también los entes de derecho público dependientes o vinculados a un sujeto que pertenezca al sector público (apartado 1º), que no tiene porqué ser Administración pública en sentido estricto.

2ª. *Entes del sector público que, no teniendo el carácter de Administración pública, están sujetos a la Directiva 2004/18/CE (“poderes adjudicadores”).* Se trataría de otros entes del sector público sometidos a las reglas públicas comunitarias de la contratación³². Su régimen jurídico está integrado, aparte del Libro I, aplicable a todos los contratos del sector público, por reglas bastante próximas a las de las Administraciones públicas en la fase de preparación y adjudicación de contratos sujetos a la Directiva 2004/18/CE (fase en la que, en realidad, se materializan las garantías públicas básicas de imparcialidad, transparencia y no discriminación de licitadores, porque, como ha dicho el profesor ARIÑO ORTIZ, el principio de legalidad opera aquí con una funcionalidad diferente) y por unas normas con un menor nivel de exigencia en los restantes contratos (art. 175 LCSP), diferenciación –puramente cuantitativa– entre contratos armonizados o no que, por otro lado, ha provocado una discutible liberación –y una cierta “deslegalización procedimental” a través de la remisión principal a los denominados manuales de instrucción– de los segundos, ya que, pese a poder ser adjudicados igualmente por entidades de derecho público o privado pertenecientes al sector público (los mismos actos y los mismos entes, susceptibles de calificarse a la luz de los requisitos comunitarios, como poderes adjudicadores), quedan sometidos, incluso en materia de preparación y adjudici-

propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Además, las Agencias estatales están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en la Ley. Son, por tanto, entes públicos de gestión, con autonomía funcional de actuación y cercanos, en cuanto a su configuración orgánica y capacidad de acción –ejercicio de potestades públicas– a los denominados antes “organismos autónomos”, que sí se incluyen expresamente como Administración Pública en el art. 3.2 LCSP. Sorprende, pues, su falta de mención expresa, dentro de las entidades consideradas, a efectos de esta Ley, como “Administración pública”. Pero es que, además, la propia Ley 28/2006 establece que la actividad de contratación de estas entidades se sujetará a las reglas de contratación del sector público, sin más, sin especificar a cuál de los diferentes niveles de aplicación deben reconducirse.

³² Por ello hay que conectar este segundo tipo de sujetos vinculados por la LCSP con los denominados “contratos sujetos a regulación armonizada” (arts. 13 a 17 LCSP). Estos contratos se refieren a negocios que por razón de la entidad contratante (un “poder adjudicador”), de su tipo y de su cuantía, se encuentran sujetos directamente a las directrices comunitarias.

cación, a la jurisdicción privada³³. Realmente resulta criticable y supone una clara involución del progresivo afianzamiento del control contencioso-administrativo de los actos separables (fase de preparación y adjudicación)³⁴, y necesariamente jurídico-públicos, de cualquier tipo de contrato. La salvaguarda de las propias garantías y principios nucleares de las Directivas comunitarias pasa, precisamente, por el sometimiento a un mismo orden jurisdiccional de aquellas fases contractuales vinculadas a la efectiva protección del interés general tutelado, más allá de la naturaleza –pública o privada– del contrato. Como acertadamente se ha dicho, las fases de preparación y adjudicación del contrato son, en el fondo, “actos administrativos” –que se incluyen funcionalmente en la unidad del contrato–, y, por tanto, vehículo de satisfacción de los intereses generales: no son expresión de una libertad de pacto, sino elementos esenciales –nucleares– del contrato³⁵. Y, sin embargo, el nuevo art. 21.2 LCSP establece que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que se susciten entre las partes en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes sometidos a la Ley pero que no tengan el carácter de Administración pública, y siempre que dichos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada, en una aparente contradicción –sólo excepcionable desde una interpretación flexible del entrecruzamiento de remisiones normativas efectuado– con lo dispuesto en el art. 2.b de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa³⁶ y el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de

³³ Vide, así, DEL SAZ, S., “La nueva Ley ...”, *op. cit.* Conviene reseñar, no obstante, que según el art. 21 LCSP la diferenciación entre contratos sometidos o no a las previsiones comunitarias ha permitido fortalecer parcialmente el control judicial de los contratos privados realizados por los entes adjudicadores. “*El control de los actos separables de los contratos privados por la jurisdicción contencioso-administrativa se extenderá no sólo a los de los que se celebren por las Administraciones Públicas sino también a los de los contratos sujetos a regulación armonizada que celebren las entidades de derecho privado del sector público y los sujetos privados, en el caso de los subvencionados*”, MORENO MOLINA, J. A., “¿Por qué una nueva Ley ...?”, *op. cit.*, pág. 445.

³⁴ En este sentido, por ejemplo, BAÑO LEÓN, J. M., *Voz “Actos separables”*, en BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2009, pág. 20.

³⁵ Vide MEILÁN GIL, J. L., *La estructura ...*, *op. cit.*, pág. 92.

³⁶ “*El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas*”. La LJCA ratifica –aparentemente– la unidad jurisdiccional para la resolución de las controversias derivadas de la “fase pública” de la actividad contractual. Los actos de “preparación y adjudicación” de los contratos no administrativos son, como se sabe, “actos separables” con una evidente incidencia sobre los intereses y

26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Sobre un factor exclusivamente cuantitativo o formal (no llegar a los umbrales marcados por la normativa comuni-

finés públicos perseguidos –y fortalecidos ahora– por la normativa sobre contratos de las Administraciones públicas (efectiva publicidad y concurrencia, igualdad en el acceso a la contratación pública, no discriminación, objetividad en la selección, etc.). Por ello su control se somete igualmente a la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero la nueva LCSP, en su intento integrador de factores objetivos y subjetivos para la clasificación y regulación de los diferentes contratos, parece incurrir en clara contradicción –modificando la legislación previa– al excluir dichas fases en los casos de contratos privados realizados por poderes adjudicadores no “calificados” –a los efectos únicamente de la LCSP– como Administración pública y acotados cuantitativamente por debajo de los umbrales comunitarios. Como se ha dicho, “*la LCSP ha introducido una importante brecha en esta doctrina. Desde el punto de vista adjetivo, la doctrina quiebra porque no todos los actos separables de los contratos celebrados por entes públicos, ni siquiera de todos los definidos como Administraciones Públicas en el art. 2 LRJAP están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y desde el punto de vista sustantivo, aunque hay un reducto público en toda actividad contractual del sector público, [...], en algunos supuestos, [...], la validez e invalidez de los actos de adjudicación se enjuiciará de acuerdo con el Derecho privado*”. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones ...”, *op. cit.* Por otra parte, es verdad que la parquedad de la LJCA podría permitir una interpretación flexible –y ajustada por tanto a la nueva LCSP– de la cláusula de control de los actos separables, entendiéndose que no abarca a los contratos privados realizados por entes públicos sujetos al Derecho privado en su actividad contractual. Porque realmente esos contratos no se encuentran “sujetos a la legislación de contratación”, sino a la legislación civil correspondiente. El problema de esta interpretación es que no hay una equivalencia de categorías entre ambos grupos normativos (al igual que sucede con el art. 2.2 LRJAP, que aunque permite una singularización del régimen jurídico aplicable a las entidades de derecho público mencionadas, las califica claramente como “Administración pública”). Es decir, para la LCSP no son Administración pública determinados tipos de entes que, sin embargo, no tienen un régimen de actuación totalmente privado [en general, sobre esta evidente asimetría entre la categorización de las formas singulares y bilaterales de actuación administrativa se ha pronunciado, con lucidez, PAREJO ALFONSO, L., “El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de contratación del sector público”, en *Documentación Administrativa*, 274–275, (2006), pág. 18]. El art. 57 LOFAGE señala, por ejemplo, que las entidades públicas empresariales, que son efectivamente entes públicos de gestión regidos por el Derecho privado –salvo en el ejercicio de potestades administrativas–, ajustarán su actividad contractual a las “*previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas*”, remisión de cobertura pública que, entiendo, no puede entenderse como cláusula habilitante para que dicha normativa las excluya a su vez de su ámbito de aplicación. Y aparte de todo ello, la LCSP realiza una reinterpretación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la base de criterios “cuantitativos”, técnica ciertamente discutible desde la perspectiva interna de distribución jurisdiccional y de nuevo incompatible con la filosofía netamente material y funcional sostenida por las normas comunitarias. Es evidente, como se ha dicho, que el hecho de que un contrato no se encuentre sujeto al Derecho comunitario, por no alcanzar los umbrales mínimos de sujeción, no puede transformar, sin más, la naturaleza jurídica del órgano contratante, y, en segundo plano, los mecanismos jurisdiccionales de control de su actuación (BAÑO LEÓN, J. M., *Voz “actos separables”*, *op. cit.*, pág. 20. Sobre esta cuestión pueden verse, por ejemplo, las consideraciones de PLEITE GUA-DAMILLAS, F., “Ámbito de aplicación subjetivo del Proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica* (La Ley 1715/2007), 64, (2007), pág. 54 y ss.

taria³⁷) y una discutible –e inexistente en la terminología comunitaria– diferenciación entre “Administración pública” y otros entes del sector público, se elimina la garantía de control separable de la fase de adjudicación, obviando la propia filosofía de sujeción integral y utilización de criterios exclusivamente funcionales del marco normativo comunitario.

Según el apartado 3º de este art. 3, son “poderes adjudicadores”, incorporando expresamente la terminología común articulada a nivel comunitario, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones públicas (es decir, todos los entes considerados como tales por el apartado 2º del art. 3 LCSP);

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que no sean Administración pública en virtud del apartado a), que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia;

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores³⁸.

³⁷ Que por lo demás, y como es sabido, no supone en ningún caso la exclusión total de las exigencias comunitarias, puesto que, sea cual sea el valor o cuantía de los contratos, las entidades adjudicadoras están obligadas, por el propio carácter estructural de los principios que inspiran este grupo normativo, a respetar las normas fundamentales del Tratado y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, en particular (entre otras muchas, la reciente STJCE de 15 de mayo de 2008, asunto *SECAP SpA*, apartado 20).

³⁸ Respecto de esta tercera categoría de “poderes adjudicadores”, y ante el silencio de la jurisprudencia comunitaria, cabe entender, siguiendo la doctrina que se ha pronunciado sobre el tema, desde una óptica garantista y expansiva, que las asociaciones sujetas a las reglas de la contratación pública pueden estar integradas por uno o varios poderes adjudicadores “primarios” u originales, y que su naturaleza jurídica no puede reducirse, sobre la base de las categorías internas, al concepto estricto de “asociación”, sino más bien a cualquier tipo de agrupación, entidad o persona jurídica en la que participe un poder adjudicador en conjunción con otros, con independencia de la forma jurídica de revestimiento, *vide* GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., *Derecho comunitario ...*, *op. cit.*, pág. 50. Con anterioridad también se había pronunciado sobre la cuestión CONCHA JARAVA, M., *El concepto de poder adjudicador en materia de contratación pública: la sentencia de 15 de enero de 1998*, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas. IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía-Comares, Granada, 2001, pág. 243 y ss.

Por tanto, hay dos clases fundamentales de “poderes adjudicadores”: por un lado, lo son, automáticamente, todos los entes considerados “Administración pública” (“entes primarios”); y, por otro, cualesquiera otros, con personalidad jurídica propia, es decir, que se trate de auténticas “entidades” – instrumentales, fundacionales o societarias–, ya sean de derecho público o de derecho privado, creadas específicamente para cumplir objetivos o necesidades de interés general (“entes derivados o secundarios”), siempre y cuanto estas últimas:

- no tengan carácter industrial o mercantil (no hay contradicción entre el concepto de interés general y el carácter industrial o mercantil de la actividad, puesto que aunque lo normal es que las necesidades de interés general se satisfagan al margen del mercado, pueden darse casos en que, pudiéndose satisfacer de esta forma, el Estado prefiera desarrollarlas por sí mismo, o aun dejándolas en el mercado, mantener sobre ellas una influencia dominante)³⁹; y
- uno o varios poderes adjudicadores, a su vez, financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

A pesar de la diferenciación, impuesta más por imperativos comunitarios que por exigencias de racionalidad ordinamental interna, lo cierto es que la figura central de la Ley sigue siendo el contrato de la Administración Pública, y, más concretamente, los contratos administrativos celebrados por las mismas. Siendo así, sometida una y otra clase a la máxima intensidad de regulación y garantías, la diferencia más notable entre los contratos sujetos a regulación armonizada o no radica en la diversa exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (lo cual ya estaba previsto, de hecho, en el anterior TRLC). Ahora bien, lo que sí resulta más cuestionable de la diferenciación legal es la naturaleza jurídica de los contratos a realizar por estas entidades según el art. 20.1 LCSP. Si entre Administración pública y poder adjudi-

³⁹ SSTJCE de 10 de noviembre de 1998, TJCE 1998/268, as. *Gemeente Amhem* y 10 de mayo de 2001, TJCE 2001/136. as. *Agorá*. Sobre la evolución normativa comunitaria en materia de contratación pública y la progresiva interpretación de los requisitos centrales, entre ellos el de “necesidades de interés general”, puede verse FERNÁNDEZ GARCÍA, M^o. Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el derecho comunitario europeo”, *Revista de Administración Pública*, 166, (2005), especialmente pág. 294 y ss.

gador no parece haber diferencias en el grado de aplicación de la Ley, porque, de hecho, a nivel comunitario no existe una distinción en tal sentido (la categoría única es la de “organismo de derecho público”), ¿cómo es posible que todos los contratos –sin distinción o verificación de su naturaleza real o funcional– que realice una entidad que no sea Administración pública se declaren como “privados”⁴⁰? El art. 20.1 LCSP no parece tener mucho sentido desde la perspectiva de actuación de poderes adjudicadores que se comportan como auténticas “Administraciones públicas”, aparte de que el criterio subsidiario de aplicación del art. 3.3 LCSP no se refiere sólo a entidades de derecho privado sino a cualquier otra entidad, también de derecho público, no concedida estrictamente como Administración pública⁴¹.

Uno de los aciertos de la LCSP –en realidad, cumplimiento de una obligación comunitaria– ha sido aclarar el régimen jurídico de estos “poderes adjudicadores” que no son Administración Pública pero que se encuentran sujetos a las reglas imperativas de los contratos del sector público (operación más de sistematización que de reforma, dada la amplitud del ámbito subjetivo que preveía ya la normativa previa tras las sucesivas reformas del TRLC). La cláusula de cierre del art. 3.1.h) constituye la transposición casi literal de la definición de “organismo de Derecho público” utilizada por las Directivas de contratos, y manejada reiteradamente por el Tribunal de Justicia para la elucidación de los entes privados nacionales sujetos o no a las exigencias de la normativa de contratos públicos. Queda claro, entonces, que los “poderes ad-

⁴⁰ Desde una óptica crítica semejante se ha manifestado también GIMENO FELIÚ, J. M^a., “El nuevo ámbito subjetivo...”, *op. cit.*, págs. 46–47: “*se opta por abandonar categorías aceptadas por el Derecho administrativo al afirmar que las entidades públicas empresariales no tendrán la consideración de Administración pública [...]. Esto significa que sus contratos serán privados, lo que, en concordancia con el artículo 21.2 de la LCSP –que residencia en el orden civil también los actos de preparación y adjudicación de estos contratos de entes que no son Administración pública–, nos lleva al siguiente interrogante: ¿cómo es posible que actos de preparación y adjudicación de contratos de una entidad pública empresarial se residencien en la jurisdicción civil? ¿No son actos administrativos? Se resucita, en definitiva, la problemática de la dualidad de jurisdicciones [...]*”.

⁴¹ Por todo ello, se ha podido preguntar lo siguiente: ¿será siempre privado un contrato de obras para la ampliación de un aeropuerto que otorgue AENA (entidad pública empresarial en virtud de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990)? ¿O la ejecución de una urbanización promovida por SEPES (entidad pública empresarial del suelo, constituida como tal por el RD 2640/1981, de 30 de octubre?, *vide* SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M., “La Ley de Contratos del Sector Público y el murciélago”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 743, (2008).

judicadores” son aquellas entidades –aparte de las Administraciones públicas *stricto sensu*– creadas para satisfacer necesidades de interés público de carácter no industrial o mercantil⁴² y controladas, financiadas y/o gestionadas por otra entidad que a su vez sea poder adjudicador (ya sea o no una Administración pública)⁴³. Se incluyen por tanto indudablemente ya las personificaciones en forma jurídico–privada de sociedad o de fundación bajo gestión o control públicos (que integran expresamente el “sector público” en virtud de las letras

⁴² Según la STJCE de 16 de octubre de 2003 (asunto C–283/2000), en la que se dilucidaba la naturaleza jurídica de SIEPSA, el concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” no depende de su calificación o desarrollo internos, sino de su configuración comunitaria. Es un concepto autónomo y comunitario, con una interpretación uniforme en toda la Unión Europea, pero variable según las circunstancias jurídicas y fácticas, aunque teniendo siempre en cuenta el contexto de la disposición en que figura y el objetivo a perseguir por la normativa de que se trate. En principio, y como orientación, no serían actividades de carácter industrial o mercantil las necesidades que no se satisfacen mediante la oferta de bienes y servicios en el mercado (el dato a tener en cuenta sería la actividad de mercado o no de un sujeto público determinado, su actuación prestacional directa en régimen de competencia con otros operadores privados), quedando excluidas también aquellas actividades que, por razón del interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante. Pero en realidad, el concepto de necesidades de interés general se ha apreciado con bastante amplitud por el TJCE, incluso en los casos de una relación meramente indirecta entre la actividad instrumental y los intereses públicos conectados (p. e. se ha afirmado que sí cumplen este requisitos una entidad que se ocupa de los servicios funerarios, una entidad encargada de la recogida y tratamiento de residuos sólidos, una sociedad gestora de viviendas de alquiler a precios moderados, una imprenta utilizada para imprimir documentos de carácter confidencial o sujetos a normas de seguridad, etc.)

⁴³ Curiosamente, y después de las diversas sentencias condenatorias del TJCE, el legislador español parece haber ido en este punto más allá incluso de lo exigido por la normativa comunitaria, al exigir expresamente mayoría en la financiación por parte de las entidades matrices. Pero realmente el elemento clave para discernir la obligación de sujeción a las previsiones comunitarias no es el grado de participación económica en la sociedad o fundación en cuestión –criterio objetivo que no predetermina o condiciona los fines concretos del ente–, sino, de nuevo, la función o finalidad (de interés general o de carácter económico) perseguidas. El grado de participación pública (ya se trate de una participación orgánica o institucional, funcional o económica) no deja de ser un criterio formal y objetivo al que el legislador comunitario no presta atención. La “comunitarización” del mercado interior de la contratación pública exige el sometimiento a sus previsiones cuando el organismo de Derecho público implicado desarrolle o busque, a través de su actividad contractual, la satisfacción de intereses generales o públicos vinculados a la propia actividad administrativa. La nueva LCSP “formaliza” una aparente extensión de los entes societarios y fundacionales a las previsiones contractuales públicas pero incurre en un nuevo error material en la definición del ámbito de sujeción, al basarse de nuevo en criterios cuantitativos de participación pública más que en el dato clave de la función material o real realizada.

d) y f) del art. 3.1 LCSP)⁴⁴. Parece superarse la limitada operatividad –y el discutido ajustamiento a las exigencias comunitarias– de la normativa previa⁴⁵, concretamente del art. 1.3 TRLC, que se refería exclusivamente al “resto de entidades de derecho público” vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas y, eso sí, sujetas a los dos parámetros comunitarios de satisfacción de necesidades generales que no sean industriales o mercantiles y financiación, gestión o dirección por otra Administración pública, rebajando a continuación el art. 2.1 TRLC el nivel de intensidad en la aplicación de la Ley para el resto de “entidades de derecho público o privado con personalidad jurídica propia” (observancia de las normas sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación), y siempre que se superaran los umbrales cuantitativos marcados en la propia Ley para determinados contratos⁴⁶.

⁴⁴ No obstante, el criterio específico de sujeción de las fundaciones públicas no parece totalmente acorde con las exigencias uniformes comunitarias. Lo decisivo para saber si un ente, de derecho público o de derecho privado, ha de considerarse “poder adjudicador” a los efectos de la normativa sobre contratación pública es el control que una Administración pública –u otro poder adjudicador, indirectamente– ejerce de forma efectiva sobre el ente en cuestión. Este control puede manifestarse de diferentes formas: por la designación de sus miembros directivos, por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, por la financiación de los contratos públicos a adjudicar, etc. Pero el elemento de la participación en el patrimonio no es decisivo por sí, como parece entender y explicitar ahora el apartado f) del art. 3.1 LCSP: “*fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*”.

⁴⁵ Vide, por todos, GIMENO FELIÚ, J. M^a., *Contratos públicos ...*, op. cit., especialmente pág. 43 y ss.

⁴⁶ El criterio de distinción residía, pues, en el carácter público o privado de la entidad adjudicataria, al margen de los requisitos de actuación (características comunitarias de identificación) y de los contratos a llevar a cabo, criterio incompatible con el concepto unitario, funcional y uniforme de “organismo de Derecho público” acuñado, como se ha reseñado, por la jurisprudencia y la legislación comunitaria. La calificación de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público depende única y exclusivamente del cumplimiento acumulativo de los tres requisitos enunciados en el art. 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto, la forma o el régimen de Derecho privado –desde la perspectiva interna– constituya un criterio que pueda excluir por sí sólo su calificación como entidad adjudicadora, y, por tanto, la exención en la aplicación del “núcleo duro” de la normativa sobre contratación pública. Realmente, sólo una operación de coordinación material de este tipo podría sentar las bases del deseado mercado europeo de la contratación pública, regido por los principios nucleares de igualdad y libre competencia, transparencia de las licitaciones internas y compatibilización entre la propia funcionalidad socio-económica de la actividad contractual pública y los condicionantes actuales de control del gasto público y eficiencia en el uso y aplicación de los recursos.

Parece ahora atajarse el problema, causa de las sucesivas condenas comunitarias al Estado español y del oscilante proceso de reformas parciales de la precedente normativa sobre contratos, de la sujeción o no a este grupo normativo de las “*sociedades mercantiles públicas*”. Lo importante, como se ha dicho, no es la naturaleza jurídica interna del ente societario en cuestión (calificación doméstica autónoma), su eventual régimen jurídico-privado, en tanto sociedad “de” la Administración (no “parte” de la Administración), puesto que el efecto útil de las Directivas y la consecución superior –uniforme y coordinada– de los objetivos del mercado interior de la contratación (pública) de bienes y servicios, demandantes de un régimen común y funcional de transparencia, publicidad y objetividad en las adjudicaciones contractuales, imponen, en realidad, una interpretación “material” o “real” de las funciones a desarrollar, reducida a la verificación objetiva del cumplimiento de los tres requisitos acumulativos recogidos en las Directivas comunitarias. Ha de prevalecer, pues, la finalidad material comunitaria, que conecta en este caso con objetivos claves del proceso de integración europea, sobre la calificación formal interna. Sin embargo, después de sucesivas reformas, el anterior TRLC había permanecido anclado en una visión parcial de las exigencias normativas comunitarias⁴⁷, perviviendo la excepcionalidad del régimen contractual –y, en el fondo, materialmente público– de las fundaciones privadas controladas o financiadas por sujetos públicos o por otras fundaciones públicas y de las personificaciones privadas controladas por un ente público, directa o indirectamente, sin verificación y consecuente discriminación de su actividad que podía no ser meramente económica sino enderezada a la consecución de fines de interés público, cuya fiscalización no puede quedar en manos de la normativa y la jurisdicción privadas⁴⁸. La Disposición Adicional 6ª TRLC, que cerraba –sorprendentemente por su colocación sistemática– el ámbito subjetivo de aplicación del anterior Texto Refundido, se refería, efectivamente, y sin mención a las funciones a desarrollar, a las sociedades públicas mercantiles y

⁴⁷ *Vide*, por todos, NOGUERA DE LA MUELA, B., “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 Comisión/España en el ordenamiento jurídico-español: concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación del TRLCAP introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 53, (2004), págs. 17-45.

⁴⁸ *Vide*, en este sentido, las nítidas consideraciones de BAÑO LEÓN, J. Mª., “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, 151, (2000), pág. 11 y ss.

fundaciones públicas, en el caso de los contratos no comprendidos en el art. 2.1⁴⁹, así como al resto de sociedades mercantiles de participación mayoritaria –directa o indirecta– de las Administraciones públicas o sus entes instrumentales, exigiendo solamente, en su actividad contractual, el respeto –indefinido y ambiguo por lo demás– de los principios de publicidad y concurrencia, y, además, con una expresa cláusula de escape: “*salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*”. Ahora, con la cláusula de cierre del apartado h) del art. 3.1 LCSP cualquier entidad de derecho público o de derecho privado, si cumple los requisitos de Derecho comunitario, estará claramente incluida en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, como parte del sector público⁵⁰.

Ahora bien, si, como parece, los dos requisitos comunitarios son insoslayables, ya se trate de entes de naturaleza pública o privada, no se entiende bien la exclusión expresa –y absoluta– por el apartado 2º de este art. 3 LCSP de las “entidades públicas empresariales” que, si bien tienen un régimen de actuación jurídico–privado, son, evidentemente, entes de naturaleza y forma públicas (art. 53 LOFAGE), aparte de que muchas de las existentes podrían incluirse perfectamente en el ámbito señalado de los entes cuya actividad principal no es mercantil ni su financiación deviene de las contraprestaciones que obtienen en el mercado. Antes, si se consideraban poderes adjudicadores (por el cumplimiento de los requisitos comunitarios), equiparaban su régimen contractual al de las Administraciones públicas; ahora, por un dato meramente formal, todos sus contratos son privados y, por ello, se sujetan a un régimen de publicación contractual menor (sujeción a las reglas de publicidad y procedimientos de licitación cuando celebren contratos armonizados).

⁴⁹ En este supuesto habría un nivel de regulación más intenso. Se trataría de sociedades y fundaciones del sector público que reunían las características de organismos públicos en sentido comunitario y además adjudicaran alguno de los tipos contractuales y umbrales cuantitativos de los previstos en el anterior art. 2.1 TRLC. En su momento, no obstante, llegó a señalarse que esta Disposición Adicional parecía considerarse más una *directiva* que una norma estrictamente vinculante y con plena eficacia frente a terceros. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J., *El ámbito subjetivo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: especial referencia a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales. Respuestas de la jurisprudencia*, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (coord.), *La contratación ...*, *op. cit.*, pág. 211.

⁵⁰ Más concretamente, como parte del “sector público empresarial”, de acuerdo con la nítida sistemática utilizada, para la adecuada inteligibilidad del vasto conjunto de entidades instrumentales estatales, por el profesor DEL GUAYO CASTIELLA, I., *Sector público empresarial e instituciones paraconcursales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 58 y ss.

3ª. *Restantes entes del sector público (ni “Administración pública” ni “poder adjudicador”).* Son el resto de entes que no son ni Administración Pública en sentido estricto ni se encuentran dentro del radio de aplicación de la Directiva 2004/18/CE (es decir, que han sido creados para satisfacer necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil o no están controlados o financiados por los poderes públicos). Más concretamente, todos los demás entes residuales del sector público (de base societaria), los enumerados en el ámbito del art. 3.1, que no se encuentran mencionados en el art. 13.1 LCSP (contratos sujetos a una regulación armonizada cuya entidad contratante ha de ser obligatoriamente un “poder adjudicador”, incluyendo los contratos subvencionados por dichas entidades). Su régimen jurídico se reduce ya, aparte de las normas comunes del Libro I, a la observancia de unas directrices y reglas mínimas de transparencia y concurrencia para la adjudicación de los contratos que pretendan celebrar (art. 176 LCSP), en tanto sociedades o empresas públicas creadas específicamente para satisfacer necesidades económicas de la Administración⁵¹.

Como conclusión de este análisis del ámbito subjetivo de la nueva LCSP puede señalarse que la pretendida exhaustividad y concreción perseguidas, articuladas sobre la base de una nueva sistematización, más formal que material (prácticamente se reproduce el ámbito subjetivo del anterior TRLC después de las sucesivas reformas que había venido sufriendo)⁵², adolecen, y se ven por

⁵¹ Tiene razón la profesora GALLEGO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones ...”, *op. cit.*, cuando afirma que el gran esfuerzo sistematizador y clarificador de la LCSP contrasta con una escaso avance sustantivo en las reglas y parámetros públicos de control de la actividad contractual de los entes societarios públicos. Porque la “principal aportación de la LCSP respecto a la D. A. 6ª TRLCAP es la aplicación a los entes del sector público que no tienen la condición de poderes adjudicadores las normas relativas a la aptitud para contratar del empresario y una mínima precisión de la forma de hacer efectivos los principios relativos a la contratación pública”.

⁵² Como se ha apuntado acertadamente, “la nueva Ley mantiene las categorías tradicionales en nuestro Derecho –pero que no se conocen en las Directivas comunitarias– de contratos administrativos y contratos privados de la Administración, así como la dualidad de regímenes jurídicos (de Derecho administrativo y de Derecho privado) para los contratos del sector público, precisando los supuestos en que se aplica uno u otro y las normas que les son aplicables”, MORENO MOLINA, J. A., “¿Por qué una nueva ley ...”, *op. cit.*, pág. 444. Es posible, a mi juicio, que esa forzada conmixtión entre el marco tradicional interno, fundado en una doble y paralela dicotomía de carácter objetivo y formal, y las nuevas exigencias subjetivo–funcionales derivadas de una normativa contractual uniforme centrada únicamente en la contratación de los poderes públicos, haya sido la causa de la compleja articulación positiva reflejada en la nueva LCSP. Frente a una mayor sistematización y claridad del ámbito subjetivo de aplicación, se introduce un complicado esquema de remisiones y verificación de factores concu-

ello enturbiadas, de una inadecuada confusión y reiteración de previsiones. Realmente, la sistemática utilizada, con la pretensión de abarcar la totalidad de entes del sector público, es más precisa, pero, a la vez, más compleja que la normativa anterior⁵³. Aparte de alguna previsión dudosa, y de opciones discutibles como la exclusión global del ámbito de las Administraciones públicas de las entidades públicas empresariales, lo cierto es que resulta difícil, al final, dilucidar el régimen jurídico propio de cada tipo contractual, por los diferentes niveles de aplicación, la diversidad de entidades contratantes y los paralelos tipos de contratos. Por ejemplo, las agencias estatales, que pertenecen al sector público, no se consideran formalmente como Administración pública, remitiéndose entonces el juicio sobre su consideración como poder adjudicador al análisis, al final caso por caso, del cumplimiento de los requisitos acumulativos exigidos por el Derecho comunitario (art. 3.3 LCSP), cuando parece claro que si su objetivo común es la mejora en la gestión de los servicios públicos –para lo que se dotan de personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía de gestión– a través del ejercicio de auténticas potestades administrativas, difícilmente se dará el caso de que su actuación en la satisfacción de los intereses generales tengan carácter industrial o mercantil. Pero el mayor error de la Ley radica en la confusión de la figura central utilizada para sujetar a los entes del sector público a esta normativa: en primer lugar, no se define de forma exacta el concepto de “poder adjudicador”; pero, en segundo lugar, y más importante, se confunde el género –es decir, el poder adjudicador– con la especie –los distintos tipos de entes o sujetos contratantes sometidos a la Ley–⁵⁴. En otras palabras, el poder adjudicador no es un tipo de ente

rentes (tipo de entidad, tipo de contrato, carácter comunitario o no) que puede abocar a un excesivo casuismo aplicativo y a una mayor dificultad en la propia interpretación de las previsiones legales, *vide* igualmente en este sentido GALLEGO CÓRCOLES, I., “Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de contratos del sector público”, *Contratación Administrativa Práctica*, 72, (2008), pág. 36 y ss.

⁵³ No hubiera sido incorrecto, por ejemplo, seguir la opción del legislador andaluz en este punto. El art. 122 de la Ley 18/2003, de 19 de diciembre señala que las entidades vinculadas o dependientes de la Junta de Andalucía que tengan la consideración de poder adjudicador conforme a la legislación comunitaria quedarán sujetas a las reglas de la Ley de contratos cuando superen los umbrales comunitarios. En vez de intentar una sistematización completa, se realiza una remisión genérica al Derecho comunitario, como fuente última de legitimación y control.

⁵⁴ *Vide* la clarificadora exposición sobre este punto de GIMENO FELIU, J. M^a., “El nuevo ámbito subjetivo ...”, *op. cit.*, págs. 39–40 y antes en “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de contratos del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 14, (2007).

del sector público. Todos los entes contratantes son, por ello mismo, “poderes adjudicadores”, cuando se cumplen los requisitos comunitarios para su configuración –en esa línea, deberían haberse enumerado, no los entes integrantes del sector público, sino los entes considerados “poder adjudicador”–. La LCSP parece distinguir claramente entre Administraciones públicas y poderes adjudicadores –y otros que no son ni lo uno ni lo otro–, y, verdaderamente, todos son poderes adjudicadores, en tanto sujetos aptos para llevar a cabo una actividad contractual determinada. “Poder adjudicador” es, en fin, no una clase de ente contratante que reúne unas características, sino –genéricamente– cualquier organismo contratante –al menos desde la perspectiva y terminología comunitarias–. Probablemente la confusión del legislador nazca de la pretendida disociación entre el tradicional contrato administrativo y el reflejo indirecto de su concepción funcional sobre el resto de entes –variados y complejos– del sector público español.

II. ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY: LAS CONTROVERTIDAS FIGURAS DE LOS “CONVENIOS” EXCLUIDOS Y LOS “CONTRATOS DOMÉSTICOS” DE LA ADMINISTRACIÓN

La LCSP configura desde el principio, como reseñábamos más arriba, diversas categorías contractuales, con regímenes jurídicos igualmente diferenciados, apartándose así de la sistemática clásica –disposiciones generales, procedimiento contractual y reglas especiales para los distintos tipos de contratos administrativos– del TRLC. De forma novedosa, la calificación jurídica de los diferentes contratos previstos en la LCSP viene determinada por la categoría del órgano de contratación, con lo que se impone una conexión sustancial entre el ámbito objetivo y el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley.

Concretamente, pueden distinguirse las siguientes categorías generales –con sus correspondientes regímenes jurídicos–, haciendo en este momento un especial hincapié en los contratos excluidos y en los tipos más dudosos acuñados por el nuevo art. 4 LCSP, y teniendo en cuenta sobre todo que la dualidad de categorías *contratos administrativos/contratos privados* no responde ya a la rígida ecuación material del TRLC (contratos vinculados o no al tráfico o fin correspondiente de la Administración pública): los artículos 5 a 12 LCSP no acuñan, estrictamente hablando, “contratos administrativos”, típicamente administrativos, sino “modalidades contractuales”, que, en función del sujeto adjudicador, podrán también dar lugar a contratos privados⁵⁵.

⁵⁵ Vide, así, las consideraciones de MORENO MOLINA, J. A., “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de contratos del sector público”, *Documentación Administrativa*, 274–275, (2006), pág. 49.

A) *Contratos administrativos (típicos)*.– Son única y exclusivamente los contratos celebrados por una Administración pública en sentido estricto⁵⁶, y que puedan encuadrarse en alguna de las siguientes categorías (art. 19 LCSP), diferenciando claramente, al margen de la naturaleza pública o privada, el concepto y régimen jurídico de cada uno de ellos:

– Contrato de obra: su objeto consiste en la realización de una obra –y el posible proyecto previo– o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización de obras conectadas con las necesidades especificadas por la entidad contratante⁵⁷.

– Contrato de concesión de obra pública: realización por el concesionario de algunas de las prestaciones del apartado anterior, teniendo como contraprestación bien únicamente el derecho a explotar la obra o bien dicho derecho más el de percibir un precio.

– Contrato de suministro: su objeto es, en una notable ampliación de esta modalidad contractual, la adquisición, arrendamiento financiero o arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles, excluyéndose en todo caso los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

– Contrato de gestión de servicios públicos: su objeto es la gestión indirecta de un servicio público cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada⁵⁸.

⁵⁶ Art. 20.1 LCSP, a *sensu contrario*. Aunque el artículo anterior, que enumera los contratos administrativos, para ofrecer la posibilidad de que los mismos se celebren por un ente que no se considere Administración pública. Dice así: “*Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública*”. ¿Es esto una afirmación reiterativa o una posibilidad?

⁵⁷ Según la jurisprudencia comunitaria, los contratos públicos de obras “*son contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y una entidad adjudicadora, por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de actividades de obra o de la obra resultante, bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad adjudicadora*”, independientemente de que en el acuerdo se prevea también la realización adicional de actividades constitutivas de prestaciones de servicios (criterio del objeto principal del contrato), y de que la ejecución efectiva de las obras se lleve a cabo directamente por el contratista o por un tercero subcontratista, STJCE de 18 de enero de 2007, TJCE 2007/16, asunto *Jean Auroux*, apartado 29.

⁵⁸ Parece claro, no obstante, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, que en sí el contrato de gestión de servicios públicos no es una figura contractual perfilada, al menos desde la

– Contrato de servicios: su objeto son las prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.

– Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: son aquellos en que una Administración pública encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos; b) gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas; c) fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

Esta última modalidad contractual es la auténtica novedad de la LCSP en este punto, incluso adelantándose a la normativa comunitaria específica actualmente en tramitación. Su funcionalidad es evidente: externalizar los costes públicos de las grandes actuaciones competencia de la Administración. El proyecto se desarrolla conjuntamente por el sector público y el sector privado, en un aparente plano de igualdad. El problema es que la valentía del legislador español no ha sido total, puesto que este contrato se configura como una modalidad subsidiaria: sólo podrá utilizarse cuando previamente se haya puesto de manifiesto que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas perseguidas en cada caso.

– Contratos especiales⁵⁹

perspectiva de nuestro derecho interno, sino una técnica plural de gestión de los servicios públicos: “*La gestión indirecta es la operada a través de diversas formas o instituciones de origen y base contractual mediante las que la Administración mantiene la titularidad del servicio y la responsabilidad última de su prestación, confiando el ejercicio o explotación de la actividad a persona distinta, sin perjuicio de la posibilidad de intervención mediata en ella*”, COLÁS TENAS, J., *Voz “Contrato de gestión de servicios públicos”*, en BERMEJO VERA, J. (dir.), *Diccionario ...*, op. cit., pág. 182.

⁵⁹ Se trata de los “*contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siem-*

Todo contrato administrativo se rige, tanto en su fase de preparación y adjudicación, como en la fase de desarrollo y extinción por la LCSP (aunque sólo de forma subsidiaria para los contratos especiales), sometiéndose los conflictos que puedan surgir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Contratos sujetos a regulación armonizada.– Se trata, como novedad respecto al TRLC, de los contratos que se otorguen por entes administrativos que sean poderes adjudicadores y sean de obras, concesión de obras públicas, suministro y servicios que igualen o sobrepasen los umbrales cuantitativos establecidos por la LCSP, y en todo caso los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (art. 13.1 LCSP).

También tienen la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades, tal y como dispone el art. 17 LCSP. Se trata, por tanto, de contratos celebrados por sujetos no pertenecientes al sector público, pero incorporados al ámbito de sujeción de la normativa comunitaria por su conexión directa (financiación de una parte relevante de su importe) con aquellos. Igual sucede con los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas, regulados en el art. 250 LCSP.

C) Contratos privados.– Son los celebrados por las entidades del sector público que no sean Administración pública⁶⁰. El régimen jurídico de estos contratos y la jurisdicción competente para resolver los litigios en materia de adjudicación y/o ejecución será:

- a. En los contratos privados sujetos a regulación armonizada, su preparación y adjudicación se regirá por la LCSP, mientras que su desarrollo y extinción se someten al Derecho privado.

pre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados". Como se ha señalado, los contratos administrativos especiales sí se siguen definiendo en base a su vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por la satisfacción de una función pública de la específica competencia de aquélla. "Sin embargo, la categoría de los contratos especiales va a perder mucha fuerza aplicativa como consecuencia de la amplia definición en la LCSP de los contratos típicos y en especial, de la figura de los contratos de servicios, que se convierten con la nueva Ley en el cajón de sastre donde incluir las prestaciones de hacer que no sean de obras o suministros", MORENO MOLINA, J. A., "El ámbito objetivo ...", *op. cit.*, pág. 51.

⁶⁰ La predeterminación no juega, sin embargo, a la inversa. La propia LCSP permite, en ciertos supuestos, que las Administraciones Públicas celebren también contratos privados.

- b. En los contratos privados otorgados por entes del sector público que no sean Administración Pública ni estén sujetos a regulación armonizada, la jurisdicción civil será la competente para resolver tanto los conflictos derivados de la fase de licitación y adjudicación como de la fase de ejecución del contrato, desplazamiento global de la jurisdicción contencioso-administrativa ciertamente discutible, tal y como se ha avanzado más atrás.

Teniendo unas consecuencias tan importantes la distinción (el desplazamiento del centro de gravedad del control judicial incluso para las fases de preparación y adjudicación) sorprende que la LCSP utilice un criterio subjetivo tan rígido para la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración⁶¹. Parece que, en el fondo, todos los contratos celebrados por los entes integrantes del sector público habrán de ser “contratos públicos”, asumiendo la univocidad conceptual del Derecho comunitario, y que luego, dependiendo de la naturaleza interna específica del ente adjudicador, el régimen jurídico se bifurca entre contratos administrativos y contratos privados. Como se ha sostenido, no hay, en realidad, una doble naturaleza jurídica, ni una contraposición de institutos. La esencia es la misma: contratos de la Administración pública. La diferencia consiste, entonces, en la contingencia de una distinción, siempre matizable, articulada a los meros efectos legales, de la que, por tanto, difícilmente cabe extraer un criterio indubitado para la ruptura actual de la unidad de fuero⁶².

D) *Contratos excluidos*.– La LCSP se aplica –aunque con diferente intensidad– a todos los contratos celebrados por los sujetos pertenecientes al sector público que se definen en el art. 3, exceptuando los supuestos que se enume-

⁶¹ Como se ha dicho, “no es fácilmente imaginable calificar de tal modo –como no administrativo– un acto de adjudicación de un contrato por una entidad pública empresarial, por ejemplo, pero parece que ésta es la inclinación del legislador. Más grave aún, porque ese mismo acto estará sujeto a la jurisdicción contenciosa (por tanto, será administrativo) si el contrato supera los umbrales de la regulación armonizada, pero cambiará misteriosamente de naturaleza jurídica cuando el contrato esté por debajo de dichos umbrales, pues en este caso será la jurisdicción civil la que entienda de él, con lo que al final hay que concluir que hasta una teoría jurídica tan consolidada como la de los actos separables puede ser hecha añicos por voluntad de legislador”, VICENTE IGLESIAS, J. L., *Comentarios ...*, op. cit., pág. 106.

⁶² Vide FUERTES LÓPEZ, M., “Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6, (2000).

ran en el art. 4, siguiendo parcialmente la fórmula de negocios y contratos excluidos que se recogía con anterioridad en el art. 3 TRLC. Son los siguientes:

a) La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral –relaciones de carácter estatutario o laboral especial difícilmente calificables como negocios jurídicos *stricto sensu*–.

b) Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general. La única diferencia con la regulación anterior es la aparente transformación de la facultad de utilización del servicio público por el carácter obligatorio del mismo.

c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

Se regula en este apartado la controvertida figura de los *convenios de colaboración*, como fórmula de escape administrativo de la normativa sobre contratos públicos, reformada ya antes por el RD Ley 5/2005, de 11 de marzo (como respuesta a la Sentencia de condena de 13 de enero de 2005)⁶³ y retocada ahora para reafirmar el carácter restrictivo de los mismos cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de las normas comunitarias⁶⁴. Por ello, más allá de la denominación y fórmula del convenio, lo importante, para determinar o no la sujeción a la LCSP, es la “naturaleza” real del mismo, y siempre desde la exclusiva óptica comunitaria⁶⁵. Además habrá que tener en

⁶³ De acuerdo con dicha Sentencia, quedarían sujetos a la normativa comunitaria todos los contratos cuyo objeto fuera alguno de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, cuando se celebren a título oneroso y por escrito, entre una entidad adjudicadora y un contratista o proveedor que sea una persona jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones, siendo el importe, en todo caso, irrelevante.

⁶⁴ Vide GIMENO FELIÚ, J. M^a., “Reflexiones críticas ...”, *op. cit.*

cuenta ahora la relación de esta figura con el nuevo y ampliado contrato de gestión de servicios públicos, a través del cual pueden ser prestados todos los servicios de competencia de la Administración –tengan o no contenido económico– siempre que sean susceptibles de explotación por particulares (art. 251.1 LCSP).

A tenor de la jurisprudencia, para saber cuándo nos encontramos ante un auténtico “contrato”, y no ante un aparente convenio –interadministrativo o con particulares–, habría que verificar, en primer lugar, si el objeto o prestación del concierto se halla directamente vinculado o no con la actividad específica de la Administración contratante y, en segundo lugar, si a través del mismo se satisface de manera directa una finalidad pública de la propia competencia de ésta⁶⁶. Y ello independientemente de la fórmula legal de personificación utilizada, de la forma jurídica (el criterio básico de sujeción es el objetivo o fin de la entidad) como reseña la STS de 22 de abril de 2005⁶⁷, y de las posibles relaciones interadministrativas entre las entidades públicas concurrentes⁶⁸.

⁶⁵ Como se ha ratificado en la reciente STJCE de 18 de diciembre de 2007, TJCE 2007/386, asunto *Correos*, “la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho comunitario, de modo que la calificación del convenio de colaboración en Derecho español no es pertinente para dilucidar si este último está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50”, apartado 50.

⁶⁶ STS de 18 de febrero de 2004, RJ 2004/1740, en el que se dilucidaba la naturaleza contractual o no de un convenio de colaboración concertado entre el Consejero de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat y el Grupo de Sanidad Porcina de Lérida: “a través de un denominado convenio de colaboración, concertado de modo directo y sin previo expediente que posibilite la concurrencia de otros posibles interesados que reúnan las condiciones de una oferta pública que no se ha formulado, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Cataluña ha concertado con una entidad privada, constituida casi de modo simultáneo y para la consecución de unos fines que se solapan con los que va a perseguir la unión resultante de ese convenio, la prestación conjunta de un servicio de interés público que se considera de vital importancia para la provincia de Lérida, que supone importantes prestaciones materiales y pecuniarias”.

⁶⁷ STS de 22 de abril de 2005, RJ 2005/4716. La Sentencia confirma que ante una sociedad mixta como la del caso de autos no cabe entender existente una gestión directa del servicio sino una indirecta y que la suscripción de un convenio interadministrativo incorporando a nuevos municipios como beneficiarios de la gestión del ciclo integral del agua en sus respectivos términos municipales por una sociedad mixta creada por un objeto limitado a un término municipal constituye una conducta elusiva de respeto a los principios de libertad de competencia y transparencia reiteradamente manifestados como esenciales.

⁶⁸ STJCE de 18 de enero de 2007, TJCE 2007/16, asunto *Jean Auroux*. Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye –según el TJCE– un contrato público de obras con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales. Se trataría de convenios cuyo objeto esté configurado por intereses privados sobre los que eventualmente concurren intereses públicos, excluyéndose en todo caso los convenios de colaboración con personas privadas para la realización de intercambios contractuales⁶⁹.

e) Los convenios incluidos en el ámbito del art. 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa⁷⁰.

f) Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público.

g) Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las Administraciones públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con

⁶⁹ Puede verse, en este sentido, GIMENO FELIÚ, J. M^a., *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 128.

⁷⁰ El carácter abierto y difuso de esta exclusión –y la propia ambivalencia de su contenido– se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STJCE de 2 de octubre de 2008, as. C-157/06, *Comisión contra República Italiana*, relativa a la calificación de un contrato de suministro de helicópteros ligeros para las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos. Si bien es verdad que dichos helicópteros, por el destino reflejado en la norma de cobertura, estaban destinados en principio a servicios civiles (no militares), con la sola posibilidad de instalación de armamento ligero, “*la Comisión estimaba que, aunque se tratara de suministros militares, la Directiva 93/36 debería seguir siendo aplicable*”. Frente a ello, la República Italiana afirma que “*en el contexto internacional actual, los conceptos de guerra y de material de guerra han sufrido una modificación sustancial en relación con su significado inicial, como ocurre con el concepto de protección de los intereses esenciales de la seguridad nacional*”. Por ello, “*los helicópteros tienen que poseer ciertas características técnicas que les permitan ser utilizados eventualmente como sistemas de armas y de defensa*”. Frente a esas alegaciones, sostiene el TJCE que “*queda acreditado que el Decreto ministerial se refiere, como lo admite la República Italiana, a helicópteros cuya vocación civil es cierta, mientras que su finalidad militar sólo es eventual. Por consiguiente, la República Italiana no puede invocar válidamente el artículo 296 CE apartado 1, letra b) al que remite el artículo 3 de la Directiva 93/36, para justificar una normativa nacional que autoriza el recurso al procedimiento negociado para la adquisición de los helicópteros mencionados*”.

sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la Ley.

Este apartado coincide básicamente con la regulación anterior, aunque con una adecuada ampliación de los entes instrumentales afectados por el mismo, ahora cualquier organismo de derecho público.

h) Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación conjunta de una obra, o relativos a los contratos de servicios destinados a la realización o explotación en común de un proyecto.

i) Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.

j) Los contratos y convenios adjudicados en virtud de un procedimiento específico de una organización internacional.

k) Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.

l) Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería.

m) Los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a la LCSP, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato.

Este apartado no estaba previsto en el anterior TRLC, concretándose en la exclusión de los supuestos en los que una entidad del sector público es la que realiza la prestación objeto del contrato, y salvo que proceda la aplicación de la Ley por el ser el receptor de los mismos una entidad sujeta.

n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el art. 24.6 tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que

tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a la LCSP, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en el Capítulo II del Título Preliminar de la LCSP, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los arts. 121.1 y 174 LCSP.

Se recoge en este apartado la exclusión del ámbito objetivo de la LCSP de los denominados “*contratos in house providing*” o contratos domésticos⁷¹.

La nueva regulación se ajusta, en principio, a los requerimientos establecidos progresivamente por la jurisprudencia comunitaria⁷², completando la versión previa que se ceñía a las posibles encomiendas de gestión encargadas a entidades y sociedades de capital íntegramente público⁷³, aunque avanzando ya las limitaciones comunitarias, al exigir que “*la Administración que efectúa la encomienda ostente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que estas sociedades y entidades realicen la parte esencial de su actividad con la entidad o entidades que las controlan*” (apartado l) del art. 3.1 TRLC, reformado por

⁷¹ Para un sector doctrinal, sin embargo, y de acuerdo con la propia literalidad normativa (“negocios jurídicos”) no estamos en presencia de una exclusión contractual específica, sino del reconocimiento de una realidad jurídica diferente. Técnicamente hablando, se trataría de operaciones que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratos públicos, precisamente por no ser tales: estaríamos en este caso ante relaciones internas o *cuasi* internas de la Administración: “*prestaciones, suministros o ejecuciones realizadas a una autoridad pública por sus propios órganos o por entidades instrumentales (ya sean de Derecho público o privado) en relación de dependencia, aunque tengan personalidad jurídica propia*”, PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 38.

⁷² Quizás la única duda subsistente sea la remisión a los umbrales fijados en la Directiva 18/2004/CE, que no parece ser un criterio legitimador de la posible elusión de las normas sobre contratación pública a través de esta técnica o fórmula de autoorganización. Ahora bien, el problema de fondo puede derivar, como se ha señalado acertadamente, del hecho de que la LCSP haya asumido normativamente lo que es sólo doctrina jurisprudencial, en progresiva construcción y, por lo demás, bastante oscilante e imprecisa.

⁷³ Sobre el tema puede verse BERNAL BLAY, M. Á., “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1, letra l) TRLCAP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 129, (2006), pág. 77 y ss.

la Ley 42/2006, de 28 de diciembre). Ahora se amplía el ámbito de la exclusión a “cualquier negocio jurídico”⁷⁴, pero se reseña expresamente que la condición de medio propio y servicio técnico del mismo implica que los poderes adjudicadores que encargan la prestación han de ostentar sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios, en la parte esencial de la actividad, exigiéndose, en el caso de sociedades, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública⁷⁵.

Conviene recordar que los contratos *in house providing* o “contratos domésticos” son aquellos en que una Administración pública encarga la prestación (una obra o servicio) a un ente instrumental, vinculado al ente contratante, sin aplicar la normativa sobre contratación pública. Se trata, pues, de encargos “internos”, alojables dentro del marco, más amplio, de la capacidad de autoorganización propia de los entes administrativos^{75 bis} que, sin necesidad de acudir a un proceso de contratación y a la colaboración de sujetos privados, utilizan sus “propios medios” instrumentales para la prestación de determinadas funciones y actividades administrativas.

Junto al propio debate dogmático sobre el papel y las posibilidades de actuación de los entes administrativos que puede derivar de la configuración de este tipo de modalidades contractuales (excepción a la regla general de sometimiento a los procedimientos públicos de todo tipo de contratos celebrados por un poder adjudicador), el mayor problema que se plantea, y que ha permitido la edición de una amplia jurisprudencia comunitaria al respecto, es el contraste entre la capacidad de autoorganización y prestación propia de la Administración y el respeto de las reglas de la libre competencia y la contratación pública cuando se trate de actividades de naturaleza económica. El concepto amplio y funcional que ha consagrado el TJCE de “poder adjudicador”

⁷⁴ Por ejemplo, una concesión de servicios públicos atribuida por un organismo público a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, excepción a las reglas básicas del sistema de contratación pública de igualdad y no discriminación admitida por la STJCE de 13 de noviembre de 2008, asunto *Coditel Brabant S.A.*, apartado 42 y ss. *Vide* también, sobre la interpretación del registro del “control análogo” la STJCE de 10 de septiembre de 2009, as. C-573/07.

⁷⁵ De hecho, “*la circunstancia de que la autoridad pública concedente posea, junto con otras autoridades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal autoridad pública ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios*”, STJCE de 13 de noviembre de 2008, as. C-324/07, apartado 31.

^{75 bis} Donde cabría alojar, igualmente, el supuesto de colaboración de varias entidades públicas, vide STJCE de 9 de junio de 2009, as. C-480/06.

puede chocar con la exclusión de determinados encargos o “contratos” realizados por una Administración a entes instrumentales, fundamentalmente de Derecho privado, sin respetar los procedimientos y garantías de la licitación pública, y con la consiguiente restricción de la posible concurrencia de otros contratistas privados. Por ello, el TJCE ha restringido esta posibilidad de “contratación interna”, más en concreto, de pura encomienda interadministrativa de actuaciones –frente a la decisión de externalización formal y funcional de los servicios–, sobre la base de dos requisitos acumulativos, y de necesaria interpretación estricta: que la Administración contratante (entidad matriz) ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que existe sobre sus propios órganos o servicios –aunque no es necesario que sea un control “totalmente idéntico” y “completamente individual”, sí debe conllevar una influencia estratégica determinante o potencialmente determinante– y que se realice la parte esencial de la actividad con la propia Administración controladora⁷⁶. Es decir, que se trate de servicios propios⁷⁷, aunque desconcentrados respecto de la estructura original administrativa. No hay contrato, pues, cuando se trata de la misma persona jurídica⁷⁸.

⁷⁶ Puede verse, dentro de la amplia jurisprudencia emanada ya sobre el tema, la STJCE de 13 de octubre de 2005, TJCE 2005/295, asunto *Parking Brixen GMBH*, donde se concluye que la adjudicación de la gestión de los aparcamientos públicos de pago constituye realmente una concesión de servicios públicos, y no un contrato público de servicios, puesto que la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública encomendante, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento.

⁷⁷ Al no existir un concurso de voluntades, se entiende que no existe realmente un contrato, aunque formalmente se trate de una relación administrativa entre dos personas jurídicas distintas. La relación de dependencia entre el ente matriz y la entidad adjudicataria del encargo diluye la posible autonomía decisional (voluntad) de la segunda. “*Sólo hay una única voluntad decisoria que ordena la realización de una determinada actividad a un apéndice propio, mediante la adopción de un acto administrativo*”, unilateral, por tanto, y de obligada aceptación por parte de la entidad especializada. La excepción *in house* responde al hecho de la existencia de una única voluntad, de un encargo o encomienda de carácter puramente interno o doméstico, reduciéndose la dualidad formal de entes afectados a una unidad material de decisión informada por la consecución más efectiva del interés general implicado. En este sentido, y aún sometida a una interpretación estricta, “*la excepción in house permite a los Estados miembros disponer, en todo caso, de un margen de maniobra para poder asegurar una gestión adecuada de los servicios de interés general, frente a la obligación de apertura a la concurrencia derivada del principio de libre prestación de servicios*”, vide PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house ...*, *op. cit.*, págs. 39–40 y 48.

⁷⁸ Aclara, además el art. 24.6 de la nueva LCSP que “*en todo caso se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo*

El problema a nivel interno, dejando de lado el propio carácter abierto y oscilante del proceso de concreción jurisprudencial comunitaria⁷⁹, es que el TRLC no se refería inicialmente de manera expresa a este tipo genérico de contratos domésticos. Lo que sí contenía el art. 3 del TRLC, como estamos viendo, eran determinados negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación, y susceptibles, por tanto, de tramitación de acuerdo con las reglas del Derecho privado (aparte de la clásica posibilidad de la ejecución de obras por la propia Administración con medios propios y la fabricación de bienes muebles también por la propia Administración). Dentro de estos negocios excluidos, se preveían dos figuras que podían dar cabida, con sujeción a la construcción jurisprudencial comunitaria, a los llamados contratos domésticos: los convenios de colaboración interadministrativos (con entes de Derecho público o de Derecho privado) y las encomiendas de gestión. Pero lo cierto es que las Administraciones públicas españolas, y el propio legislador –estatal y autonómico– habían venido aplicando indebidamente la doctrina comunitaria, considerando medio propio a entidades (normalmente sociedades públicas mercantiles) que no reunían claramente los requisitos exigidos para ello, como se ha puesto al final de manifiesto con la famosa Sentencia TRAGSA.

En virtud del art. 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se otorgó a la empresa pública TRAGSA la calificación de medio propio de la Administración del Estado, y, en su caso, autonómica. Según la versión interna española, esta entidad, a pesar de tener personalidad jurídica propia, ser formalmente una entidad distinta a la Administración estatal, en realidad no tenía autonomía decisoria, por lo que un encargo entre ambos entes nunca sería un auténtico contrato sujeto a las reglas comunitarias de la contratación pública. Si no había dos voluntades, no existiría en ningún caso un negocio contractual. Lo que existiría sería un mero encargo o encomienda, de carácter obligatorio para la segunda

con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”, exigiéndose además, como requisitos formales y de seguridad jurídica, que la condición de medio propio “se reconozca expresamente por la norma de creación o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

⁷⁹ Como ha puesto gráficamente de manifiesto PERNAS GARCÍA, J. J., *Las operaciones in house* ..., *op. cit.*, pág. 79 y ss.

entidad, y derivado de una orden expresa de la Administración, que retendría, por tanto, potestades de control y dirección sobre su ejecución⁸⁰. Sin embargo, la cuestión de su naturaleza jurídica nunca había sido pacífica. Por ello, el Tribunal Supremo sometió cuestión prejudicial al TJCE sobre la posibilidad de que TRAGSA realizara obras públicas sin sometimiento al régimen general de la contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público⁸¹. El asunto se ha resuelto mediante la importante y reciente Sentencia de 19 de abril de 2007⁸². Para el TJCE, TRAGSA está obligada a realizar los trabajos que le encomiende, en las materias que constituyen su objeto social, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas, y no tiene la posibilidad de fijar libremente la tarifa de sus intervenciones. No hay, pues, relación contractual entre estos sujetos públicos, sino un mandato interno, dependiente y subordinado, en la medida, concluye el TJCE –en un claro ejercicio de matización o relativización de la línea jurisprudencial previa–, que esta sociedad totalmente pública constituye un medio propio instrumental y un servicio técnico de tales entidades matrices. Lo más discutible de la Sentencia es que TRAGSA pueda considerarse también como medio propio de la Administración autonómica (lo que se ha denominado “*encomiendas o encargos cruzados*”)⁸³, cuando la práctica totalidad del capital social pertenece a la Administración del Estado (las Comunidades Autónomas de Madrid, Navarra, Castilla La Mancha y Cantabria, un 0,01 %), discrepancia que se puso de manifiesto de hecho en las Conclusiones presentadas al efecto por el Abogado General. Una cosa es que realice gran parte de su actividad para las Comunidades Autónomas y otra que se considere, con la participación que tienen, como medio propio o doméstico de éstas, que difícilmente pueden controlar las decisiones estratégicas de la sociedad. Pero el hecho es que

⁸⁰ STJCE de 19 de abril de 2007, TJCE 2007/85, asunto *Tragsa II*, apartados 21 y 22.

⁸¹ A pesar de que ya antes se había pronunciado el TJCE sobre la naturaleza no contractual de la actividad jurídica de la entidad en cuestión, en la sentencia previa de 8 de mayo de 2003, TJCE 2003/122, asunto *Tragsa I*, si bien es verdad que analizando sólo la concurrencia del primer requisito jurisprudencial, al conectar la necesidad de un control análogo de la entidad matriz sobre el ente instrumental con el dato de la existencia de una evidente relación de dependencia.

⁸² TJCE 2007/85, asunto *Tragsa II*.

⁸³ Porque realmente, y como ha señalado el propio TJCE, “*debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha entidad*”, STJCE de 13 de noviembre de 2008, as. C-324/07, sobre la adjudicación por un municipio de un contrato de concesión de servicio público a una sociedad cooperativa intermunicipal.

la nueva LCSP ha aprovechado el fallo favorable del TJCE incorporando ahora expresamente en la D. A. 30ª que *“TRAGSA y sus filiales integradas ... tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. Las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual ...”*.

La cuestión, sin embargo, no se encuentra cerrada. La propia naturaleza de mera construcción jurisprudencial, en proceso constante de integración, y sin una base normativa firme, justifica el carácter oscilante y casuístico de las sucesivas sentencias del TJCE. Y en este sentido, el último pronunciamiento recaído, también referido a España, la STJCE de 18 de diciembre de 2007, asunto *Correos* (TJCE 2007/386), ha supuesto un nuevo viraje hacia planteamientos más restrictivos en torno a la viabilidad de la *“excepción in house”*.

El núcleo de la cuestión prejudicial antecedente de la Sentencia radica en la cuestión de si puede encomendarse directamente a una sociedad anónima, de capital íntegramente público, la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, la prestación de servicios postales reservados y no reservados al margen de las reglas genéricas de la contratación pública. El TJCE es claro con relación a los servicios reservados, admitiendo la adjudicación directa a través de un convenio interadministrativo, pero sin embargo restringe esta posibilidad respecto de los servicios postales no reservados, sobre la base de la ausencia de cumplimiento del segundo requisito acuñado por la jurisprudencia previa –y retomando, por tanto, una doctrina más restrictiva y rígida que la apreciada en Sentencias anteriores–. El argumento del Tribunal es el siguiente: *“Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal, tiene un cometido totalmente distinto, que implica en particular que su clientela está compuesta por cualquier persona interesada en utilizar el servicio postal universal. El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entra ambas entidades”*. Por lo tanto, concluye el TJCE, no se cumple el segundo requisito, *“puesto que Correos, en cuanto proveedor del servicio postal universal en España, no realiza la parte esencial de su actividad con el Ministerio ni con la Administración Pública en general, sino que dicha sociedad presta servicios postales a un número indeterminado de clientes del referido servicio postal”* (apartados 53 y 59).

o) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el art. 7 (contrato de concesión de obras públicas), que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

Se excluyen, así, del ámbito de la LCSP los negocios regulados por la legislación patrimonial (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas) –y lógicamente los títulos habilitantes para la intervención privada sobre los bienes demaniales–, que se considera preferible, frente al anterior TRLC, extraerlos por completo de la legislación de contratos.

p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporables, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministros o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.

q) Los contratos de servicios y suministros celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.

Esta nueva exclusión de contratos se conecta con lo dispuesto en el art. 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, como instrumento de incentivación de la actividad de retorno científico de los grupos de investigación, salvaguardándose en todo caso los principios de competencia y licitación pública para la fase previa de la adjudicación de los proyectos de investigación concretos. No obstante, al no estar prevista esta exclusión expresamente en la Directiva, pueden plantearse algunos problemas de legalidad y ajustamiento a los parámetros comunitarios, al igual que sucede con los contratos bancarios o de préstamo.

En cualquier caso, para este último apartado y los demás negocios jurídicos excluidos por el art. 4 del ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, se dis-

pone en el apartado 2º del mismo que aunque –lógicamente por su exclusión– se regulen por sus normas especiales, se aplicarán los principios de la propia LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, con lo que se prevé, por clara influencia comunitaria⁸⁴, una cierta aplicabilidad indirecta y principal de la LCSP incluso para los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidas de su radio de acción.

E) *Contratos menores*.– La LCSP ha elevado los umbrales cuantitativos para la determinación de este tipo de contratos (art. 122.3):

a. Contrato de obras: los de cuantía inferior a 50.000 euros

b. Resto de contratos: los de cuantía inferior a 18.000 euros, a excepción de aquellos que sean susceptibles de contratación centralizada por la Administración General del Estado.

⁸⁴ *Vide*, con detalle, MORENO MOLINA, J. A., “El ámbito objetivo ...”, *op. cit.*, págs. 58–61.

La televisión local digital terrestre en Andalucía y el cese de emisiones en analógico

Juan Francisco Sánchez Barrilao

Prof. Titular de Universidad de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: LA TELEVISIÓN LOCAL CON OCASIÓN DEL APAGÓN ANALÓGICO. II.- MARCO JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD TELEVISIVA: II.A.- TELEVISIÓN Y CONSTITUCIÓN. II.B.- RÉGIMEN LEGAL Y LIBERALIZACIÓN DE LA TELEVISIÓN. II.C.- TELEVISIÓN Y ESTADO AUTONÓMICO. III.- LA LEY DE TELEVISIÓN LOCAL TERRESTRE: III.A.- LA LEY 41/1995 DE TELEVISIÓN LOCAL POR ONDAS TERRESTRES. III.B.- EL PROYECTO LIBERALIZADOR DE 1997 DE REFORMA DE LA LEY 41/1995. III.C.- LA TELEVISIÓN LOCAL TERRESTRE DIGITAL. III.D.- LA TELEVISIÓN DE PROXIMIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO. III.E.- PARADOJAS EN TORNO AL RÉGIMEN LEGAL DE LA TELEVISIÓN LOCAL TERRESTRE. IV.- LA TELEVISIÓN LOCAL EN ANDALUCÍA: IV.A.- EL RÉGIMEN TRANSITORIO. IV.B.- EL DECRETO 1/2006 POR EL QUE SE REGULA EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TELEVISIONES LOCALES POR ONDAS TERRESTRES EN ANDALUCÍA. IV.C.- EL NUEVO MARCO ESTATUTARIO. IV. D.- EL CESE EFECTIVO EN ANDALUCÍA DE EMISIONES TELEVISIVAS LOCALES EN ANALÓGICO. V.- EPÍLOGO: EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL: V.A.- APROXIMACIÓN CRÍTICA AL NUEVO RÉGIMEN LEGAL DE LA TELEVISIÓN QUE SUPONE EL PROYECTO DE LEY AUDIOVISUAL. V.B.- LA TELEVISIÓN LOCAL EN LA LEY GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto una aproximación crítica al marco normativo regulador de la actividad televisiva local a la vista, fundamentalmente, del rol que dichas televisiones ejercen y de los derechos y libertades en juego; y ello, a su vez, desde una perspectiva esencialmente diacrónica, a fin de procurar una adecuada apreciación de la situación jurídica alcanzada al respecto de la televisión local en España, en general, y en Andalucía, en especial, con ocasión del llamado “apagón analógico” en 2010. A este fin se analiza el marco constitucional y legal de la televisión, con particular atención al proceso de liberalización de la misma y al Estado autonómico; de manera

más concreta, luego, el régimen jurídico de la televisión local y su evolución legal a nivel estatal, y el desarrollo normativo de la televisión local, ahora, en la Comunidad Autónoma de Andalucía; y por fin, el cese efectivo en Andalucía de emisiones televisivas locales en analógico. Para terminar, se presenta un análisis de urgencia del todavía proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual, así como de su incidencia en la televisión local.

Palabras clave: Televisión local, televisión digital, televisión privada, Estado autonómico, régimen jurídico de la televisión.

Abstract: This paper wants to give a critical assesment to the law of local television, under the light of the roll played by this television and the liberties that are at stake. To this porpouse the paper takes an historical view, trying ton analyze the evolution of the legislation in Spain and Andalucia, and for all takes a look to the so called “analogical blackout” that will occur in 2010. In this context, the paper studies the constitutional and legal framework of local television, how this framework has been developed by the state and regional law, and finally tries to describe the legal consequences of the “analogical blackout”. Also, thepaper analyzes the new Audiovisual law and its impact on local television.

Key words: Local television, digital television, private television, Federal State, television law.

I. INTRODUCCIÓN: LA TELEVISIÓN LOCAL CON OCASIÓN DEL APAGÓN ANALÓGICO

El apagón de la televisión analógica previsto en España para el tres de abril de 2010¹, con toda la panoplia de reformas legales llevadas a cabo en pos

¹ Disp. adic. 1ª RD 944/2005, de 29 de julio, y Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan Nacional de transición a la televisión digital terrestre, de 7 de septiembre de 2007. A tales efectos, dicho Acuerdo contempla un calendario de transición que establece cuatro fases para el cese de las emisiones analógicas: la primera, y como programa piloto, el llevado a cabo en la Provincia de Soria y finalizado el 31 de diciembre de 2008; y las tres restantes, organizadas en torno a tres grupos distintos de proyectos, atendiendo al tamaño de la población incluida en cada proyecto y a la infraestructura que se precisa en cada caso para garantizar la cobertura proyectada (primer grupo, aquéllos que cubren una población de menos de 500.000 habitantes, cuentan con un alto porcentaje de cobertura de TDT y necesitan un número reducido de reemisores para alcanzar una cobertura similar a la analógica, completarán la transición el 30 de junio

de la progresiva implantación de la televisión digital, resulta una magnífica oportunidad para revisar el régimen jurídico de la actividad televisiva; y ello, especialmente, respecto a la televisión local, dada la previsión legal de cierre de numerosas cadenas locales aún hoy existentes (al momento de escribir estas páginas)². Y es que tal apagón y cierre, adelantamos, no se presenta carente de problemas: de un lado, por cuanto que no pocas de las televisiones locales analógicas a cesar en su actividad cuentan, sin embargo, con un importante arraigo en su comunidad; de otro, en razón al carácter de *cercanía* que a la televisión local se le reconoce, y así el que tal actividad suponga una particular manifestación de las libertades de expresión e información en el ámbito televisivo; y por último, en atención a cómo un buen número de dichas tele-

de 2009; el segundo grupo de proyectos, aquéllos que tienen una población de entre 500.000 y 700.000 habitantes, completarán la transición el 30 de diciembre de 2009; y tercer grupo, aquéllos que cubren una población de más de 700.000 habitantes y/o que necesitan de la instalación de un número importante de centros para alcanzar una cobertura similar a la analógica, completarán la transición el 3 de abril de 2010).

² Decimos “revisitar”, por cuanto que ya en el pasado tuvimos la oportunidad de analizar la televisión local: “El derecho fundamental a la actividad televisiva” (I) y (II), *Revista Jurídica de Andalucía*, respectivamente núms. 18 y 19, 1996, pp. 35 y ss. y 591 y ss.; y muy especialmente “La liberalización de la televisión local”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 1, 1998, pp. 119 y ss. En esta ocasión, la invitación de los compañeros Rafael BARRANCO VELA y Francisco Miguel BOMBILLAR SÁENZ (del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada) a participar en el Seminario “Aspectos legales de la comunicación audiovisual”, en relación a “La televisión local ante el apagón analógico” (junto a Matilde Santiago Cossi, Directora General de Comunicación Social -Consejería de Presidencia, Junta de Andalucía y a José Luis RAMÍREZ DOMENECH, Director de Radio Granada-Cadena SER y Granada Televisión), y celebrado en la Facultad de Comunicación y Documentación de la Universidad de Granada (15 de enero de 2009), nos obligó a volver a tales trabajos y analizar el desarrollo normativo ulterior; estas páginas son así parte de las reflexiones que alcanzamos en dicha intervención. Pero una nueva invitación de dichos compañeros (a la que se suma ahora la de Leonardo SÁNCHEZ MESA) me ha llevado otra vez (y estando ya ultimadas estas páginas y entregadas a imprenta) a revisar el marco legal de la televisión a la vista del Proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual, en adelante PLGCA (aprobado en el Congreso de los Diputados, Comisión Constitucional, a fecha de 7 de enero de 2010, y en trámite de traslado al Senado al momento de redactar esta nota), si bien centrándome al respecto al final del texto por razones de sistematicidad y lógica planificación en relación al trabajo ya entregado a la Revista; fue nuevamente una mesa redonda, en torno ahora a dicho Proyecto de Ley (en este caso, junto a Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ, compañero de Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada), y celebrada el 14 de enero de 2010 en la referida Facultad de Comunicación y Documentación). Por último, también quisiéramos aprovechar esta nota para mostrar nuestro agradecimiento a Enrique GUILLÉN LÓPEZ, compañero asimismo del Departamento de Constitucional, por sus comentarios y sugerencias.

visiones locales han sido toleradas por los propios poderes públicos, a sabiendas de la situación jurídica irregular en que se encontraban las mismas³.

Es de este modo que dediquemos las siguientes páginas a una aproximación crítica al marco normativo regulador de la actividad televisiva local a la vista, fundamentalmente, del rol que dichas televisiones ejercen y de los derechos y libertades en juego; y ello, a su vez, desde una perspectiva esencialmente diacrónica, pues sólo desde tal acercamiento cabe alcanzar una adecuada apreciación de la situación jurídica alcanzada al respecto de la televisión local en España, en general, y en Andalucía, en especial.

II. MARCO JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD TELEVISIVA

II.A.- TELEVISIÓN Y CONSTITUCIÓN

Lo primero que llama la atención cuando nos aproximamos al marco normativo de la televisión en España es la disparidad de regímenes jurídicos existentes en relación a ésta, según cuál sea su modalidad (por ondas terrestres, por satélite o por cable; analógica o digital; nacional, autonómica o local; y su vez en “abierto”, o en la opción “de pago” o “condicional”)⁴; la razón de ello se encuentra en cómo sus diversas modalidades técnicas presentan características tales que dificultan su homogeneidad jurídica. Sin embargo cabría postular, al margen de tal falta homogeneidad, cierta unidad y coherencia básica a tenor de los derechos y libertades que al respecto se ven afectados (arts. 20.1.a y d, y 38 CE), y desde esta perspectiva que nos preguntemos: si existe un

³ Con carácter general, *vid.* Ángel BADILLO y María de los Ángeles MORENO, “La liberalización del audiovisual local: apunte sobre el caso de Castilla y León”, en www.usc.es/xorna/SECCOM/textos/A_B2.pdf (21/03/2009), 10 pp. Y ello, todavía más, en relación al referido PLGCA.

⁴ Para un primer acercamiento a diversas modalidades de televisión (si bien antes de la aparición de la TDT), *vid.* José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pp. 21 y ss. No obstante, se ha de advertir el anuncio por el Gobierno de su intención de impulsar de una regulación general e integral de lo audiovisual (25/6/2009); anuncio que, al tiempo, adquiere carácter *imperativo* a la vista de la disp. adic. 6ª de la L 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, conforme a la cual “el Gobierno deberá remitir, en el plazo de un mes, el Proyecto de Ley General Audiovisual, que deberá definir un modelo completo de televisión pública”. Con él, obviamente, nos estamos refiriendo al citado PLGCA, en trámite ya de aprobación en el Senado, y respecto del cual nos centramos al final de estas páginas da la absoluta transformación que del régimen legal de la televisión éste supone.

derecho a la actividad televisiva y, en su caso, en qué consista; y a la postre, cómo incida éste en el régimen jurídico de la televisión, en general, y de la local, en particular.

Si por actividad televisiva se entiende transmisión y/o recepción a distancia de sonidos e imágenes en movimiento, cabe deducir en ésta una doble dimensión: una activa, transmitir, y otra pasiva, recibir. Los principales intentos por reconocer esta actividad como derecho han partido fundamentalmente desde las categorías de libertad de antena y televisión privada, al amparo de las libertades de comunicación y empresa contenidas, respectivamente, en los artículos 20.1 (a y d) y 38 de la Constitución; en estos dos casos la televisión es considerada esencialmente desde la posición activa de un sujeto emisor televisivo, en tanto que titular de un derecho ante los poderes públicos a expresarse e informar por medio de la transmisión de sonidos e imágenes en movimiento. A su vez, es posible distinguir entre ambas categorías en razón al distinto fundamento que en verdad se encuentra en ellas: así, por televisión privada comprendemos una forma de ocupación y organización empresarial privada dirigida a la obtención de beneficios mediante la actividad televisiva (art. 38 CE); mientras que, por libertad de antena, la facultad de creación de medios de comunicación televisivos y de emisión a través de ellos, para lograr una libre expresión e información (art. 20.1.a y d CE)⁵. Sin embargo, el artículo

⁵ Dos son así las notas que identifican la televisión privada: la primera es su carácter mercantil y privado, en tanto que la propiedad, la organización de los medios materiales y personales, y la toma de decisión en materia de programación corresponden a un empresario privado; y la segunda nota es su finalidad esencialmente lucrativa, en cuanto que ordenada a la captación de la mayor audiencia posible como medio de obtención de ingresos publicitarios. Concebida de este modo la televisión privada, su régimen constitucional vendría determinado principalmente por el art. 38 CE (libertad de empresa). Mientras, en cuanto a la libertad de antena cabe distinguirse de la televisión privada en razón a la preponderancia que en la primera hay de las libertades a la comunicación contempladas en el art. 20.1.a y d CE, frente al protagonismo de la libertad de empresa en la segunda (art. 38 CE). Pero incluso cabe sostener la no necesaria conexión entre libertad de antena y libertad de empresa, pues: una cosa es que, por los altos costes requeridos para el ejercicio de la actividad televisiva, la empresa aparezca como forma oportuna de organización para cubrir dichos costes; y otra, que necesariamente dicha actividad deba desarrollarse mediante una organización mercantil. De otra parte, la hipótesis de considerar la libertad de antena como un derecho fundamental nos lleva también a tener en cuenta la historicidad de los derechos fundamentales, en general, y de la libertad de imprenta y prensa, en particular. Ha sido la evolución de las circunstancias históricas lo que ha determinado en cada momento el alcance de las libertades en razón a sus fines vitales y a los obstáculos que las venían impidiendo. En este sentido, la represión que sobre la imprenta se realizó durante el Antiguo Régimen, dio lugar a que pronto ésta fuera reconocida como libertad en las primeras declaraciones históricas de derechos;

128.2 de la Constitución permitió al legislador la declaración de la televisión como servicio público de titularidad estatal, en cuanto que actividad esencial para la comunidad (por todas, STC 12/1982). Ello, a la postre, ha dificultado la comprensión de la televisión privada y de la libertad de antena como plenos derechos fundamentales, ya que la *publicatio* de la actividad televisiva conllevaba sostener como único titular de derechos a emitir por este medio al poder público (en particular, el Estado), sin perjuicio de que su gestión pudiera ser encomendada a particulares mediante concesión administrativa⁶; y así, al hilo de ello, el entendimiento de un derecho de acceso a los medios televisivos en régimen de igualdad, y en tanto que instrumental de la más amplia y superior libertad de expresión e información (STC 329/2005).

En conexión con la anterior dimensión positiva se encuentra asimismo el artículo 20.3 de la Constitución, según el cual la ley “garantizará el acceso” de “los grupos sociales y políticos significativos” a los medios de comunicación públicos, “respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de

y las limitaciones técnicas en aquel momento, a la equiparación entre derechos a los medios de comunicación y libertad de prensa. Desde esta perspectiva se comprende cómo la televisión se vendría a sumar al tradicional cuadro de medios de comunicación y al reconocimiento implícito que la CE de 1978 hace de la libertad de imprenta y prensa en su art. 20.1.a y d, cuando habla de cualquier “otro medio de reproducción” o “medio de difusión”. Respecto a la televisión privada y la libertad de antena, *cf.*: en cuanto a la primera, Santiago VARELA, “Constitución, monopolio público y televisión”, *Revista de Derecho Político*, núm. 6, 1980, pp. 40 a 48; y en cuanto a la segunda, Luis JIMENA QUESADA, “La libertad de creación de medios de comunicación en la jurisprudencia constitucional: el caso particular de la televisión por cable y el video comunitario”, *Revista General del Derecho*, núms. 601-602, 1994, pp. 10902 a 10904.

⁶ Sobre la incompatibilidad en abstracto entre la declaración de la actividad televisiva como servicio público y el reconocimiento de auténticos derechos subjetivos a esta actividad, *cf.*: Francisco J. BASTIDA, *La libertad de antena*, Ariel Barcelona, 1990, Capítulos XIV y XV. De este parecer *vid.*, también: Gaspar ARIÑO, *El proyecto de ley sobre televisión privada*, IEE, Madrid, 1987, pp. 78 y ss.; Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “Ordenación jurídica de la televisión en España”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 5, 1993, pp. 37 y 38; y Fernando SANTAOLALLA LÓPEZ, “Televisión por cable y control de omisiones del legislador (En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pp. 179, 183 y 184. Por otra parte, a favor del servicio público y de la concesión como título habilitante para el ejercicio de la actividad televisiva por los ciudadanos, *cf.*: Enrique GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la televisión*, Marcial Pons, Madrid, 1991, en especial pp. 323 a 326. Asimismo *vid.* los trabajos de Carmen CHINCHILLA MARÍN: *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988; y “El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales?. Reflexiones en el caso de la televisión”, en AAVV *Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (II)*, Sebastián Martín Retortillo (coord.), Civitas, Madrid, 1991.

España”⁷. La Constitución vendría de este modo a establecer un derecho de acceso de los grupos sociales y políticos, si bien dejando un amplio margen al legislador a tales efectos (STC 63/1987)⁸. Ahora bien, se ha de remarcar que dicho acceso se refiere en relación a medios televisivos de titularidad pública existentes, y no respecto a un acceso directo a la actividad televisiva en favor de los particulares, lo que a la postre resulta totalmente compatible con la *publicatio* de la televisión más arriba señalada.

Desde la dimensión pasiva de la televisión ahora, y a partir de la conexión existente entre pluralismo externo y derecho a la información (art. 20.1.d CE), la actividad televisiva no giraría ya en torno al emisor, directamente, sino al sujeto receptor o televidente, en tanto que titular de un derecho a recibir información de una pluralidad de entes televisivos. En este sentido, los poderes públicos no pueden garantizar al ciudadano de modo absoluto la veracidad y pluralidad de la información que éste recibe de los medios de comunicación; ni tampoco, incluso, la propia existencia de dicha información, pues ello depende de que sus conciudadanos decidan ejercer las libertades de expresión e información. Pero lo que aquéllos sí pueden, en cambio, es garantizar la existencia de un marco jurídico tal que permita el ejercicio de estas libertades y una pluralidad externa de medios de comunicación a este fin, y con ello “el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión” (STC 127/1994). Desde esta concepción los inconvenientes más arriba señalados sobre la *publicatio* no parecen ser tales, a la vista de la posibilidad de que existan varios emisores públicos y/o privados (en este caso, como gestores indirectos del servicio público)⁹.

⁷ Con carácter general, *vid.* Enrique LINDE PANIAGUA, José María VIDAL BELTRÁN y Sara MEDINA GONZÁLEZ, *Derecho audiovisual*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2009, pp. 156 y ss.

⁸ Por ejemplo, José Ramón PARADA VÁZQUEZ y Mariano BACIGALUPO SAGGESE, “Artículo 20.3. El control parlamentario de los medios de comunicación del Estado”, en AAVV *Comentarios a la Constitución española de 1978 (II)*, Oscar Alzaga Villaamil (ed.), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1997, pp. 555 y ss.

⁹ El art. 20.1.d CE, casi de modo literal, viene a garantizar dos derechos distintos respecto a la libre información: el de comunicarla y el de recibirla; este último consiste en el derecho a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y posee carácter mixto en cuanto necesario para el desarrollo democrático y la libre personalidad de los individuos. Entendido de esta forma el derecho a recibir información, su identificación con el pluralismo externo procede de considerar que sólo es posible este derecho cuando el ciudadano puede recibir distintas opiniones; así, un paso más en relación a la televisión sería estimar el derecho a recibir información

Por último, también desde el pluralismo externo, pero ahora en conexión con la libertad de prestación de servicios y de establecimiento en la Unión Europea (art. 18.1 TCE), cabe la posibilidad de plantear la existencia de derechos a la actividad televisiva de nuevo desde su vertiente activa. Sin embargo, y a la postre, desde el mercado único europeo de la televisión creado a partir de la aplicación de las libertades comunitarias al sector televisivo (arts. 49 y 43 TCE) y la libre competencia (arts. 81 a 89 TCE), tampoco se encuentran elementos suficientes para desgranar un derecho a tal actividad en cuan-

como fundamento y exigencia de un modelo organizativo de la actividad televisiva basado en la pluralidad y concurrencia de medios y fuentes, y nunca en su concentración, sea pública o privada. Desde esta perspectiva el receptor de la información televisiva no queda ya limitado a una posición meramente pasiva en la relación que se establece en la comunicación por televisión; al contrario, éste asume un papel activo al poder ahora elegir u optar entre una diversidad de medios e información simultánea, lo que además le permite ser él, incluso, quien elabore su propia información a partir de las distintas recibidas (el fenómeno del zapping ilustra adecuadamente esta nueva forma de entender el derecho a la información televisiva: el ciudadano, mediante sucesivos cambios de canales en brevísimos espacios de tiempo, puede simultanear la visión de un mismo espacio o programa —noticiario— en diferentes emisoras de televisión; de este modo, el televidente puede, también, seleccionar el emisor, la información, e incluso partes de éstas según su origen y a cómo hayan sido tratadas por los distintos medios; el último paso sería, así, la facultad del receptor de crear su propia información con arreglo a la previamente seleccionada). A estos efectos, el derecho a recibir información televisiva plural pasa en un Estado como el nuestro (social y democrático de derecho), por una intervención positiva tendente a que se haga valer el pluralismo externo en la actividad televisiva frente a situaciones de concentración, privadas o públicas, de los medios televisivos. Cabe configurar así este derecho como un derecho a acciones positivas normativas, en virtud del cual los poderes públicos están obligados a normar en favor de la concurrencia entre dichos medios. No en vano, para el Tribunal Constitucional, “los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ núm. 4). Consecuentemente, el poder público no sólo no puede limitar o impedir a los ciudadanos la recepción de información de distintas fuentes existentes, sino que además está obligado, en especial el legislador, a establecer un régimen jurídico tal en el que sea potencialmente posible la concurrencia de fuentes informativas; con ello el ciudadano podría recibir una información plural y, por tanto, más objetiva, bien optando por aquella que considere más veraz, o bien deduciendo el mismo, de entre todas, la que estime más adecuada. Los poderes públicos no pueden garantizar al ciudadano de manera absoluta la pluralidad en la información, pero lo que sí pueden es no obstaculizarla; este derecho no garantiza un concreto marco jurídico en post de una determinada manera de reglamentar la pluralidad externa de los medios televisivos, pero sí protege, en cambio: de aquél que obligue o determine a la concentración de éstos, en todo caso; y del que reduzca el pluralismo posible a un número máximo de medios, siempre que ello no resulte suficientemente justificado conforme al mantenimiento de una mínima concurrencia. *Cf.* Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “El derecho fundamental a la actividad televisiva (I) ... *cit.*”, pp. 39 a 43, y 45 y 46. Singular mención requiere, de la doctrina *cit.* en tales páginas, el trabajo de Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ, *Los derechos del público*, Tecnos, Madrid, 1995.

to que ello únicamente garantiza la prohibición de abusos en la posición privilegiada en la que se encuentren medios televisivos nacionales (especialmente de los públicos) en relación a las emisiones procedentes de otros Estados miembros; se puede de este modo hablar de la exigencia comunitaria de un mercado televisivo a nivel europeo (Directiva 89/552 del Consejo, de 3 de octubre, a fin de lograr la libre circulación de los servicios de radiodifusión en el ámbito de la Unión Europea), mas no a escala nacional (regional o local), donde los poderes públicos pueden conservar una posición preferente y privilegiada en la televisión¹⁰.

Con todo, y en cuanto a la televisión en su modalidad local, de manera específica, cabe apreciar una particular imbricación cualitativa con los derechos fundamentales anteriormente señalados. Y esto, de un lado, por la mayor cercanía que se da entre emisores y receptores a nivel físico y de intereses (culturales, sociales, económicos y políticos); de otro, por los menores costes que la televisión local (en particular la analógica) supone (frente a los demás tipos televisivos), siendo así también más accesible para la ciudadanía; como, y en conexión con lo anterior, por el carácter tradicionalmente más espontánea y *amateur* de esta televisión (sin perjuicio de su progresiva profesionalización), lo que ha potenciado la intervención directa y personal de ciudadanos y colectivos. Consecuencia de lo anterior ha sido, precisamente, la progresiva proliferación de televisiones locales por todo el territorio nacional desde comienzos de la década de los ochenta del pasado Siglo (la más de las veces, eso sí, de muy reducido alcance territorial, dadas sus limitaciones técnicas), a pesar de no encontrarse legalmente permitida hasta la segunda mitad de la década de los noventa (según se viene a mostrar más adelante), y por tanto bajo la permanente amenaza de cierre de las mismas. Es de esta forma que la televisión local se nos presente, aunque como instrumental a las libertades de expresión e información, menos confinada tanto a las limitaciones técnicas y

¹⁰ Cfr. Tomás de la QUADRA-SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, en especial pp. 91 y 100. También, sobre la creación del mercado único europeo televisivo y acerca de cómo la Sentencia *Sacchi*, de 30 de abril de 1974, del Tribunal de Justicia de la Comunidad, se acepta que los Estados substraigan la televisión al juego de la libre competencia, pero sólo en el sentido de retener su capacidad de emisión, *vid.* Santiago MUÑOZ MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Cívitas, Madrid, 1993, pp. 18, 19, 41, y 43 y ss.; asimismo de interés, Mercedes CURTO POLO, "La libertad de recepción y de retransmisión de emisiones de radiodifusión televisiva y su relación con la propiedad intelectual", en AAVV *Comentarios a la Constitución Europea (III)*, Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol (dirs.), Tirant lo Blanch/Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, Valencia, 2004, pp. 189 y ss.

económicas (por ser más accesible y motivadora para los particulares), como a la propia libertad de empresa, y por tanto, y a primera vista, menos condicionada por los condicionantes (valga la redundancia) técnicos, profesionales, económicos y políticos de la televisión nacional y regional; pero además, también, más cercana con el derecho a recibir información, por cuanto que más inserta y contextualizada en la comunidad en la que se desarrolla.

II.B.- RÉGIMEN LEGAL Y LIBERALIZACIÓN DE LA TELEVISIÓN

En 1978 la actividad televisiva estaba sometida en nuestro país a un férreo control público en forma de servicio público y en régimen de monopolio, todavía fundamentado en la Ley republicana del Servicio de Radiodifusión, de 26 de junio de 1934. Este régimen jurídico de la televisión continuó tras la entrada en vigor de la Constitución (al amparo del referido art. 128.2 CE), al ser revalidado por el legislador en 1980 con el Estatuto de Radiotelevisión (L 4/1980, de 10 de enero): el artículo 1.2 del Estatuto volvía a declarar la actividad televisiva como un servicio público esencial de titularidad estatal¹¹. No obstante, el consenso político con que fuera aprobado el Estatuto de Radiotelevisión no se vio totalmente reflejado a nivel social, donde determinados grupos (como por ejemplo la sociedad Antena 3, S.A.) comenzaron pronto a reclamar a la Administración, primero, y al Tribunal Constitucional, después, el acceso a la actividad televisiva. Consecuencia de este fenómeno fue el surgimiento de una jurisprudencia en el seno del Alto Tribunal favorable a la constitucionalidad del servicio público televisivo, susceptible de dos períodos: un primero, a lo largo de la década de los ochenta, contundentemente a favor de la constitucionalidad de la *publicatio* y del mismo monopolio de la televisión; y otro, ya en los noventa, más propicio a cierta liberalización de la actividad televisiva¹².

¹¹ La declaración de la actividad televisiva como servicio público de titularidad estatal, contenida en el referido art. 1.2 L 4/1980, se vio ratificada en la posterior legislación dictada al respecto: la L 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión; la L 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones; la L 10/1988, de 3 de mayo, de la Televisión Privada; y la derogada L 35/1992, de 22 de diciembre, reguladora de la Televisión por Satélite. Toda esta normativa atribuía, así, al Estado la titularidad del servicio público televisivo, inclusive en el caso de la llamada Ley de la Televisión Privada; no obstante, la L 19/1988 supuso ya un importante paso en la liberalización de la actividad televisiva, al ser su objeto "regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión cuya titularidad corresponde al Estado" (art. 1).

¹² Al respecto de tal jurisprudencia, en general, *vid.* Gema ROSADO IGLESIAS, "Consideraciones en torno al derecho a crear televisión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Derechos y Libertades*, núm. 4, 1995, pp. 481 y ss.

Si bien en el primer período el Tribunal Constitucional admite la constitucionalidad de la televisión privada como una posible opción política del legislador, también lo es, según el Tribunal en su Sentencia 12/1982, de 31 de marzo, la *publicatio* de la televisión, así como el decidir si ésta ha de ser gestionada directa o indirectamente; y esto, por cuanto que la declaración del servicio público televisivo vendría justificada por la intensidad social y política que la actividad televisiva supone en relación al ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20.1.a y d de la Constitución, frente a los tradicionales medios de masas, en el desarrollo de la vida política y democrática del país (FFJJ núms. 3 a 5)¹³. Igual parecer se mantendría en posteriores pronunciamientos del Constitucional durante los años ochenta, como es el caso de sus Sentencias 74/1982, de 7 de diciembre, y 106/1986, de 24 de junio¹⁴. La posterior legislación dictada al respecto ratificaría dicha declaración (L 46/1983, de 26 de diciembre, y L 31/1987, de 18 de diciembre), aunque supuso cierta liberalización de la televisión a nivel estatal por ondas terrestres (L 10/1988, de 3 de mayo) y, más tarde, por satélite (L 35/1992, de 22 de diciembre)¹⁵. Así, aunque sin llegar a reconocer un derecho a la actividad televisiva, se permitió la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad seguía correspondiendo al Estado, y de esta forma que las llamadas “televisiones privadas” no sean, desde entonces, sino meras empresas concesionarias de la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, de manera que lo liberalizado realmente fue una parcela de la gestión del servicio público de la televisión (televisión hertziana y por satélite de ámbito nacional, en aquel momento)¹⁶.

¹³ La estimación por el Tribunal de otras limitaciones impuestas por el ejercicio de la actividad televisiva, no lo son tanto, a la postre, al partir éstas principalmente de condicionamientos técnicos superables y, por ello, de menos entidad jurídica. Más importante en esta Sentencia es la concepción institucional que ofrece el Constitucional en relación a los derechos contenidos en el art. 20.1.a y d CE, verdadero fundamento del razonamiento del Tribunal, y clave en la posterior jurisprudencia dictada al efecto, en este primer período.

¹⁴ En esta primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional español tuvo especial eco las consecuencias derivadas del proceso liberalizador, a la vez que desregularizado, de la televisión en Italia, en el que la Corte Constitucional italiana desempeñara un primerísimo papel; al respecto, *cf.* Enrique GARCÍA LLOVET, *El régimen jurídico de la televisión... cit.*, p. 206. Acerca de la jurisprudencia constitucional italiana sobre la televisión, y del proceso liberalizador abierto en torno a ésta, *vid.* Remedio SÁNCHEZ FERRIZ, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano sobre la televisión”, *Revista de Derecho Público*, núms. 108-109, 1987, pp. 565 y ss.

¹⁵ Según lo apuntado en anterior nota a pié.

¹⁶ *Cfr.* José Carlos LAGUNA DE PAZ, “La televisión privada”, en www.iustel.com (30/01/2009).

La anterior situación varió notablemente en la década de los noventa de acuerdo a la nueva jurisprudencia constitucional surgida en torno al servicio público televisivo. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 206/1990, de 17 de diciembre, 189/1991, de 3 de octubre, y 31/1994, de 31 de enero, vendrían a ser como fases de un hipotético proceso donde la primera establecería las bases de una nueva concepción acerca del servicio público televisivo, la segunda las opciones posibles de desarrollo de tal concepción, y la tercera, parecería, la conclusión. Efectivamente, la 206/1990 introdujo una idea que se repetiría en las otras Sentencias: la declaración de una actividad como servicio público no concede, ahora, plena discreción al legislador para que establezca el régimen jurídico que estime más adecuado, pues está condicionado por los derechos y libertades afectados por dicha declaración, por las razones que la justifican y por el pluralismo (FJ núm. 6). Por otra parte, la 189/1991 estableció las dos opciones que sobre la declaración de servicio público de la televisión por cable y de ámbito local se daban respecto a la Constitución en aquel momento: o bien se enjuiciaba como inconstitucional por injustificada, o en su caso se adecuaba a las limitaciones más arriba indicadas (FJ núm. 3). Y la 31/1994 aceptó el servicio público de la televisión local por cable, siempre y cuando éste respetara el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación garantizada en el artículo 20.1.a y d de la Constitución; de no ser así, como sucedió en los amparos elevados al Constitucional en esta ocasión, dicha *publicatio* perdía su justificación constitucional, concediéndose por el Tribunal el amparo solicitado (FJ núm. 7)¹⁷.

Pero es con la Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, cuando tal jurisprudencia alcanza su máximo desarrollo al incidir y profundizar en la idea del pluralismo externo (según se ha apuntado), en conexión con el mercado televisivo y el derecho a recibir información, como base de una nueva comprensión del régimen jurídico-constitucional de la actividad televisiva. Respecto al pluralismo externo y al mercado televisivo, el Tribunal afirma que tan odioso resulta un monopolio privado de televisión, “desde la perspectiva de la exclusión del ejercicio de los derechos de otros, que el monopolio público ya

¹⁷ En este sentido, el Constitucional denuncia el excesivo silencio legislativo mantenido en relación a la televisión local por cable como causa del amparo, en cuanto que limitativo de la libertad de expresión y comunicación. Posteriores Sentencias del Tribunal ratificarían tal parecer (SSTC 47, 98, 240, 281 y 307/1994, más 12/1995 y 47/1996), sin perjuicio de peculiares pronunciamientos en los que se apartase de tal comprensión, como es el 88/1995, de 6 de junio (sobre la televisión local por ondas terrestres, precisamente). Al respecto de éste, *vid.* las críticas vertidas por José María SOUVIRÓN MORENILLA, “En torno a la regulación de la televisión local por ondas terrestres y algunas cuestiones conexas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 269, 1996, pp. 45 a 48.

abandonado, en virtud del no descartable riesgo de abusos en el mercado a causa de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de competencia por singulares poderes económicos”. De este modo, evitar las concentraciones monopolísticas públicas o privadas de los medios televisivos, para así impedir posiciones hegemónicas en el mercado, requiere de una efectiva tutela y garantía del pluralismo externo (FJ núm. 6.C). Y sobre la conexión existente entre pluralismo externo y derecho a la información, el Constitucional identifica, ahora, “un derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión” (FJ núm. 6.D).

La respuesta del legislador estatal a esta nueva jurisprudencia constitucional no se haría esperar, a la vista de las Leyes 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres (especialmente, en relación a estas páginas), y 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable. Con ellas, además de haberse regulado por primera vez la televisión local y por cable, se dio un notabilísimo salto en la liberalización de la actividad televisiva a través de satélite y cable¹⁸. Posteriormente otras disposiciones han venido a profundizar en la liberalización televisiva. Las primeras fueron el Real Decreto-Ley 6/1991, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones¹⁹, la Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector²⁰, y el Real De-

¹⁸ Respecto a la televisión por satélite, la L 37/1995 partía de un nuevo marco jurídico para las telecomunicaciones por satélite según el cual la prestación de tales servicios quedaría, en general, liberalizada al requerirse únicamente para su ejercicio de autorización administrativa (arts. 1 y 3). Y en cuanto a la televisión por cable, declarado el servicio de telecomunicaciones por cable como servicio público, si bien encomendando su gestión indirecta a operadores particulares (arts. 1 a 9), la L 42/1995 reservaba un mínimo de un cuarenta por ciento del total de la oferta audiovisual a unos programadores independientes que no requerirían para el ejercicio de su actividad ni de autorización administrativa (arts. 9.1.e, 10 y 11.1.d).

¹⁹ Por el que: se creó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 1), como garantía de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato por parte de todos los partícipes en el mercado de las telecomunicaciones (y RD 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones); se modificaron ciertos preceptos de la L 31/1987 (art. 2) y la L 42/1995 (art. 3); y se concibió un segundo operador de telecomunicaciones a través de RETEVISIÓN (art. 4).

²⁰ La L 17/1997, al amparo del pluralismo externo y del derecho recibir información plural, de un lado, y de la normativa comunitaria en materia de televisión, de otra, regulaba determinados aspectos de la televisión por satélite con tecnología digital y la televisión emitida por el siste-

creto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre (naciendo las televisiones digitales terrestres gestionadas por entidades privadas). Y en un segundo bloque: la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificando las anteriores Leyes 10/1988 y 41/1995; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (derogando la L 42/1995); la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modificando nuevamente las Leyes 10/1988 y 41/1995); el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local; la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo; el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan Técnico nacional de la televisión digital terrestre (derogando al anterior RD 2169/1998), completado por el 945/2005, también de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de prestación del servicio de televisión digital terrestre; la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal (derogando la anterior L 4/1980); la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información; y más recientemente, el Real Decreto-Ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (y L 7/2009, de 3 de julio, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones, procedente del anterior DL 1/2009, de 23 de febrero), el Real Decreto-Ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regula, para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional, y la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (modificando la referida L 17/2006)²¹.

ma de acceso condicional (exposición de motivos): aprobación de la incorporación al Derecho español de las especificaciones técnicas contenidas en la Directiva 95/47/CE sobre uso de normas para la transmisión de señales de televisión (art. 1), situaciones de dominio de mercado (art. 2), supuestos especiales de autorización para la prestación de servicios de televisión por satélite (art. 3), obligaciones de los prestadores de servicios de difusión de televisión digital que reciban contraprestaciones económica de los usuarios (art. 4), requisitos aplicables a los servicios de televisión (art. 5), conexión de interfaz abierto en los aparatos receptores de televisión (art. 6), requisitos aplicables al acceso condicional a los servicios de televisión digital (art. 7), etc.

²¹ Para una primera aproximación al todavía vigente marco normativo de la televisión, *vid.*, con carácter general, Enrique LINDE PANIAGUA, José María VIDAL BELTRÁN y Sara MEDINA GONZÁLEZ, *Derecho audiovisual... cit.*, pp. 28 y ss.

II.C.- TELEVISIÓN Y ESTADO AUTONÓMICO

En cuanto a la distribución competencial existente entre el Estado y las Comunidades Autónomas al respecto de la televisión, y especificando en la local, su régimen jurídico final es resultado del entramado normativo complejo del Derecho estatal y del autonómico a tales efectos. Así, y conforme a la Constitución, su artículo 149.1.27 reserva al Estado las normas básicas del régimen de la televisión (“y, en general, de todos los medios de comunicación social”), “sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas” (a lo que se ha de estar a sus respectivos Estatutos de Autonomía); mientras que, de otro lado, el 149.1.21 reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones y radiocomunicación. Al respecto el Tribunal Constitucional ha procurado una interpretación equilibrada de ambos preceptos, de manera que el carácter exclusivo del segundo no desapodere un ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas (de acuerdo a sus respectivos Estatutos) en relación a la televisión. De este modo, el Tribunal determina una interpretación restrictiva del artículo 149.1.21 en relación con la ordenación y gestión de la actividad televisiva respecto a la utilización de infraestructuras, de manera que las competencias estatales queden limitadas a la regulación de los extremos técnicos del soporte: es decir, la ordenación y el régimen de utilización del dominio público radioeléctrico, pero sin alcanzar la gestión de las actividades que discurren sobre él; y de esta forma, garantizándose la competencia autonómica de desarrollo legislativo y ejecución de las bases estatales sobre televisión, conforme al artículo 149.1.27 de la Constitución, y por tanto, concretamente, la atribución a las Comunidades Autónomas de las competencias para otorgar las concesiones de radio y televisión cuando estas actividades se desarrollen en el ámbito territorial de una Comunidad (SSTC 167 y 168/1993, de 27 de mayo), o para autorizar la instalación de antenas y equipos de recepción de las señales de televisión por satélite (STC 244/1993, de 15 de julio)²².

En cuanto a las previsiones estatutarias en torno a la televisión (y dejando a un lado, por ahora, las más recientes reformas de Estatutos de Autonomía

²² Con carácter general, *vid.* Francisco LÓPEZ MENUDO, Concepción BARRERO RODRÍGUEZ, y Juan Antonio CARRILLO DONAIRE, “Reparto de competencias Estado-CCAA: Industria, comercio, infraestructuras y transportes”, en www.iustel.com (30/01/2009); también de interés, Manuel CONCHA JARABA, “Los medios de comunicación social”, en AAVV *Desarrollo de las competencias del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Consejería de Relaciones Institucionales (Junta de Andalucía), Sevilla, 2001, pp. 591 y ss.

llevadas a cabo), una vez superada al tiempo las limitaciones competenciales que suponían los diversos sistemas de acceso a la autonomía (tras sucesivas reformas estatutarias), puede afirmarse una progresiva homogeneización en los Estatutos de los títulos competenciales relativos a la actividad televisiva²³. Así, y con carácter general, éstos han asumido competencias de desarrollo legislativo y ejecución sobre medios de comunicación en el marco de la legislación básica estatal, y en algunos casos específicamente en materia de televisión y previendo, incluso, la creación de medios televisivos propios [art. 16 y disp. trans. 3ª LO 6/1981, de 30 de diciembre (EA); art. 37 LO 8/1982, de 10 de agosto (EAr); art. 17 LO 7/1981, de 30 de diciembre (EAs); art. 10 LO 2/1983, de 25 de febrero (EB); art. 16 LO 4/1979, de 18 de diciembre (EC); art. 34.7 LO 4/1983, de 25 de febrero (ECL); art. 32 LO 10/1982, de 10 de agosto (ECan); arts. 25.9 y 29 LO 8/1981, de 30 de diciembre (ECant); arts. 32.9 y 38 LO 9/1982, de 10 de agosto (ECM); art. 8.10 y disp. adic. 5ª LO Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero (EE); art. 34 LO 1/1981, de 6 de abril (EG); art. 27.11 LO 3/1983, de 25 de febrero (EM); arts. 11 y 14 LO 4/1982, de 9 de junio (EMur); art. 19 LO 3/1979, de 18 de diciembre (EPV); art. 37 LO 5/1982, de 1 de julio (EV); y art. 44 LO 13/1982, de 10 de agosto (LORAFNA)]²⁴. Al amparo de tal marco competencial, y de la legislación básica estatal dictada al respecto, las Comunidades Autónomas han participado en la actividad de la televisión pública en el ámbito de sus respectivos territorios, han creado sus propios medios televisivos, han desarrollado normas estatales en relación a actividad televisiva de ámbito inferior a las Comunidades, y han creado Consejos Audiovisuales²⁵.

²³ Al respecto, *vid.* Ángel RODRÍGUEZ, "Medios de comunicación social y publicidad", en AAVV *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Francisco Balaguer Callejón (dir.), Luis Ortega, Gregorio Cámara Villar y José Antonio Montilla Martos (coords.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 750 y ss.

²⁴ Con carácter general, *vid.* Santiago MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas (I)*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2007, pp. 843 y ss.

²⁵ Sólo a nivel legislativo (y sin perjuicio de sus posteriores reformas): L 5/1982, de 20 de Mayo, de creación del Ente Público Radio Televisión Vasca; L del Principado de Asturias 5/1983, de 4 de agosto, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en el Principado de Asturias (derogada por la L del Principado de Asturias 4/2007, de 9 de noviembre); L 1/1984, de 27 de febrero, reguladora del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en Cantabria (derogada); L 5/1984, de 7 de marzo, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid; L 4/1984, de 26 de junio, reguladora del Consejo Asesor de Radio-Televisión Española en Aragón; L 13/1984, de 30 de junio, de creación, organización y control par-

Sin embargo la anterior homogenización competencial parece retraerse con las últimas reformas estatutarias, dada la mayor concreción competencial a la que en algunos casos se llega, al singularizarse las facultades sobre las que se asumen competencias sobre una concreta materia (especialmente, Cataluña y Andalucía)²⁶. De este modo, y en relación a la televisión, además de la competencia exclusiva autonómica en fomento y difusión de la producción audiovisual, se encuentra: la competencia exclusiva sobre la organización de

lamentario del Ente público de Radio-Televisión Madrid; L 7/1984, de 4 de julio, de creación de la Entidad Pública RTVV y regulación de los servicios de radiodifusión y televisión de la Generalidad Valenciana; L 8/1984, de 11 de diciembre, de Radiodifusión y Televisión en la Comunidad Autónoma de Canarias; L 9/1984, de 11 de julio, de creación de la Compañía de Radio-Televisión de Galicia; L 7/1985, de 22 de mayo, de creación de la Compañía de Radio y Televisión de las Islas Baleares; L Foral 1/1986, de 20 de febrero, de modificación de la Ley Foral de creación y regulación del consejo asesor de radio televisión española en Navarra; L 8/1987, de 15 de abril, de creación, organización y control parlamentario de la Corporación Aragonesa de Radio y Televisión; L 1/1987, de 7 de abril, sobre el Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en Castilla-La Mancha; L 8/1987, de 9 de diciembre, de creación de la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía y regulación de los servicios de radiodifusión y televisión gestionados por la Junta de Andalucía (derogada por la actual L 18/2007, de 17 de diciembre, de la radio y televisión de titularidad autonómica gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía); L 2/1989, de 10 de marzo, para la formación de un texto único del conjunto de Leyes que regulan la creación, composición y funcionamiento del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en Castilla y León; L 7/1994, de 17 de noviembre, por la que se extingue Radio Televisión Murciana y se regula el servicio público de radiodifusión de la Región de Murcia, su organización y control parlamentario (derogada por la L 9/2004, de 29 de diciembre, sobre Creación de la Empresa Pública Regional Radio Televisión de la Región de Murcia); L 3/2000, de 26 de mayo, de Creación del Ente Público de Radio-Televisión de Castilla-La Mancha; L 2/2000, de 8 de junio, del Consejo Asesor de Radiotelevisión Española en Extremadura; L 4/2000, de 16 de noviembre, por la que se crea la empresa pública Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales; L 2/2001, de 18 de abril, de Contenidos Audiovisuales y Servicios Adicionales (y L 2/2006, de 21 de junio, de Supresión del Consejo Audiovisual de la Comunidad de Madrid); L Foral 18/2001, de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual en Navarra y se crea el Consejo Audiovisual de Navarra; L del Principado de Asturias 2/2003, de 17 de marzo, de Medios de Comunicación Social; L 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía; L 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña; L 1/2006, de 19 de abril, de la Generalitat, del Sector Audiovisual; L del Principado de Asturias 6/2006, de 20 de junio, de Comunicación y Publicidad Institucionales; L 10/2007, de 29 de marzo de 2007, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha; L 11/2007, de 11 de octubre, de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales; y L 3/2008, de 16 de junio, reguladora de la Empresa Pública "Corporación Extremeña de Medios Audiovisuales".

²⁶ Vid. Carles VIVER I PI-SUNYER, Francisco BALAGUER CALLEJÓN y Javier TAJADURA TEJADA, *La reforma de los estatutos de autonomía: con especial referencia al caso de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

la prestación del servicio público de comunicación audiovisual de la Comunidad Autónoma y de los servicios públicos de comunicación audiovisual de ámbito local (respetando la garantía de la autonomía local), y la competencia compartida sobre la regulación y el control de los servicios de comunicación audiovisual que utilicen cualquiera de los soportes y tecnologías disponibles dirigidos al público de la respectiva Comunidad, así como sobre las ofertas de comunicación audiovisual si se distribuyen en el territorio de la Comunidad; y también, la creación y mantenimiento de los medios de comunicación social necesarios para el cumplimiento de los fines de la Comunidad [arts. 127.1.d y 146.1 LO 6/2006, de 19 de julio (EC); art. 30.26 LO 1/2007, de 28 de febrero (EB); arts. 68.1y 69 LO 2/2007, de 19 de marzo (EA); art. 74 LO 5/2007, de 20 de abril (EAR); y arts. 70.31.c y 71.12, y disp. adic. 3ª LO 14/2007, de 30 de noviembre (ECL)].

Asimismo los nuevos Estatutos de Autonomía han introducido derechos y principios rectores²⁷, de manera que pasan a definir sustantivamente el ejercicio del poder de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, promoviendo, en relación a la actividad televisiva: las condiciones que garanticen el derecho a la información y a recibir de los medios de comunicación una información veraz y unos contenidos que respeten la dignidad de las personas y el pluralismo político, social, cultural y religioso; y las condiciones que garanticen el acceso sin discriminación a los servicios audiovisuales en el ámbito de la respectiva Comunidad [arts. 43.3, 52 y 146.3 LO 6/2006 (EC); art. 34 LO 2/2007 (EA); arts. 28.2 y 3 LO 5/2007 (EAR); y arts. 16.21 y 22 LO 14/2007 (ECL)]. A tales efectos, además, han institucionalizado a nivel estatutario Consejos Audiovisuales autonómicos (sin perjuicio de que ya estuvieran creados a nivel legislativo), cuya función es velar por el respeto de los derechos, las libertades y los valores constitucionales y estatutarios

²⁷ Sobre la constitucionalidad, naturaleza y alcance de tales derechos y principios estatutarios, *cf.* STC 247/2007, de 12 diciembre. Y acerca de dicha STC, al respecto, *vid.*: Tomás de la QUADRA-SALCEDO JANINI, "El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5, 2008 (48 pp.), en www.iustel.com (06/05/2008); Francisco LÓPEZ MENUDO, "Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía", en *IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Valladolid, 6 y 7 de febrero de 2009)*, 97 pp., en www.uclm.es/ceuropeos/aepda/actividades/congresos/congresoIV (19/03/2009); y Gregorio CÁMARA VILLAR, "Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (A propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pp. 259 y ss.

en el ámbito de la comunicación y los medios audiovisuales en la respectiva Comunidad [art. 56.3 LO 5/1982, conforme LO 1/2006, de 10 de abril (EV); art. 82 LO 6/2006 (EC); art. 77 LO 1/2007 (EB); y art. 131 LO 2/2007 (EA)]²⁸. E incluso, en algún caso, han previsto un Título específico relativo a los medios de comunicación, y en el que integran expresamente aspectos relativos a la actividad televisiva [Tít. V (arts. 88 a 92) LO 1/2007 (EB); y Tít. VIII (arts. 207 a 217) LO 2/2007 (EA)].

III. LA LEY DE TELEVISIÓN LOCAL TERRESTRE

III.A.- LA LEY 41/1995 DE TELEVISIÓN LOCAL POR ONDAS TERRESTRES

Concretando ya en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, para la Televisión Local por Ondas Terrestres, ésta supuso un paso fundamental para tal tipo de televisión por cuanto que ofrecía por primera vez una regulación jurídica de la misma, aunque dicha Ley no alcanzara, en cambio, la liberalización prevista en tal momento para las televisiones por satélite y por cable (conforme L 37/1995 y L 42/1995, según se ha apuntado)²⁹.

Definida la televisión local por la Ley 41/1995 por su emisión en abierto (“sin contraprestación económica directa”), su condición técnica analógica (en cuanto que llevada a cabo a través “de ondas electromagnéticas”) y su ámbito municipal (arts. 1 y 3.1)³⁰, es declarada servicio público (mas sin expre-

²⁸ Al respecto de tales Consejos, por ejemplo, *vid.* Emilio GUICHOT REINA y Juan Antonio CARRILLO DONAIRE, “El Consejo Audiovisual de Andalucía”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 34, 2007, pp. 273 y ss.

²⁹ Nótese cómo, con esto, la L 41/1995 parece encontrarse descontextualizada en relación a sus contemporáneas 37 y 42/1995, lo cual destaca aún más si tenemos en cuenta que las tres simularían formar un paquete normativo, por cuanto que fueron elaboradas y publicadas casi simultáneamente. Muestra evidente de ello es, por ejemplo, la mención que hace la L 41/1995 en su preámbulo a la L 35/1992 (reguladora de la televisión por satélite) como norma aún vigente, cuando ésta se encontraba ya derogada a la entrada en vigor de aquélla (disposición derogatoria L 37/1995).

³⁰ “Se entiende por tal aquella modalidad de televisión consistente en la emisión o transmisión de imágenes no permanentes dirigidas al público sin contraprestación económica directa por medio de ondas electromagnéticas propagadas por una estación transmisora terrenal en el ámbito territorial” de cada núcleo urbano principal de población del Municipio correspondiente.

sarse estatal), si bien previendo su gestión indirecta (arts. 1 a 5, y 9.1 y 13); sin embargo, el grado de liberalización supuesto por dicha gestión indirecta resultaba bastante limitado en atención al escaso número de concesiones previstas para cada Municipio: hasta dos, y siendo una pública, y otra particular (en su caso): El artículo 4 de la Ley 41/1995 preveía en principio una única televisión por cada ámbito territorial municipal (conforme art. 3), sin perjuicio de que pudiera llegarse hasta dos si la segunda no resultaba incompatible con las disponibilidades del espectro radioeléctrico; y ello, reservándose la primera concesión al correspondiente Municipio (art. 9.1). De este modo, la gestión del servicio de televisión local terrestre podía corresponder a los propios Municipios y a personas naturales o jurídicas, con o sin ánimo de lucro (art. 5); pero en ambos casos, previa obtención de la correspondiente concesión por la respectiva Comunidad Autónoma (art. 9.1)³¹. Por tanto, el grado de liberalización y pluralismo externo permitido por la Ley 41/1995 no parecía resultar muy amplio, pues: cuantitativamente, sólo dos televisiones locales cabrían por Municipio como máximo; y cualitativamente, una de ellas sería pública, mientras que la otra, particular (en su caso).

Sobre el aspecto cuantitativo, bien cabría argumentar que el número total de canales por Municipio sería superior, ya que a las televisiones locales habría que añadirse las públicas nacionales, las autonómicas, y las privadas nacionales (además de las posibles a través de satélite y cable); pero concretando en la televisión estrictamente local (aquella que verdaderamente afecta a los ciudadanos en relación a sus intereses locales sociales, políticos, culturales, etc., y a los fines de estas páginas), la oferta televisiva se reducía a dos, y ello sin que el legislador hubiera ofrecido razón alguna que justificara dicho número³². Por otra parte, cualitativamente nótese que hablamos, al igual que ha-

³¹ De este modo, los Municipios podían acordar la gestión indirecta por sí del servicio de televisión local por ondas, dentro del plazo que a estos efectos hubieran señalado sus correspondientes Comunidades.

³² Es más, el número máximo de dos quedaba condicionado a las disponibilidades del espacio radioeléctrico (preámbulo y art. 4 L 41/1995), por lo que éste podía incluso verse reducido. Por otra parte, en la L 10/1988, por ejemplo, el número de televisiones privadas a nivel nacional quedaba reducido a tres en razón a cálculos de viabilidad económica, entre otros motivos (preámbulo); al respecto, *cfr.* STC 127/1994 (FJ núm. 7, *in fine*). E incluso en la L 42/1995 el legislador ofrece argumentos, también de índole económica, para limitar el número de concesiones para el ejercicio del servicio público de telecomunicaciones por cable (preámbulo). Al margen de que se esté de acuerdo o no con tales motivos, lo cierto es que en la L 41/1995 el legislador ni siquiera en-

cía la Ley, de gestión indirecta “particular” y no de “privada” (art. 13); esto es debido a la preferencia que otorgaba la norma a las entidades sin ánimo de lucro para la concesión administrativa, frente al resto de personas físicas y jurídicas que concurrían a concurso (art. 13.2)³³. Y es que el ejercicio de la televisión a nivel local, según se ha adelantado, no requería de tan cuantiosos costos como los necesarios para las otras modalidades televisivas, por lo que resultaba justificado que se fomentara en este ámbito un tipo de televisión menos mercantil y más próximo a las libertades de comunicación contenidas en el artículo 20.1.a y d de la Constitución³⁴.

Pero la Ley no distinguía entre los diferentes fines no económicos posibles, de modo que eran las Comunidades Autónomas las llamadas a graduar la valoración positiva enunciada. Al respecto, el artículo 6 introducía algunos principios inspiradores de la prestación del servicio público de la televisión local, capaces a su vez de permitir cierta guía para los poderes públicos; eran el respeto de la igualdad (art. 6.f), y la promoción de los intereses, la cultura y la convivencia local (art. 6.g). Estos principios, aunque más dirigidos a ordenar la actuación de los concretos gestores del servicio público televisivo local que la de las Comunidades Autónomas responsables del mismo (con arreglo a la

traba a darlos, lo que suponía una limitación injustificada del ejercicio de los derechos de los ciudadanos (arts. 20.1.a y d, 38 CE, y 53.1 CE); en este sentido, la STC 26/1981, de 17 de julio, recuerda que “la motivación es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos” (FJ núm. 13). De similar parecer es Javier GARCÍA ROCA, quien, en relación al todavía Proyecto de Ley de Televisión Local, criticaba la reducción a una concesión por Municipio, así como la falta de justificación de tal limitación por el legislador en tanto que restricción desproporcionada al ejercicio de derechos fundamentales y violación del pluralismo informativo (“Límites constitucionales al legislador de la Televisión”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1995, pp. 34 y 36).

³³ Cabe preguntarnos por la constitucionalidad de dicha preferencia, en tanto que el acceso al ejercicio de la actividad televisiva debe estar presidido por el principio de igualdad (STC 127/1994, FJ núm. 6.B); de partida dicha distinción no parecía objetable, por cuanto que es coherente con la concepción constitucional de actividad televisiva mantenida a partir de las libertades de expresión e información (libertad de antena, art. 20.1.a y d CE), frente a la sostenida desde la libertad de empresa (televisión privada, art. 38). Al respecto, *cfr.* Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “El derecho fundamental a la actividad televisiva (I) y (II)... *cit.*, pp. 38 y 39, y 605 y ss. (respectivamente).

³⁴ Pero, y de ser así, ello casaba mal con la reducción de sólo una concesión a particulares por Municipio, pues suponía limitar, paradójicamente, en extremo lo que precisamente se quería fomentar: las libertades de comunicación contenidas en el art. 20.1.a y d CE.

dición del precepto en su conjunto)³⁵, se presentaban no obstante como criterios útiles en tanto que conformes al artículo 149.1.1 de la Constitución y adecuados al marcado carácter local de esta modalidad televisiva; y ello, aún más, dado el carácter básico de la Ley 41/1995 en relación al artículo 149.1.21 y 27 de la Constitución y a la legislación autonómica a dictar al efecto³⁶. De otra parte, la Ley prohibía expresamente que las televisiones locales formaran parte de cadenas de televisión (art. 7.1)³⁷, a fin de evitar televisiones nacionales o regionales encubiertas, así como que éstas emitiera en cadena (art. 7.3)³⁸; sin embargo, esta última prohibición quedaba matizada al preverse que las Comunidades Autónomas competentes pudieran autorizar, previa conformidad de los plenos de los Municipios afectados, emisiones en cadena en atención a características de proximidad territorial y de identidades sociales y culturales de dichos Municipios (art. 7.4)³⁹.

³⁵ *Vid.*, si no, el resto de apartados del art. 6: objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones; separación entre informaciones y opiniones, e identificación de aquéllos que sustenten estas últimas; respeto a los límites del art. 20.4 CE; respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico; respeto al honor, la fama, la vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la CE; y protección de la juventud y de la infancia, conforme con lo establecido en la L 25/1994.

³⁶ Nada impedía, tampoco, la aparición de otros principios y criterios, pero éstos hubieran debido siempre guardar la oportuna justificación y proporcionalidad con la igualdad y la realidad local y autonómica (cultural, social, económica, etc.).

³⁷ Entendiéndose a estos efectos que forman parte de una cadena: “aquellas televisiones en las que exista una unidad de decisión, considerándose que esta unidad de decisión existe, en todo caso, cuando uno o varios socios, mediante la agrupación de acciones, ejerzan la administración de dos o más sociedades gestoras del servicio, posean en ésta la mayoría de los derechos de voto, o tengan derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de sus respectivos consejos de administración” (art. 7.2). Esto resulta completado con el art. 13.4: “La concesión obliga a la explotación directa del servicio y será intransferible”.

³⁸ Se entiende que esto ocurre cuando varias televisiones locales emiten la misma programación durante más del veinticinco por ciento del tiempo total de emisión semanal, aunque fuese en horario diferente.

³⁹ Por tanto, y a diferencia de la televisión por cable, se dificultaba y condicionaba la transformación de programadores particulares en gestores encubiertos de canales de televisión a nivel local, pues, en principio, se prohibía emisiones en cadena, y la posibilidad de autorización de tales emisiones quedaba condicionada a características culturales y sociales comunes del contenido de la programación en relación a los Municipios afectados; sólo de esta forma cabía entender los criterios establecidos por el art. 7 L 41/1995 a efecto de autorizar emisiones en cadena, pues no te-

En cuanto a la situación jurídica en la que quedaban aquéllos que hasta la entrada en vigor de la Ley 41/1995 venían desarrollando actividad televisiva de ámbito local (disposición transitoria única), sólo los que vinieran emitiendo antes del 1 de enero de 1995 podían continuar su actividad hasta tanto obtuvieran la correspondiente concesión. Ello suponía ya aceptar que, en aquellos Municipios donde existían varias televisiones locales antes de los respectivos concursos, más de alguna no obtendría la correspondiente concesión y, consecuentemente, tendrían que dejar de emitir en el plazo de ocho meses desde la resolución del oportuno concurso⁴⁰; pero también, y mientras se celebraran dichos concursos, la situación de interinidad jurídica en que tales televisiones locales se encontraban⁴¹, frente a las que hubieran comenzado a emitir después del 1 de enero de 1995 (antes de la entrada en vigor de la L 41/1995), pues éstas quedaban fuera de dicho régimen transitorio. A estos efectos, hay otras dos cuestiones a tratar. La primera es el carácter indefinido con el que se presentaba dicho régimen transitorio, pues la Ley 41/1995 no establecía un plazo máximo de vigencia del régimen transitorio (a diferencia

nía sentido que se exigiera proximidad territorial y características comunes territoriales, sociales y culturales, para luego autorizarse emisiones con contenidos de naturaleza generalista o que excedieran ampliamente el marco local afectado. Y sólo de esta forma cabría entender, también, la posibilidad de que las CCAA competentes pudieran, excepcionalmente, "autorizar coberturas que superen el estricto ámbito territorial de una televisión local por ondas terrestres" (art. 3.3). De otra forma, se hubiera estado permitiendo fenómenos de concentración o unificación de la programación emitida por las televisiones locales, y con ello la aparición de verdaderos canales televisivos a niveles superiores al local, e incluso nacional como ocurriera en Italia (sobre la experiencia italiana al respecto, *cf.* José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada... cit.*, pp. 82 y 83).

⁴⁰ La necesaria obtención de dicha concesión administrativa conforme a una reglamentación inexistente al momento en que tales sujetos iniciaron sus emisiones, obligaba a que tales televisiones locales se adaptaran lo más pronto posible al nuevo régimen jurídico definido por la L 41/1995.

⁴¹ De gran interés al respecto son las manifestaciones del Tribunal Constitucional en su STC 88/1995 en relación a cómo, para la televisión local por ondas, no cabían situaciones interinas dado el carácter limitado del espacio radioeléctrico y los abusos que ello podría dar lugar (FJ núm. 7); y esto frente a la prolongada situación de transitoriedad que ha supuesto la ausencia de normativa estatal y autonómica en desarrollo de la L 41/1995 (por mucho tiempo, según se ha apuntado ya y se viene más adelante a profundizar), por un lado, y la necesidad de celebración de los oportunos concursos, por otro. Al respecto *cf.* el Voto Particular del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga.

del de 3 años, establecido en la L 42/1995)⁴², permaneciendo así hasta ocho meses después de la resolución del respectivo concurso concesional en cada uno de los Municipios españoles; de este modo, la efectividad del régimen jurídico diseñado originariamente por la Ley 41/1995 ha dependido, a la postre, del desarrollo que del mismo han hecho el Estado y las diversas Comunidades Autónomas al tiempo, dando lugar a una situación fáctica de cuasi-desregulación de la actividad televisiva local durante años⁴³. Con todo, cabría hablar de una situación de “legalidad a término” de aquellas televisiones local cuya actividad se encontraba sujeta a dicho régimen transitorio⁴⁴. Y la segunda cuestión es cómo, y a diferencia de la Ley 42/1995 que sí integraba en su régimen transitorio a todas las televisiones por cable que emitieran antes de su entrada en vigor (disposición transitoria primera), no se entendía (ni se entiende aún hoy) que sólo las televisiones locales que vinieran emitiendo antes del 1 de enero de 1995 quedaran en tal régimen transitorio, pues si el ánimo del legislador era evitar la aparición de innumerables televisiones locales justo antes de la entrada en vigor de la Ley 41/1995 (y evitar así una situación de entrada masiva de emisores en fraude a la ley), éste debería haber establecido, como hiciera en la Ley 42/1995, específicos instrumentos dirigidos a controlar las emisiones ya existentes⁴⁵.

⁴² Que podía llegar a alcanzar hasta un período máximo de 10 años, para los supuestos contemplados en la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 6/1996.

⁴³ Y así, que “una vez más, lo clandestino se conviert[a] en provisional y tiend[a] a permanecer como definitivo”; *cf.*: Javier GARCÍA ROCA, “Límites constitucionales al legislador de la televisión... *cit.*, p. 15.

⁴⁴ En este sentido, *cf.*: José VIDA FERNÁNDEZ, “La ‘legalidad a término’ de la actividad de determinados emisores de televisión local por ondas terrestres: la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 17 de marzo de 2003”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 4, 2003, 7 pp., en www.iustel.com (21/04/2009).

⁴⁵ Disp. trans. 1ª L 42/1995, de modo que los emisores debían de: primero, demostrar que se encontraban en explotación antes de la entrada en vigor de la Ley, y ello mediante una inspección de la Administración; y segundo, en el plazo de dos meses debían solicitar una concesión administrativa provisional, previa declaración comprometiéndose a presentarse al concurso que se convocó para la concesión del servicio, que además quedaba limitada temporalmente al período de tres años, como máximo, desde la entrada en vigor de la Ley (ello, naturalmente, salvo lo previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 6/1996).

III.B.– EL PROYECTO LIBERALIZADOR DE 1997 DE REFORMA DE LA LEY 41/1995

El 31 de enero de 1997 el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales de un Proyecto de Ley de modificación de la Ley 41/1995 de Televisión Local (121/000028)⁴⁶; mas, finalmente, dicho Proyecto sería retirado (3 de septiembre de 1997)⁴⁷. Sin embargo, en atención a las importantes modificaciones que en relación a la televisión local conllevaba, es por lo que le dediquemos las siguientes notas⁴⁸.

El referido Proyecto de Ley suponía una importante reforma del régimen jurídico de la televisión local por cuanto que liberalizaba en alto grado la actividad televisiva en este ámbito. A *grosso modo*, el Proyecto pretendía adaptar la televisión local al proceso de liberalización del mercado de las telecomunicaciones y hacer efectivos los principios de igualdad, transparencia, no discriminación y libre competencia. A tales efectos, modificaba la naturaleza jurídica del servicio de la televisión local, el cual perdía el carácter de servicio pú-

⁴⁶ A su vez, el 11 de febrero de 1997 la Mesa del Congreso de los Diputados encomendó su aprobación con competencia legislativa plena a la Comisión de Infraestructuras del Congreso (art. 148 RC), así como su publicación y la apertura de un período de enmiendas de quince días, prorrogado, a la postre, hasta el día 8 de abril de 1997 [*BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (VI Legislatura), Serie A: Proyectos de Ley, 17 de febrero de 1997, núm. 30-1, pp. 1 y ss.*]. En este período se presentaron 97 enmiendas, de las cuales dos fueron a la totalidad y una de éstas, además, con texto alternativo (núm. 6, Grupo Federal IU-IC) [la otra enmienda a la totalidad fue la del Grupo Socialista (núm. 39)]. Al respecto de todas las enmiendas presentadas por los diversos Grupos Parlamentarios del Congreso, *vid. BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (VI Legislatura), Serie A: Proyectos de Ley, 14 de abril de 1997, núm. 30-8; también, su índice, 24 de abril de 1997, núm. 30-9*]; en cuanto a las enmiendas parciales, destacaban las presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU), socios políticos del Gobierno en aquel momento, y el propio Grupo Popular, mayoritario en el Congreso y principal respaldo político del Gobierno, lo cual suponía la alteración sustancial del Proyecto aprobado por el Consejo de Ministros.

⁴⁷ *BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (VI Legislatura), Serie A: Proyectos de Ley, 16 de septiembre de 1997, núm. 30-10, p. 59.*

⁴⁸ Al respecto, en concreto, *vid. Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “La liberalización de la televisión local... cit.*, pp. 131 a 133. Asimismo de interés, Ángel BADILLO y María de los Ángeles MORENO: “La liberalización del audiovisual local: apunte sobre el caso de Castilla y León... *cit.*, pp. 2 y 3; y “La política de comunicación del Partido Popular: el caso de la televisión local”, *Política y Sociedad*, núm. 41, 2005, pp. 95 y ss.

blico en favor de servicio de interés general, reduciéndose la intervención administrativa al respecto, de modo que la televisión local quedaba sujeta a un régimen de simple autorización administrativa, siendo competente para su otorgamiento las Comunidades Autónomas; además preveía la supresión de la prioridad en el otorgamiento de la concesión a los Municipios frente al resto de personas naturales y jurídicas; por otra parte, el número de autorizaciones pasaba a depender de la disponibilidad del espectro radioeléctrico, siendo competente la Administración General del Estado en la determinación de dicha disponibilidad y en la concesión de las frecuencias (con lo que desaparecía el límite de una o, como máximo, dos concesiones por cada ámbito territorial de cobertura, pues el número de autorizaciones sólo vendría limitado por la disponibilidad del espectro radioeléctrico)⁴⁹; y por último, se establecía un nuevo régimen transitorio para las emisoras de televisión local que estuvieran emitiendo con objeto de regular su situación, según el cual en el plazo de dos meses los titulares de tales emisoras deberían solicitar el otorgamiento de una autorización provisional de la Comunidad Autónoma correspondiente, previa inspección del Ministerio de Fomento de las instalaciones, y el titular de la emisora debía presentar una declaración comprometiéndose a solicitar una autorización definitiva⁵⁰.

⁴⁹ También se prohibía la doble financiación de las televisiones locales gestionadas por los Municipios, no pudiéndose financiar simultáneamente mediante cánones o subvenciones y por ingresos publicitarios; se pretendía así evitar la doble financiación del servicio y la desleal competencia entre las televisiones locales municipales y las privadas.

⁵⁰ Aunque seguía sin establecerse un plazo máximo del período transitorio, sí se determinaba que, en caso de incumplimiento de los plazos para solicitar la inspección y la autorización provisional, o resolución del procedimiento de licitación sin que aquélla se transforme en definitiva, se obligaría al titular de la emisora a cesar en su actividad y a desmontar las instalaciones en un plazo de ocho meses; mientras tanto, al menos, la inspección previa por la Administración estatal hubiera garantizado cierto control público sobre tales emisiones televisivas, a la vez que efectivamente se hubiera acreditado que éstas existían antes del período transitorio (evitándose así situaciones en fraude de ley). Por otro lado, y según se ha adelantado, las enmiendas presentadas por los diversos Grupos Parlamentarios del Congreso alteraban notablemente el referido Proyecto y, en mayor o menor grado, el anterior régimen jurídico de la televisión local. Cifrándonos a las enmiendas presentadas por los Grupos Catalán y Popular (núms. 58 a 73 y 74 a 91, respectivamente), destacaba la vuelta al servicio público (núms. 58, 75, 76 y 78) y la previsión nuevamente de un número máximo de concesiones, pero a determinar por las Comunidades Autónomas de acuerdo con las disponibilidades del espectro radioeléctrico según estableciera el Ministerio de Fomento (núms. 59 y 79). Por otra parte, se mantenía la valoración positiva de las personas naturales y jurídicas que sin ánimo de lucro se presentaran a concurso público de concesión administrativa (núm. 85); y la estructura general del régimen transitorio anteriormente apuntado (núm. 91).

III.C.– LA TELEVISIÓN LOCAL TERRESTRE DIGITAL

Sería al tiempo, con ocasión del proceso de implantación en España de la televisión digital, cuando la Ley 41/1995 se viera modificada a la luz de una serie de reformas parciales de la misma que, sin embargo, vendrían a alterar finalmente el régimen jurídico global de la televisión local. Tales reformas fueron introducidas por las referidas Leyes 22/1999, de 7 de junio (de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva), 53/2002, de 30 de diciembre (de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), 62/2003, de 30 de diciembre (de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), y 10/2005, de 14 de junio (de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo).

Ahora, la televisión local terrestre se define tecnológicamente como digital, a la par que su ámbito territorial ya no se circunscribe al Municipio en sí: capitales de Provincia y de Comunidad Autónoma, Municipios “con población de derecho superior a 100.000 habitantes”, organizaciones territoriales insulares, y Municipios colindantes “cuya población de derecho total sea superior a 25.000 habitantes o cuya cobertura incluya a todos los municipios en un radio de, al menos, 25 kilómetros” (arts. 1, y 3.2 y 3); así, en vez de hablar de una televisión local estrictamente municipal, quepa ahora referirse a una “televisión de proximidad” o comarcal al extenderse en general el ámbito territorial de la misma⁵¹.

En cuanto al número de concesiones, éste se amplía respecto a la originaria dicción del artículo 4 de la Ley 41/1995: en principio, corresponde al Gobierno la aprobación del Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local, el cual ha de determinar “los canales múltiples necesarios y los ámbitos de cobertura” al respecto, atendiendo a las solicitudes presentadas por las Comunidades Autónomas y a las frecuencias disponibles, “que se determinarán respetando el derecho al acceso equitativo de todas ellas a los recursos de espectro, la compatibilidad radioeléctrica entre Comunidades adyacentes, así

⁵¹ Sobre la *proximidad* frente a lo *local* en la televisión, *vid.* Emili PRADO, *La televisión local entre el limbo regulatorio y la esperanza digital*, Fundación Alternativa, Madrid, 2005, pp. 32 y ss.

como las limitaciones derivadas de la coordinación radioeléctrica internacional” (art. 3.1); de otro lado, y conforme se ha adelantado, tales canales son “múltiples”, “con capacidad para la difusión de, al menos, cuatro programas de televisión digital” (art. 3.2); y de acuerdo al ámbito territorial más arriba apuntado (art. 3.2 y 3, nuevamente). En consecuencia, el número de concesiones, de “canales múltiples” y de “programas” resulta inicialmente indeterminado, siendo el Plan quien lo delimite finalmente (art. 4).

Y respecto al tipo de gestión del nuevo servicio de la televisión digital, este será mixto, por cuanto que parte del mismo será a favor de las corporaciones municipales y los Cabildos y Consejos insulares, de un lado, y “por personas naturales o jurídicas, con o sin ánimo de lucro”, de otro lado; pero en todo caso, previa obtención de la “correspondiente concesión” (art. 5). En principio, la nueva dicción de la Ley 41/1995 reserva a la gestión directa de los Municipios un programa por demarcación, que en el caso de entidades colindantes será conjunta (a salvo de canales reservados a las Islas); no obstante, las Comunidades Autónomas pueden “reservar un segundo programa para ser gestionado de forma directa por los ayuntamientos” (art. 9.1). Mientras, el resto de los programas disponibles serán adjudicados por las Comunidades a particulares (arts. 9.2 y 13), pudiendo éstas “tener en cuenta como criterio positivo de valoración la experiencia demostrada en televisión local de proximidad por las compañías operadoras”, la cual a su vez se “podrá acreditar, demostrando estar al amparo de la disposición transitoria primera de la Ley 41/1995” (art. 9.3).

Por último, y en relación al régimen transitorio⁵², la disposición transitoria primera de la Ley 41/1995 se ve ampliada, de modo que las emisoras que no obtengan la respectiva concesión, aun estando emitiendo antes del 1 de enero de 1995, “dejarán de emitir en un plazo de seis meses contado desde la resolución del concurso o, en su defecto, en un plazo de seis meses desde que se agote el plazo para resolver la adjudicación a la que se refiere la disposición transitoria segunda, sin que esta previsión suponga derecho a indemnización a los efectos del artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Ré-

⁵² Y sin perjuicio de otras reformas de la L 41/1995, cuales son: art. 7.4 y 5, relativo a emisiones en cadena; art. 8, régimen de publicidad; art. 9.4, incorporación al tiempo de corporaciones locales a la gestión directa; art. 12, gestión del servicio por los Municipios; art. 14, duración de la prestación del servicio; art. 17, ejercicio de las competencias sancionadoras; y art. 21, características técnicas.

gimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el caso de las emisoras afectadas por concursos públicos fallados con anterioridad a la fecha de publicación de esta norma, los plazos para dejar de emitir contarán a partir de la mencionada fecha” (disp. trans. 1ª.4)⁵³.

III.D.– LA TELEVISIÓN DE PROXIMIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO

Al margen de la Ley 41/1995 (incluidas sus ulteriores reformas, más arriba apuntadas), la disposición adicional decimoctava de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información viene a regular una modalidad particular de televisión local en tanto que “televisión de proximidad sin ánimo de lucro”⁵⁴; y ello, adelantamos, a fin de solventar la situación de canales locales de televisión de fuerte arraigo y presencia en sus

⁵³ Disp. trans. 2ª: “1. El plazo para la presentación de solicitudes por las Comunidades Autónomas, a que se refiere el artículo 3.1, comenzará el 1 de enero de 2003, y finalizará el 31 de marzo de dicho año. / 2. Dentro de los siete meses siguientes al plazo de finalización de presentación de solicitudes, el Gobierno aprobará el Plan Nacional de la Televisión Digital Local. / 3. El plazo del que dispondrán las Comunidades Autónomas para la decisión del número de programas reservados a los ayuntamientos y a las administraciones insulares y su correspondiente concesión, así como para la convocatoria de los concursos y adjudicación de las concesiones en gestión indirecta, expira el 31 de diciembre de 2005. / 4. Finalizado dicho plazo, las Comunidades Autónomas dispondrán de cinco meses para la convocatoria de los concursos y adjudicación de las concesiones. / 5. Los adjudicatarios de concesiones para la prestación de servicio público de televisión digital terrenal que hubieran efectuado emisiones al amparo de la disposición transitoria primera de la Ley 41/1995, podrán seguir utilizando tecnología analógica para la difusión de sus emisiones, siempre y cuando el ámbito territorial de las emisiones analógicas sea coincidente o esté incluido en el ámbito territorial correspondiente a la concesión digital adjudicada, durante dos años a contar desde el 1 de enero de 2006, siempre que así lo permitan las disponibilidades y la planificación del espectro establecida en los Planes Nacionales de Televisión, en el marco de la normativa reguladora del dominio público radioeléctrico. A dichos efectos, los concesionarios, presentarán ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información las soluciones técnicas necesarias que permitan la emisión con tecnología analógica, sin que por ello se entiendan adquiridos derechos de uso del dominio público radioeléctrico distintos de los reconocidos en el correspondiente título concesional. Finalizado el plazo anteriormente señalado, aquéllas deberán emitir con tecnología digital y adaptarse a las previsiones contenidas en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local. / 6. Se habilita al Gobierno para modificar el plazo a que se refiere el párrafo anterior a la vista del estado de desarrollo y penetración de la tecnología digital de difusión de televisión por ondas terrestres”.

⁵⁴ Al respecto, *vid.* Enrique LINDE PANIAGUA, José María VIDAL BERLTRÁN y Sara MEDINA GONZÁLEZ, *Derecho audiovisual... cit.*, pp. 326 y 327.

respectivas comunidades (como por ejemplo las históricas “Tele Cardedeu” o “Tele-K”), y que, sin embargo, estaban quedando al margen de los concursos que se estaban ya resolviendo en diversas Comunidades Autónomas. En tal sentido, la Ley 56/2007 establece que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, y mediante Resolución del Secretario de Estado) ha de planificar “frecuencias para la gestión indirecta del servicio de televisión local de proximidad por parte de entidades sin ánimo de lucro que se encontraran habilitadas para emitir al amparo” de la disposición transitoria primera de la Ley 41/1995, siempre que, eso sí, se disponga de frecuencias para ello (apartado 1º, primer párrafo); y a dichos efectos, ostentan “la consideración de servicios de difusión de televisión de proximidad aquellos sin finalidad comercial que, utilizando las frecuencias que en razón de su uso por servicios próximos no estén disponibles para servicios de difusión de televisión comercialmente viables, están dirigidos a comunidades en razón de un interés cultural, educativo, étnico o social” (apartado 1º, segundo párrafo)⁵⁵. Por otra parte, el “canal de televisión difundido lo será siempre en abierto”, debiendo consistir su programación “en contenidos originales vinculados con la zona y comunidad a la que vayan dirigidos” y sin poder incluir publicidad, ni tele venta, aunque cabe “el patrocinio de sus programas” (apartado 1º, tercer párrafo)⁵⁶.

Al fin de desarrollar el régimen jurídico de la televisión de proximidad sin ánimo de lucro, la Disposición adicional decimoctava de la Ley 56/2007 delega en el Gobierno la aprobación del “reglamento general de prestación del servicio, con carácter de norma básica, y el reglamento técnico, en el que se establezca el procedimiento para la planificación de las frecuencias destinadas a servicios de difusión de televisión de proximidad, atendiendo entre otros extremos a las necesidades de cobertura, población y características propias de este servicio” (apartado 2º, primer párrafo)⁵⁷. Con todo, será aplicable lo dis-

⁵⁵ Adviértase ahora cómo aquí el concepto de proximidad cambia en relación a la L 41/1995 por cuanto que se refiere a “comunidades”, y perdiendo así el sentido comarcal de aquella.

⁵⁶ Además, la “entidad responsable del servicio de televisión local de proximidad no podrá ser titular directa o indirectamente de ninguna concesión de televisión de cualquier cobertura otorgada por la Administración que corresponda” (apartado 1º, párrafo cuarto).

⁵⁷ Al momento de redacción de estas páginas, el Gobierno aún no ha aprobado tales reglamentos, si bien recientemente el Ministerio de Industria ha anunciado su próxima aprobación (17/6/2009). En cuanto al contenido de los mismos, la L 56/2007 prevé que el reglamento técnico ha de establecer “las condiciones técnicas que deberán reunir las frecuencias destinadas a es-

puesto en la Ley 25/1994 (por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE), relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión, además de “lo previsto en los artículos 1, 2, 6, apartados 2 y 3 del artículo 9, 10, 11, 15, 18, 20, 21, 22 y apartado 4 de la disposición transitoria segunda de la Ley 41/1995”, y “lo dispuesto en la Disposición Adicional Trigesima de la Ley 62/2003” (apartado 3º).

En cuanto a la concesión de dichas televisiones, serán competentes las Comunidades Autónomas⁵⁸, y se otorgarán por un plazo de cinco años aunque “podrán ser renovadas hasta en tres ocasiones, siempre que su actividad no perjudique la recepción de los servicios de difusión legalmente habilitados que coincidan total o parcialmente con su zona de cobertura” (apartado 5º, primer párrafo)⁵⁹. Por último, dichas concesiones obligan a la explotación directa del servicio, siendo intransferibles (apartado 5º, segundo párrafo).

III.E.- PARADOJAS EN TORNO AL RÉGIMEN LEGAL DE LA TELEVISIÓN LOCAL TERRESTRE

Conforme se ha adelantado, las referidas reformas de la Ley 41/1995 no se han limitado a modificar parcialmente el régimen jurídico de la televisión local terrestre, pues han terminado por dotarla de un régimen auténticamente diverso, a la par que paradójico. Decimos que el régimen es nuevo por cuanto que ahora la televisión local terrestre se define como digital, y no analógi-

tos servicios, la extensión máxima de la zona de servicio, la determinación concreta de las potencias de emisión, características y uso compartido del múltiplex asignado para la prestación del servicio y el procedimiento por el que las Comunidades Autónomas solicitarán la reserva de frecuencias para estos servicios, así como el procedimiento de asignación por parte de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones” (apartado 2º, segundo párrafo); mas, todo ello, sin que la planificación del espectro para la televisión de proximidad sea “prioritaria con respecto a otros servicios planificados o planificables” (apartado 2º, tercer párrafo).

⁵⁸ “Las Comunidades Autónomas adjudicarán las correspondientes concesiones para la prestación de servicios de televisión de proximidad, de acuerdo con el reglamento general de prestación del servicio y su normativa” (apartado 4º).

⁵⁹ “Las concesiones para la prestación de servicios de televisión de proximidad se extinguirán, además de por alguna de las causas generales previstas en el artículo 15 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, por extinción de la personalidad jurídica de su titular y por su revocación” (apartado 6º). Además, “serán causas de revocación de la concesión la utilización de las mismas para la difusión de servicios comerciales y la modificación de las condiciones de planificación del espectro radioeléctrico sin que exista una frecuencia alternativa” (apartado 7º).

ca; y es que cada caracterización técnica de la televisión da lugar a una regulación jurídica diversa en tanto que dependiente de una u otra tecnología (según se advertía al comienzo de estas páginas). Además, mientras la tradicional televisión analógica resultaba relativamente sencilla a nivel técnico y baja en costes, lo que la hacía atractiva y asequible a nivel local tanto a particulares sin ánimo de lucro como a entidades públicas modestas, la tecnología digital dispara en costes la actividad televisiva, lo que la hace ahora bastante menos interesante a salvo de entidades privadas—mercantiles o públicas de cierta capacidad y posibilidades. A estos efectos, también, que se altere el ámbito territorial de la televisión local, por cuanto que ya no se limita al municipal en sentido estricto (según se ha señalado), al buscar circunscripciones territoriales con suficiente masa crítica que haga viable económicamente dicha televisión, y así que se hable de televisión de “proximidad”, como hace la propia Ley (arts. 7.5 y 9.3).

Pero asimismo decimos que estamos ante un régimen paradójico por cuanto que al no darse una regulación enteramente nueva y coherente en su conjunto, la regulación vigente de la televisión local entra en contradicción interna al enfrentar principios propios de dos tipos de televisiones distintas. De esta forma, la referencia a sujetos particulares, que no privados (art. 13), o a la ausencia de ánimo de lucro como criterio a tener en cuenta por las Comunidades Autónomas a la hora de resolver los concursos públicos de concesiones a privados (art. 13.2), llama la atención cuando la televisión digital eleva los costes económicos haciéndola poco viable para sujetos particulares sin ánimo de lucro (conforme se ha apuntado arriba); en este sentido es más realista la Ley 41/1995 cuando, en su dicción vigente, habla de “compañías operadoras” (art. 9.3).

Pero las paradojas y perplejidades no terminan aquí, pues la Ley 41/1995, en un paso más, de un lado, en vez de fundamentar la liberalización (que a la postre supone) en el interés de los ciudadanos en el ejercicio de la libertad de expresión e información y en su derecho a recibir información plural (art. 20.1 a y d CE), lo hace en relación al de las Comunidades Autónomas (art. 3.1); claro que deberán ser éstas ahora las que hayan de canalizar tal interés de los ciudadanos a partir de sus propuestas al Estado respecto de la aprobación por él del Plan Técnico Nacional (art. 3), pero no hubiera estado de más que algún precepto de la Ley hiciera referencia expresa asimismo a dicho interés último de la ciudadanía. Además, y en todo caso, a la vista de los costes que supone la nueva televisión digital local (y conforme venimos señalando), dicho interés se reconduce finalmente a la libertad de empresa, en su modalidad de televisión privada.

De otro lado, y como auténtica perplejidad, está el que la Ley 41/1995 silencie el arraigo de aquellas televisiones que venían emitiendo a nivel local en relación a la resolución de los concursos públicos de las concesiones a privados por las Comunidades Autónomas cuando la propia Ley, en su dicción originaria, permitió su actividad respecto de las que vinieran emitiendo antes del 1 de enero de 1995 (disp. trans. 1^a). Ciertamente que las reformas prevén que las Comunidades puedan tener en cuenta la experiencia de sujetos privados en actividad televisiva local (“compañías operadoras”) que vinieran emitiendo antes del 1 de enero de 1995 (art. 9.3), pero ello sin concretar en relación al específico ámbito territorial en el que venían actuando aquéllos; y así que la emisión televisiva desde tal fecha en un concreto Municipio, su arraigo, no tenga que tenerse en cuenta más allá de la mera experiencia. Tal perplejidad, a su vez, resulta potenciada cuando, de una parte, la inactividad de los poderes públicos durante largo tiempo, por las razones que sean, han dado lugar a la prolongación durante años del régimen transitorio de la Ley 41/1995 (y en tanto que televisión analógica); y de otra, la propia Ley ahora, tras su reforma, impide que aquéllos que vengan emitiendo antes del 1 de enero de 1995 y no hayan obtenido la respectiva concesión puedan obtener responsabilidad patrimonial alguna (disp. trans. 1^a.4)⁶⁰, lo que a su vez entronca con el principio de confianza legítima como límite de las potestades normativas⁶¹. Claro que dichas televisiones eran conscientes de la transitoriedad de su situación, de modo que tendrían que dejar de emitir en caso de que no obtuvieran las correspondientes concesiones (y ello, en relación siempre a una televisión de tipo analógico con carácter inicial), pero otra cosa es que, finalmente, tal situación no haya sido efectivamente tenida en cuenta por la Ley a fin de permitir su consolidación jurídica (ya como televisión digital, y los consiguiente cambios técnicos e inversiones económicas en tal actividad televisiva).

Consecuencias de dichas paradojas son, finalmente, cómo el Plan Técnico Nacional de la Televisión Local Digital Local ha dejado fuera de las demarcaciones territoriales aprobadas (DD 439/2004 y 2268/2004) Municipios

⁶⁰ En torno a las limitaciones del art. 139.3 L 30/1992 *cf.*, entre otros: Fernando GARRIDO FALLA; “Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, 1993, pp. 125 y ss.; y Tomás QUINTANA LÓPEZ, “La responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1994, pp. 103 y ss.

⁶¹ Acerca de dicho principio, de origen comunitario, *vid.* Íñigo SANZ RUBIALES, “El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7, 2000, pp. 91 y ss.

con televisiones locales hasta ahora consolidadas, como es el caso, por ejemplo, de la localidad onubense de Nerva⁶². Y a la vista de los concursos celebrados en las diversas Comunidades Autónomas en relación a las concesiones de televisión digital local (al amparo de la anterior normativa), cómo, a nivel general, han quedado excluidos de dichos procesos no pocas televisiones locales con arraigo en los respectivos ámbitos municipales en los que venían emitiendo (en bastantes casos, por la propia negativa de éstas a participar en tales concursos ante los costes que la televisión digital supone y la falta de medios con que afrontarlos), mientras que se han extendido grupos mediáticos privados nacionales y regionales de televisión local, con un grado significativo de concentración de la propiedad (horizontal y/o multimedia) al respecto. Así, cabe apreciar dos grandes categorías de adjudicatarios: el más importante, consistente en fuertes grupos de comunicación empresarial a nivel nacional y regional (con mayor capacidad para hacer frente a los retos técnicos y económicos que conlleva la televisión digital), que intentan llegar a todos los ámbitos de cobertura posibles; y otro mucho más reducido, los concesionarios únicos sin respaldo empresarial, los cuales han pasado a ocupar una posición más limitada, en especial frente a la presencia que ostentaban en la etapa analógica anterior⁶³. Con ello, y contradictoriamente a la liberalización que vendría a potenciar la televisión local digital conforme a la Ley 41/1995 en su dicción vigente, se observa una reducción del pluralismo televisivo local, si no a nivel de cada una de las demarcaciones territoriales, sí que desde una perspectiva general (ya sea estatal, o autonómica).

Ciertamente, lo anterior, se ha intentado resolver al tiempo mediante la comentada disposición adicional decimoctava de la Ley 56/2007, conforme a la cual se prevé una modalidad particular de la televisión local en tanto que “televisión de proximidad sin ánimo de lucro”, mas sin integrarse en la regulación misma de la Ley 41/1995, lo que no viene sino a aumentar todavía más las paradojas anteriormente referidas. Así, dado que televisión local específi-

⁶² Cfr. Carmen del Rocío MONEDERO MORALES, “El futuro de la televisión local en Andalucía”, en www.hapaxmedia.net/ibercom/pdf/MonederoMoralesCarmen.pdf (19/03/09), p. 3.

⁶³ Cfr. María COROMINAS PIULATS, Montse BONET BAGANT, Isabel FERNÁNDEZ ALONSO, Josep Àngel GUIMERÀ I ORTS, Julián SANMARTÍN NAVARRO y José Joaquín BLASCO GIL, “Televisión digital terrestre local (TDT-L) en España: los concesionarios privados”, *Zer. Revista de Estudios de Comunicación*, núm. 12/22, 2007, pp. 69 y ss. Se ha de advertir que en este estudio únicamente se analizan los concursos celebrados hasta diciembre de 2006, con lo que queda fuera del mismo el llevado a cabo en Andalucía (del que más adelante se dará debida cuenta en estas páginas).

ca, y aunque aplicable buena parte de la Ley 41/1995, la definición que del “sin ánimo de lucro” hace la Ley 56/2007 no es extensible al que con carácter general plantea la 41/1995, a modo de criterio preferente en la concesión (aunque pueda servir de criterio orientador). Pero es más, pues tampoco cabe admitir que la Ley 56/2007 prevea una auténtica modalidad abstracta de televisión de proximidad frente a la más genérica local, ya que resulta limitada a aquellas televisiones que vienen emitiendo al amparo de la disposición transitoria primera de la Ley 41/1995 (recuérdese, desde antes del 1 de enero de 1995), y siempre que se disponga de frecuencias para ello (apartado 1º, primer párrafo); con ello, como mucho, lo que se permite es el mantenimiento de canales televisivos que sin ánimo de lucro vienen emitiendo y no han conseguido la concesión correspondiente para seguir emitiendo, pero no la aparición de canales nuevos, de modo que parece más lógico entender tal regulación como parte del régimen transitorio de la Ley 41/1995⁶⁴.

IV. LA TELEVISIÓN LOCAL EN ANDALUCÍA

Cuestión previa al análisis del régimen jurídico de la televisión local en Andalucía está la constatación fáctica de cómo tal actividad se remonta en ésta a comienzos de la década de los ochenta del Siglo pasado, y consolidándose desde entonces una televisión a nivel local y en analógico tanto en manos de los propios Municipios como de particulares, y sin cobertura jurídica alguna hasta la referida Ley 41/1995 (dispos. transit. 1ª)⁶⁵. Ello, sin duda, ha influido en la regulación que de la televisión local ha ofrecido la Junta de Andalucía, conforme se viene seguidamente a señalar; pero otra cosa es cómo repercute en la gestión por la Junta del apagón de la televisión local analógica (según se comenta al final de estas páginas).

⁶⁴ Al que efectivamente modifica, al permitir que televisiones locales que venían emitiendo de acuerdo a la misma, y crean cumplir el régimen jurídico previsto por la L 56/2007, puedan seguir emitiendo aun sin haber obtenido la oportuna concesión digital hasta tanto no se termine por regular reglamentariamente la televisión de proximidad sin ánimo de lucro y las CCAA no hayan resuelto las correspondientes concesiones.

⁶⁵ En 2006 eran más de un centenar las televisiones locales que emitían en Andalucía, de las cuales un 32 % eran públicas (asociadas en torno a EMA-RTV, con 20 Ayuntamientos), y el resto privadas (destacando las 116 asociadas a ACUTEL); *cf.* Nuevamente Carmen del Rocío MONEDERO MORALES, “El futuro de la televisión local en Andalucía... *cit.*, p. 2. También de interés, Juan Carlos RODRÍGUEZ CENTENO, “La televisión local pública en Andalucía. Publicidad y otras formas de financiación”, en www.unav.es/fcom/cicom/PDF%20Comunicaciones/grupo%202/juancarlos%20rodriguez.pdf, pp. 2 a 5.

IV.A.- EL RÉGIMEN TRANSITORIO

Bajo el marco competencial definido por los artículos 149.1.21 y 27 de la Constitución y 16 de Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre (anterior EA), junto a la legislación básica estatal al respecto de la televisión local (además de la L 41/1995, las referidas LL 31/1987 y 11/1998), la Comunidad Autónoma de Andalucía acabaría aprobando (y aún a la espera de la ordenación estatal del espacio radioeléctrico) el Decreto 414/2000, de 7 de noviembre, por el que se regulaba el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres, y en especial el procedimiento y otorgamiento de las concesiones⁶⁶. De acuerdo a éste, tal televisión se definiría así en Andalucía, y en aquel momento (siempre, conforme a la L 41/1995 en su dicción originaria), por su *publicatio* (arts. 1 y 2.2), sin contraprestación (art. 2.1), su tecnología analógica (art. 2.1, *in fine*), y su ámbito municipal (arts. 2.1 y 3), sin perjuicio de que su gestión se concibiera a favor de los respectivos Municipios y sujetos privados, en su caso, mediante la correspondiente y previa concesión administrativa (art. 2.2): en principio, una única concesión por ámbito municipal y a favor de su gestión por el propio Municipio, y en caso de que éste rehusara entonces ya de gestión privada (por acuerdo de la Junta); y pudiéndose otorgar una segunda concesión cuando no resultare incompatible con las disponibilidades del espectro radioeléctrico y atendiendo a la viabilidad económica de las emisoras, siendo en tal caso la segunda concesión privada (art. 4)⁶⁷.

A continuación el Decreto pasaba a regular, en detalle: la prestación del servicio de televisión local terrestre, en particular los principios inspiradores del mismo (art. 5)⁶⁸ y la prohibición de emisiones en cadena, sin perjuicio de su autori-

⁶⁶ En relación a otras Comunidades Autónomas, y en tal momento, sólo otras dos aprobaron una regulación de la televisión local; eran los casos de Cataluña, con el D 320/1996 (de 1 de octubre), y Castilla-La Mancha con el D 54/2000 (de 21 de marzo).

⁶⁷ Nótese cómo el D 414/2000 ya no habla de gestión "particular", sino "privada", además de atender a criterios de viabilidad económica.

⁶⁸ Entre otros: objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones; separación entre informaciones y opiniones, identificación de quienes sustentan estas últimas y su libre expresión con los límites previstos en el art. 20.4 CE; respeto al pluralismo político, religioso, social y cultural; respeto al honor, a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y a todos los derechos y libertades reconocidos por la CE; protección de la juventud y de la infancia (conforme Cap. IV L 25/1994; respeto al derecho de igualdad; fomento y defensa de la cultura e intereses locales, así como la promoción de la convivencia, impulsando la participación de grupos sociales del corres-

zación excepcional por la Junta en caso de Municipios limítrofes (art. 6); la gestión del servicio [Cap. II, en especial: el régimen de las concesiones (art. 7); la gestión municipal del servicio (art. 8); y la gestión privada del mismo (art. 9)]; el procedimiento y otorgamiento de las concesiones [Cap. III: procedimiento de concesión, a nivel general (art. 10), y: fase de solicitud (art. 11); reserva de frecuencia (art. 12); fase de adjudicación (art. 13); adjudicación provisional (art. 14); proyecto técnico y ejecución (art. 16); y adjudicación definitiva (art. 17)], con particular atención a los criterios de adjudicación de los concursos a particulares, y entre tales, nuevamente, la carencia de ánimo de lucro (art. 15)⁶⁹; la programación [Cap. IV: tiempo mínimo de emisión, de cuatro horas diarias (art. 18); mínimo de producción propia del 50% (art. 19)⁷⁰; protección del menor (art. 20); y régimen jurídico de la publicidad (art. 21)]; la explotación de las ca-

pondiente ámbito territorial; fomento de la conciencia de identidad andaluza a través de la difusión de valores culturales y lingüísticos del pueblo andaluz en toda su riqueza y variedad; protección de la dignidad y de los derechos de la mujer y promoción efectiva de la igualdad sin distinción de sexo; y fomento de comportamientos tendentes a la correcta utilización de los recursos naturales y a la preservación del medio ambiente.

⁶⁹ Criterios de adjudicación (provisional): “El Consejo de Gobierno, al efecto del otorgamiento de la adjudicación provisional a personas naturales y jurídicas, ponderará el grado de concurrencia conjunta en el solicitante de los siguientes aspectos: a) El interés cultural o educativo del proyecto, valorando esencialmente el fomento de las diferentes manifestaciones de la cultura local y andaluza. b) La promoción de la diversidad etnográfica y social dentro del ámbito territorial de cobertura, especialmente a través de la participación de los grupos sociales más significativos. c) La creación de emisoras que realicen su programación en municipios con población dispersa en núcleos urbanos aislados, cuando su puesta en marcha suponga un factor de integración territorial y de conocimiento de los servicios públicos. d) La viabilidad del proyecto y las garantías de continuidad en la prestación del servicio. e) La capacidad profesional y experiencia de los solicitantes, en aras al mayor cumplimiento de los principios inspiradores establecidos en el artículo 5 de este Decreto. f) El compromiso de realizar una programación que sobrepase los mínimos establecidos en los artículos 18 y 19 de este Decreto. g) La prestación correcta del servicio, cuando se trate de solicitantes que han sido concesionarios anteriormente de un medio de comunicación social. Se entenderá correcta la prestación del servicio cuando el concesionario haya dado cumplimiento a los compromisos concesionales y no haya sido sancionado por alteraciones de los parámetros técnicos asignados. h) Compromiso de desarrollar programas de formación ocupacional y de fomento de la creación de empleo. i) Compromiso de tener su domicilio social y su centro principal de actividad en el ámbito territorial de la emisora objeto de la concesión. j) La carencia de ánimo lucrativo en los fines de la entidad solicitante. k) Compromiso de mantener en su plantilla el mayor número posible de discapacitados, por encima del 2% previsto en el Real Decreto Legislativo 2/2000 [...]. l) Otros que, a la vista de la documentación presentada, sean considerados especialmente relevantes”.

⁷⁰ “[...] si bien se considerará como producción propia hasta un 50% de la programación producida o la realizada por terceros en Andalucía”.

denas [Cap. V: condiciones y obligaciones de explotación (art. 22); duración de la concesión (art. 23); y extinción de la concesión (art. 24)]; y el régimen sancionador y de inspección [Cap. VI: infracciones y sanciones (art. 25); competencia sancionadora (art. 26); y facultad inspectora (art. 27)].

De otra parte, el Decreto 414/2000 regulaba de manera transitoria la actividad de las televisiones existentes con anterioridad al uno de enero de 1995 (al amparo de la disp. trans. 1ª L 41/1995), obligando a los Municipios y personas titulares de las mismas a “participar en el primer proceso que se convoque en aplicación” de dicho Decreto (disp. trans. única, 1)⁷¹; y al tiempo, advirtiendo que aquéllos que no obtuvieran concesión en dicha convocatoria tendrían “que cesar necesariamente sus emisiones en el plazo de ocho meses a partir de la notificación de la Resolución denegatoria” (disp. trans. única, 2)⁷². Ahora bien, la efectividad del Decreto 414/2000 en su conjunto, y la adjudicación de las concesiones en particular, quedaría fatalmente condicionada a la previa realización por el Estado de una reserva y asignación de frecuencias que no terminaba de hacer en aquel momento; y es que se había iniciado ya el proceso de transformación normativa de la televisión local analógica a la digital (L 53/2002), quedando en suspenso la referida adjudicación, mientras las televisiones locales analógicas seguían funcionando sin la correspondiente concesión y bajo una situación de interinidad jurídica que se prologaba ya desde 1995. Es por ello por lo que la Junta de Andalucía procedería a regular con mayor detalle el marco jurídico transitorio para las emisoras de televisión local por ondas terrestres mediante un nuevo Decreto, el 365/2003, de 30 de diciembre: en particular, mediante el otorgamiento de una autorización administrativa general expresa, de carácter transitorio (durante el proceso de transición de los servicios de televisión analógica hasta la definitiva implantación de la tecnología digital), a las emisoras que cumplieran determinados requisitos, a fin de ofrecer cierto reconocimiento institucional a las mismas por la Junta.

⁷¹ Orden de 6 de febrero de 2001, de la Consejería de la Presidencia, de convocatoria para la solicitud de concesiones de televisiones locales por ondas terrestres en Andalucía; al respecto de la misma, sólo pudo realizarse la primera fase de solicitud, quedando pendiente la de adjudicación a las reservas de frecuencias que habría de haber realizado el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

⁷² El D 414/2000 sería a su vez reformado en dos ocasiones, por el D 27/2001, de 13 de febrero (arts. 6.2 y 3, 9.4 y 22.d D. 414/2000), y el D 114/2001, de 8 de mayo (nuevamente art. 6.2), hasta su ulterior derogación: tácita y parcial, por el D 365/2003, de 30 de diciembre (disp. der.); y expresa y definitiva, por el D 1/2006, de 10 de enero (disp. der. única).

A dichos efectos, el Decreto 365/2003 vendría a detallar el régimen jurídico transitorio del servicio público de televisión local por ondas terrestres que emitían, aún, en Andalucía al amparo de la disposición transitoria primera de la Ley 41/1995 (art. 1.1). Y ello, en tanto que: no se produjese por el Estado la planificación y la reserva de las frecuencias para la prestación de tal servicio, y la Junta no resolviese los correspondientes procesos de adjudicación de concesiones (art. 1.2); o bien (y en el caso de que antes de dicha resolución), se produjera la transición definitiva de la tecnología analógica a la digital (y por tanto la sustitución de la primera por la segunda), y una vez resueltos los concursos de televisión digital terrestre que se habrían de convocar (art. 1.3). En cuanto al referido régimen transitorio, el Decreto establecía: los principios que inspiraban la prestación del servicio de televisión local por ondas terrestres (art. 2)⁷³; las condiciones de gestión del servicio tanto por los propios Municipios (art. 4), como por personas privadas (art. 5); las obligaciones a las que quedaban sujetas las personas titulares de las televisiones locales (Cap. II)⁷⁴; en especial, la autorización administrativa general de la actividad televisiva local (en virtud de la cual se reconocería el derecho a continuar la prestación del servicio de televisión local), así como un censo al respecto (Cap. III)⁷⁵; y

⁷³ En principio, en sintonía con lo establecido en el anterior art. 5 del D 414/2000, si bien extendiéndose en dos nuevos puntos: "la separación perceptible de la programación y de la publicidad, de manera que resulte inequívoco el carácter publicitario de los mensajes" (art. 2.11 D 365/2003); y "la potenciación de la industria audiovisual de contenidos presente en el mismo territorio de cobertura" (art. 2.12 D 365/2003).

⁷⁴ Además de los principios del art. 2, se establecen las siguientes obligaciones (art. 6): explotación directa del servicio; respeto de las condiciones en base a las cuales se haya obtenido la autorización administrativa general; facilitar las comprobaciones e inspecciones que deban llevarse a cabo para la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el D 365/2003; notificar los cambios que se realicen en la designación del director o responsable de la emisora, así como de actos o negocios que comporten la transmisión, disposición o gravamen de las acciones o participaciones de la sociedad titular; cumplir las prescripciones que se establecen en los arts. 7 y 8 del D 365/2003 sobre Programación y Publicidad; y conservar todas las emisiones, incluidas las de publicidad y televenta, realizadas durante los últimos tres meses (a los efectos de comprobación e inspección). Asimismo, las televisiones locales se encuentran sujetas a la normativa aprobada por la Junta referente a la inspección de infraestructuras de telecomunicación, así como a la regulación sobre la utilización de la radio y la televisión en caso de emergencias, y al resto de normas que les resulten aplicables (disp. adic. 2ª).

⁷⁵ Alcance jurídico de la autorización administrativa general (art. 9.1); censo, de mero carácter declarativo, de los titulares de las autorizaciones concedidas, así como de parámetros técnicos (art. 9.2); órgano competente en el otorgamiento de la referida autorización (art. 10), y procedimiento de otorgamiento de la misma (art. 11: instancia de parte, plazo y documentación a pre-

la inspección y sanciones (Cap. IV)⁷⁶. Con ello, la Junta de Andalucía pretendía, en el marco de sus competencias, ofrecer una regulación transitoria de mayor detalle en relación a la actividad televisiva local, a fin de salvaguardar tanto el interés público, como la seguridad jurídica y el propio amparo legal de los operadores de este sector.

Pero en un paso más, el Decreto 365/2003 preveía que aquellas personas físicas o jurídicas titulares de televisiones locales que se encontraran emitiendo en la fecha de entrada en vigor del mismo (6 de enero de 2004, conforme disp. final 2ª), y no se hallaran incluidas en el régimen transitorio de la Ley 41/1995 (se recuerda, las que hubieran comenzado a emitir tras el 1 de enero de 1995), pudieran solicitar a la Junta (Dirección General de Comunicación Social) su incorporación en el referido censo, lo que conllevaba, de manera implícita, el cumplimiento de las obligaciones previstas en aquél (disp. adic. 1ª.1)⁷⁷. E incluso, que en los posteriores procesos de adjudicación para el otorgamiento de las concesiones de televisión local por ondas terrestres se hubiera de valorar, en su caso (y en los términos que estableciera la normativa correspondiente), el haber obtenido la autorización administrativa general, así como hallarse en el censo (disp. trans. única). Ambas previsiones suponían, sin embargo, ir más allá del régimen transitorio anteriormente apuntado, por cuanto que, y en algún grado, la Junta de Andalucía: de una parte, pasaba a amparar una actividad televisiva que estaba fuera del régimen transitorio previsto por la Ley 41/1995; y de otro, planteaba una cierta previsión de tener en cuenta el arraigo de los operadores televisivos locales con ocasión de las posteriores y definitivas adjudicaciones de concesiones por ella.

IV.B.- EL DECRETO 1/2006 POR EL QUE SE REGULA EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TELEVISIONES LOCALES POR ONDAS TERRESTRES EN ANDALUCÍA

La comentada reforma de la Ley 41/1995 por las Leyes 22/1999, 53/2002, 62/2003 y 10/2005, conforme a la cual la televisión local pasa a definirse como

sentar, y propuesta, resolución y notificación); y eficacia y extinción de la autorización administrativa general (art. 12: en particular respecto al estricto cumplimiento del D 363/2003 y el resto de normativa aplicable, y la resolución de los correspondientes procesos de adjudicación de las concesiones). También, téngase en cuenta disp. adic. 1ª.3 y 3ª.

⁷⁶ Inspección (art. 13); régimen sancionador (art. 14); y competencia sancionadora (art. 15).

⁷⁷ "A la solicitud se acompañará la documentación establecida en el artículo 11.2.2, a excepción de la prevista en el apartado h) que habrá de ser sustituida por la documentación acreditativa de que la televisión local se encuentra emitiendo por ondas terrestres en la fecha de entrada en vigor del presente Decreto" (disp. adic. 1ª.2).

digital, a tener carácter supramunicipal y a preverse de canales múltiples (además de la aprobación del Plan Técnico Nacional por el RD 439/2004, y su modificación por el RD 2268/2004, y del Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre –RD 944/2005– y del Reglamento General de Prestación del Servicio de Televisión Digital –RD 945/2005), justificó la necesidad por la Junta de Andalucía de aprobar, a su vez, una nueva normativa al respecto: ésta sería el Decreto 1/2006, de 10 de enero, por el que se regula el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres en Andalucía, sustituyendo al comentado Decreto 414/2000 (y sus modificaciones), al que deroga junto al Decreto 365/2003 (disp. derog. única); dicho Decreto 1/2006 consta de cinco Capítulos, relativos a “disposiciones generales” (Cap. I), “gestión del servicio” (Cap. II), “programación y publicidad” (Cap. III), “concesiones y los procedimientos para su otorgamiento” (Cap. IV) e “inspección y régimen sancionador” (Cap. V). En cuanto a los aspectos esenciales de éste (a los efectos de estas páginas), y a la luz de la vigente Ley 41/1995, destacan los siguientes.

Respecto al ámbito territorial de cobertura de cada canal múltiple de televisión digital local, el Decreto 1/2006 se remite a los términos municipales “que integran cada una de las demarcaciones previstas en el Plan técnico nacional de la televisión digital local” correspondientes a la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 3.1 y anexo I)⁷⁸; no obstante, podrá solicitarse la extensión del servicio a otras localidades (art. 3.3). Y en relación al número de programas, “cada canal múltiple se destinará a la difusión de al menos cuatro programas de televisión digital”, sin perjuicio de que pueda “reservarse hasta un 20 por ciento de la capacidad de transmisión digital del canal múltiple para la prestación de los servicios adicionales de datos” (arts. 4.1 D 1/2006, y 5 y 6 RD 439/2004) y quepa fijarse “un número mayor de programas de televisión digital en cualquiera de los canales múltiples de cobertura local, siempre que se respeten los requerimientos técnicos y quede garantizada una calidad de servicio satisfactoria” (arts. 4.2 D 1/2006 y 5.2 RD 439/2004). Y en cuanto a la gestión de los mismos, se ha de distinguir la de los programas y la del propio canal múltiple.

En relación a los primeros, y conforme a la vigente Ley 41/1995, el Decreto 1/2006 prevé su gestión directa por los Municipios, así como por personas naturales o jurídicas, con o sin ánimo de lucro, y previa obtención en todo caso de la correspondiente concesión otorgada por la Junta de Andalucía

⁷⁸ Además, “en el interior de la zona de servicio deberá asegurarse la captación de las señales de televisión digital local con calidad satisfactoria en condiciones de recepción fija” (art. 3.2).

(art. 7.1)⁷⁹. A tales efectos, los Municipios incluidos dentro de una misma demarcación pueden acordar la solicitud de la gestión directa de un programa (art. 7.2)⁸⁰, previo acuerdo de los respectivos Plenos (art. 7.3); y en el caso de que sean varios los Municipios solicitantes en una misma demarcación, la gestión será atribuida conjuntamente (arts. 7.4 y 8)⁸¹. Con todo, los Municipios deben solicitar la oportuna concesión, en su modalidad “de gestión directa”, participando así en los correspondientes procedimientos de adjudicación de concesiones que se convoquen (art. 8.1), y una vez acordada dicha concesión la gestión deberá respetar el principio de pluralismo (art. 8.5). De otro lado, en cuanto a la gestión privada del servicio televisivo local, las personas naturales o jurídicas quedan sujetas a determinadas condiciones y límites referidos a nacionalidad (española o de otro Estado miembro de la Unión Europea), capacidad para contratar con la Administración y accionariado (art. 9.1). Y respecto a la gestión del canal múltiple, ésta es colectiva, correspondiendo a un órgano interno en el que han de estar “representadas todas las personas concesionarias de programas del mismo, de forma proporcional al número de programas de que son adjudicatarios” (art. 10.1)⁸².

⁷⁹ Respecto a las concesiones, arts. 19 y ss.

⁸⁰ Excepcionalmente, cabe la posibilidad de que los Municipios integrados en una misma demarcación soliciten a la Comunidad la ampliación a dos del número de programas (art. 7.2).

⁸¹ En tal supuesto, los Municipios han de constituir una sociedad mercantil local con capital exclusivamente público y participada por los mismos (cuyo objeto social sea la gestión directa del servicio), o adoptar cualquier otra forma de gestión directa prevista en el art. 85.2.A L 7/1985. Además, la entidad gestora que se constituya debe atender, en cuanto a la participación de cada Municipio, a criterios de población. En caso de que no se logre un acuerdo al respecto por todos los Municipios, cabe que la gestión se encomiende a una entidad gestora integrada por aquellos que sumen una población censada que represente más de las tres quintas partes del total de la demarcación. En caso de no alcanzarse. Por último, en los estatutos de dichas entidades deberá establecerse la forma de realización de la gestión conjunta del servicio, los principios básicos de su gestión, y la posible incorporación o baja posterior de cualquiera de los Municipios incluidos en la zona de servicio del canal múltiple (art. 8.1). De otra parte, en las demarcaciones en las que se hayan previsto dos canales múltiples, podrá destinarse un programa por cada canal para su gestión pública; a estos efectos, los Municipios podrán decidir agruparse para la gestión conjunta de cada uno de ellos, y en caso de no alcanzarse el acuerdo entre los Municipios, la atribución de los programas se realizará atendiendo a criterios de población, atribuyéndose la gestión de uno de los programas al Municipio más poblado, y asignándose el otro u otros programas al resto de Municipios (art. 8.3).

⁸² Para las funciones de dicho órgano, *vid.* art. 10.2; y en relación a su organización, art. 10.4. De otra parte, acerca de la gestión técnica del canal múltiple, art. 12.1; sobre su registro, art. 12.2; y en cuanto a las funciones de tal gestión técnica, art. 13. Y por último, acerca de los requisitos de los gestores y el modo de realizar la misma, art. 40.

Por otra parte, y para una cabal comprensión del alcance sustantivo que del servicio de la televisión local hace el Decreto 1/2006 en la Comunidad Autónoma andaluza, se ha de atender a:

Los principios inspiradores del servicio de televisión local en Andalucía, los cuales, si bien (y en buena medida) responden a los declarados en los Decretos anteriores, presentan alguna novedad⁸³, destacando (a los efectos de estas páginas) “el respeto a los derechos que los espectadores tienen reconocidos por la normativa vigente, en su condición de usuarios” (art. 6.n), mas silenciando su condición de titulares del derecho fundamental a recibir información (art. 20.1.d CE).

La obligación de los titulares de las concesiones “a emitir programas televisivos originales durante un mínimo de cuatro horas diarias y treinta y dos semanales, comprendidas íntegramente en las franjas horarias que van desde las 13 a las 16 horas y desde las 20 a las 24 horas” (art. 14.2), sin que se considere como tal las imágenes fijas, la publicidad, la tele venta o los juegos y concursos promocionales (art. 14.3), ni tampoco “la mera reemisión de programas televisivos cuya difusión se haya realizado o se esté realizando por cualquier otra emisora de televisión” (art. 14.4)⁸⁴. Pero a su vez, “veintiséis de las treinta y dos horas semanales mínimas dedicadas a la programación original [...] serán de producción propia y referidas a contenidos relacionados con el ámbito territorial de cobertura de la demarcación en la cual se es concesionario” (art. 14.7)⁸⁵. Ello, sin duda, supone un importante coste mínimo de producción interna de los programas (en tecnología digital), lo que limita las posibilidades de particulares sin ánimo de lucro, y que se añade a los referidos en relación a la gestión colectiva del canal múltiple, más arriba comentada.

La valoración preferente, como criterio de adjudicación de las concesiones (art. 34.1), de: los contenidos de la programación; la viabilidad técnica del proyecto; la viabilidad económica del proyecto (lo que entra en conexión con

⁸³ Como la “protección de los derechos de la tercera edad, las personas con discapacidad, los inmigrantes y otros colectivos necesitados de una mayor protección” (art. 6.f) y “facilitar la accesibilidad a las personas con discapacidad auditiva o visual” (art. 6.o).

⁸⁴ Además, al respecto, atiéndase al art. 14.5 y 6.

⁸⁵ “[...] podrá entenderse por producción propia aquella coproducida con terceros en Andalucía, con el límite, para el supuesto de concesiones privadas, de trece horas de las veintiséis requeridas” (art. 14.7, *in fine*).

los costes que venimos advirtiendo); las aportaciones a la extensión de la televisión digital; las aportaciones a la economía andaluza (lo que potencia todavía más su dimensión económica); y la experiencia demostrada en televisión local de proximidad, mas guardando silencio a su arraigo en la demarcación (con lo que tal experiencia puede referirse tanto a otras demarcaciones andaluza, como de otras Comunidades) a pesar de que al amparo del anterior Decreto 365/2003 debiera valorarse el haber obtenido la autorización administrativa general, así como hallarse en el censo (otra vez, disp. trans. única). Por último se ha de valorar positivamente a “las entidades sin ánimo de lucro” (art. 34.2), lo que sin embargo resulta difícilmente asumible a la vista de los costes económicos que supone la nueva televisión local digital, en especial frente a la anterior analógica, además de los criterios económicos señalados.

Y la consideración como infracción muy grave de emitir careciendo de la correspondiente concesión administrativa, dando lugar a la “aplicación del oportuno régimen sancionador, pudiendo adoptarse como medida de carácter provisional el cierre de la actividad”, e implicando tal infracción “una multa económica entre 60.000 y 1.000.000 de euros” (art. 45.1). Ello, además, entra en conexión con la disposición transitoria única del Decreto 1/2006, conforme a la cual (y al amparo de la disp. trans. 1ª L 41/1995), las emisoras de televisión local que estuvieran emitiendo con anterioridad al uno de enero de 1995, deben obtener “para continuar con su actividad la correspondiente concesión”, de modo que “en caso de no obtenerse dicha concesión tales emisoras dejarán de emitir en un plazo de 6 meses a contar desde la resolución del concurso”.

IV.C.– EL NUEVO MARCO ESTATUTARIO

Según lo señalado en el apartado II.C, las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía llevadas a cabo han supuesto un nuevo marco estatutario de la actividad televisiva en cuanto que, de un lado, conllevan un mayor grado de especificación de los perfiles competenciales al respecto, de otro, incluyen derechos y principios relativos a dicha actividad, e incluso, en algún caso, dedican un Título específico a los medios de comunicación (y por tanto a la propia televisión). Así acontece precisamente con ocasión de la reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía a la vista de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de manera que el anterior marco normativo andaluz relativo a la televisión local habrá de adecuarse al respecto. En este sentido destaca, a nivel competencial: la competencia exclusiva de la Comunidad sobre la organización de la prestación de los servicios públicos de comunicación audiovisual de ámbito local, sin perjuicio del respeto de la garantía de la autonomía local

(art. 69.1 EA); el desarrollo legislativo y la ejecución por la Comunidad sobre competencias de medios de comunicación social, lo que incluye, claro está, los de ámbito local (art. 69.3 EA); y la competencia compartida entre el Estado y la Comunidad sobre ordenación y regulación y el control de los servicios de comunicación audiovisual que utilicen cualquiera de los soportes y tecnologías disponibles dirigidos al público de Andalucía, así como sobre las ofertas de comunicación audiovisual si se distribuyen en el territorio de Andalucía (art. 69.4 EA)⁸⁶.

De otra parte, y en relación a los nuevos derechos y principios rectores establecidos por el nuevo Estatuto andaluz, está⁸⁷, de manera específica⁸⁸, el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activa-

⁸⁶ Sobre el mismo, *vid.* José María CASTRO PASCUAL, “Artículo 69”, en AAVV *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo)*, Mónica Ortiz Sánchez e Ignacio Carrasco López (coords.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 514 y ss.

⁸⁷ Además de “la expresión del pluralismo político, social y cultural de Andalucía a través de todos los medios de comunicación”, como objetivo básico de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus poderes (art. 10.3.18º EA).

⁸⁸ Decimos “de manera específica”, por cuanto que otros derechos y principios caben tenerse en cuenta, dado que susceptibles de ser proyectados a los medios de comunicación, en general, como a la actividad televisiva (regional o local), en particular. Así por ejemplo, y además de los objetivos básicos de la Comunidad nuevamente (art. 10 EA, en especial 2, 3.3, 3.4, 3.11, 3.12, 3.15, 3.16, 3.17, 3.19, 3.21, 3.22 y 3.24) y la promoción de los valores democráticos y cívicos (art. 11 EA), los siguientes derechos: igualdad de género (art. 15. EA) y protección contra la violencia de género (art. 16 EA); protección de la familia (art. 17 EA); protección y atención integral de los menores y personas mayores (respectivamente, arts. 18 y 19 EA); consumidores (art. 27 EA); medio ambiente (art. 28 EA); participación política (art. 30 EA); acceso a la cultura y a la tecnología de la información (arts. 33 y 34 EA); orientación sexual e identidad de género (art. 35); y deberes (art. 36.1 en particular b, c y f, y 2 EA). Por otra parte, y en cuanto a los principios rectores como instrumentos a través de los cuales lograr los anteriores objetivos y derechos por los poderes públicos andaluces (art. 37.1 EA): la prestación de servicios públicos de calidad (1º); la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo (2º); el incentivo del envejecimiento activo y la participación de los mayores en la vida social, educativa y cultural de la comunidad (3º); el uso de la lengua de signos española (6º); la integración de los jóvenes en la vida social (8º), y la integración social y cultural de los inmigrantes (9º); la conciliación de la vida laboral y familiar de hombres y mujeres (11º); el fomento de los sectores turístico y agroalimentario (14º); el acceso a la sociedad del conocimiento (15º); el fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo (16º); el libre acceso a la cultura y el respeto a la diversidad cultural (17º); la conservación y puesta en valor del patrimonio cultural, histórico y artístico de Andalucía, y especialmente del flamenco (18º); el consumo responsable, solidario, sostenible y de calidad, particular-

mente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca (art. 34 EA)⁸⁹; y con un carácter más amplio, el Título VIII del Estatuto, relativo a los “medios de comunicación social”⁹⁰, y especificando en el derecho a la información (art. 207 EA)⁹¹, la actuación de los medios audiovisuales (art. 208 EA)⁹², la publicidad institucional (art. 209 EA)⁹³, el servicio público de radiotelevisión (art. 210 EA)⁹⁴, la regulación de los medios de comunicación públicos (art.

mente en el ámbito alimentario (19°); el respeto del medio ambiente, incluyendo el paisaje y los recursos naturales, y la garantía de la calidad del agua y del aire (20°); el impulso de las energías renovables, y el ahorro y eficiencia energética (21°); la convivencia social, cultural y religiosa de todas las personas en Andalucía y el respeto a la diversidad cultural, de creencias y convicciones, fomentando las relaciones interculturales con pleno respeto a los valores y principios constitucionales (23°); y actuaciones en situaciones de emergencia, catástrofe o calamidad pública (25°).

⁸⁹ De interés, María Asunción TORRES LÓPEZ, “Acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación”, en AAVV *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos...* cit., pp. 375 y ss.

⁹⁰ Con carácter general, sobre el Tit. VIII EA, *vid.*: Ángel RODRÍGUEZ, “Medios de comunicación social”, junto a Francisco BALAGUER CALLEJÓN, Gregorio CÁMARA VILLAR, José Antonio MONTILLA MARTOS y Agustín RUIZ ROBLEDO, en *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Francisco Balaguer Callejón (coord.), Tecnos, Madrid, 2007, pp. 187 y ss.; José María CASTRO PASCUAL, “Medios de comunicación social”, en AAVV *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007... cit.*, pp. 977 y ss.; y José María SOUVIRÓN MORENILLA, “Los medios de comunicación social”, en AAVV *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Santiago Muñoz Machado y Manuel Rebollo Puig (dirs.), Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 1115 y ss.

⁹¹ “1. Los poderes públicos de Andalucía velarán, mediante lo dispuesto en el presente Título, por el respeto a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 20 de la Constitución, especialmente los referidos a la libertad de expresión y al derecho a una información independiente, veraz y plural. / 2. Todos los medios de comunicación andaluces, públicos y privados, están sujetos a los valores constitucionales”.

⁹² “Los medios audiovisuales de comunicación, tanto públicos como privados, en cumplimiento de su función social, deben respetar los derechos, libertades y valores constitucionales, especialmente en relación a la protección de la juventud y la infancia, así como velar por el cumplimiento del principio de igualdad de género y la eliminación de todas las formas de discriminación”.

⁹³ “Una ley del Parlamento de Andalucía regulará la publicidad institucional en sus diversas formas”.

⁹⁴ “1. El servicio y la gestión de la radiotelevisión de Andalucía tienen carácter público y se prestarán mediante gestión directa. / 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, se podrán otorgar a entidades y corporaciones públicas y a los particulares concesiones administrativas para la gestión indirecta del servicio público de radiotelevisión. / 3. La Junta de Andalucía gestionará directamente un servicio de radiotelevisión pública”.

211 EA)⁹⁵; la promoción de la cultura andaluza (art. 212 EA)⁹⁶ y el reconocimiento y uso de la modalidad lingüística andaluza (art. 213 EA)⁹⁷, el control democrático de los medios de comunicación gestionados directamente por la Junta y las Corporaciones locales (art. 214 EA)⁹⁸, la previsión de nuevos canales audiovisuales (art. 215 EA)⁹⁹, el espacio radioeléctrico (art. 216 EA)¹⁰⁰, y la protección de los derechos en los medios audiovisuales a través del Consejo Audiovisual de Andalucía (art. 217 EA), viniendo así a institucionalizarlo a nivel estatutario (y art. 131 EA) ante su mera previsión legal con carácter previo (L 1/2004, de 17 de diciembre, y D 219/2006, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía)¹⁰¹.

⁹⁵ “1. Los medios de comunicación de gestión directa por la Junta de Andalucía y las Corporaciones locales orientarán su actividad a la promoción de los valores educativos y culturales andaluces, respetando, en todo caso, los principios de independencia, pluralidad, objetividad, neutralidad informativa y veracidad. / 2. Se garantiza el derecho de acceso a dichos medios de las asociaciones, organizaciones e instituciones representativas de la diversidad política, social y cultural de Andalucía, respetando el pluralismo de la sociedad”.

⁹⁶ “Los medios de difusión públicos promoverán la cultura andaluza tanto en sus formas tradicionales como en las nuevas creaciones. Fomentarán el desarrollo audiovisual en Andalucía, así como su producción cinematográfica”.

⁹⁷ “Los medios audiovisuales públicos promoverán el reconocimiento y uso de la modalidad lingüística andaluza, en sus diferentes hablas”.

⁹⁸ “1. Corresponde al Parlamento el control de los medios de comunicación social gestionados directamente por la Junta de Andalucía a través de una Comisión Parlamentaria, en los términos que establezca el Reglamento de la Cámara. / 2. La elección del Director o Directora de la Radiotelevisión Pública Andaluza corresponde al Pleno del Parlamento por mayoría cualificada. / 3. Iguales funciones corresponden a los Plenos de las Corporaciones respecto de los medios de comunicación públicos locales. / 4. La actividad de control de los medios de comunicación establecida en este artículo tendrá por objeto velar por los principios de independencia, pluralismo y objetividad, así como por una óptima gestión económica y financiera”.

⁹⁹ “La Comunidad Autónoma podrá crear nuevos canales audiovisuales u otros medios de comunicación en el marco del ordenamiento jurídico”.

¹⁰⁰ “Andalucía será consultada en cualquier decisión que afecte a la planificación o uso de su espacio radioeléctrico o de su sistema de telecomunicaciones”.

¹⁰¹ Art. 217 EA: “Corresponde al Consejo Audiovisual de Andalucía velar por el respeto de los derechos, libertades y valores constitucionales y estatutarios en los medios de comunicación audiovisual, en los términos establecidos en el artículo 131”.

Ahora bien, ¿cómo repercute, efectivamente, este novedoso régimen estatutario de la actividad televisiva local en Andalucía respecto a la normativa autonómica anteriormente comentada? En principio, y en cuanto al marco competencial, dado que la nueva formulación de éste en el Estatuto andaluz viene fundamentalmente a perfilar las competencias autonómicas andaluzas en relación con los medios de comunicación social, en general, y de la actividad televisiva (autonómica y local), en particular, no conlleva realmente un mayor ámbito de competencias al respecto de las que ya se venían asumiendo conforme al anterior marco competencial; otra cosa es que, eso sí, el actual régimen suponga una mayor clarificación del ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁰². Con todo, es de destacar la previsión estatutaria de que la Junta de Andalucía sea “consultada” por el Estado, con ocasión de la ordenación por éste del espacio radioeléctrico relativo a la Comunidad andaluza (art. 216 EA)¹⁰³. Por tanto, y al respecto del marco competencial, no se plantearían particulares cuestiones, a salvo, y como se ha adelantado, de la mayor especificidad de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cuanto a medios de comunicación social y a la televisión autonómica y local¹⁰⁴, además de la referida consulta.

Cuestión distinta acontece, ahora, con ocasión del derecho a acceder y a participar activamente en la sociedad de la información y la comunicación que

¹⁰² Al respecto, con carácter general, *vid.* Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “Las últimas reformas estatutarias”, junto a Gregorio CÁMARA VILLAR, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN y José Antonio MONTILLA MARTOS, en *Manual de Derecho Constitucional (I)*, Francisco Balaguer Callejón (coord.), 3ª ed, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 374 y ss.

¹⁰³ *Cfr.*: Ángel RODRÍGUEZ, “Medios de comunicación social... *cit.*”, pp. 189 y 190; y Emilio GUICHOT REINA, “Competencias sobre medios de comunicación social y publicidad (Comentario a los arts. 69 y 70)”, en AAVV *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía... cit.*, p. 681. Al respecto de dicha consulta, estimamos adecuada su articulación a través de la Comisión Bilateral de Cooperación Junta de Andalucía–Estado, dado que cauce general y permanente de relación entre ambos (art. 220 EA); sobre dicha Comisión, *vid.*: José Antonio MONTILLA MARTOS, “Relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma con el Estado y con otras Comunidades Autónomas”, en AAVV *El nuevo Estatuto de Andalucía... cit.*, pp. 195 y ss.; y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, “Las relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma con el Estado”, asimismo en AAVV *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía... cit.*, pp. 1159 y ss.

¹⁰⁴ En tal sentido, a nivel general, José Antonio MONTILLA MARTOS, pero ahora “Competencias de la Comunidad Autónoma. Materias Competenciales”, asimismo en AAVV *El nuevo Estatuto de Andalucía... cit.*, pp. 65 y ss.; y de manera más concreta, en relación al art. 69 EA, José María SOUVIRÓN MORENILLA, “Los medios de comunicación social... *cit.*”, pp. 1123 a 1128.

el Estatuto andaluz viene a reconocer en su artículo 34, como en relación a la propia regulación que de los medios de comunicación social éste ofrece en su Título VIII (según lo apuntado más arriba). Y es que, aunque buena parte de tal contenido sustantivo estatutario ya se encontraba en el ordenamiento jurídico andaluz, su consagración y racionalización a nivel estatutario supone, además de una cierta definición política del ejercicio de las competencias relativas a los medios de comunicación social y la televisión por los poderes públicos andaluces, un límite y un impulso de la acción jurídica y política de los mismos al respecto¹⁰⁵; por tanto, no es una mera institucionalización estatutaria de contenidos que estaban desperdigados a nivel legal y reglamentario en Andalucía en torno a los medios de comunicación social y la televisión autonómica y local, sino una auténtica sistematización de un modelo, aunque abierto y plural, del sector mediático-social y televisivo en Andalucía.

A tales efectos, entonces, cabe apreciar, y todavía desde una perspectiva formal relativa al derecho a participar en la sociedad de la información y la comunicación, su reconducción jurídica a los “medios y recursos que la ley establezca” (art. 34, *in fine*, EA), lo que supone una reserva de ley al respecto (y con carácter general, art. 38 EA)¹⁰⁶, frente a la regulación meramente reglamentaria con la que hasta ahora se ha normado desde Andalucía la televisión local (DD 414/2000, 365/2003, y 1/2006). Otra cosa es, desde una perspectiva material sobre tal derecho, cómo quepa articularse, por cuanto que dicha participación cabe llevarse a cabo tanto en relación a medios públicos televisivos, como directamente mediante la gestión de éstos por los propios particu-

¹⁰⁵ Cfr.: Gregorio CÁMARA VILLAR, “Derechos, deberes y principios rectores”, en AAVV *El nuevo Estatuto de Andalucía... cit.*, pp. 23 y ss. (en especial, pp. 28 y 29); y Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “La garantía jurisdiccional de los derechos estatutarios”, en AAVV *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos... cit.*, pp. 117 y 118.

¹⁰⁶ “La prohibición de discriminación del artículo 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”. Ya, sobre el alcance de tal reserva legal, en general, *vid.* María HOLGADO GONZÁLEZ, en AAVV *La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: Los derechos sociales de los andaluces. Deberes y políticas públicas (Pareceres)*, Manuel José Terol Becerra (dir.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, p. 91; otra vez Gregorio CÁMARA VILLAR, *op. cit.*, p. 36; y Manuel REBOLLO PUIG, “El Derecho propio de Andalucía y sus fuentes”, en AAVV *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía... cit.*, pp. 230 a 232.

lares¹⁰⁷; y es que, y a diferencia del derecho de acceso a los medios de comunicación recogido en el artículo 20.3 de la Constitución (según se ha señalado), el vigente artículo 34 del Estatuto andaluz no limita tal derecho a los grupos sociales, ni a los medios televisivos públicos. En tal sentido, el artículo 210.2 del Estatuto andaluz, de un lado, tras declarar el carácter público del servicio y la gestión de la radiotelevisión de Andalucía, prevé, expresamente, la posibilidad de su gestión indirecta por “entidades y corporaciones públicas”, como por “particulares”; mientras que, de otra, el 211.2 garantiza, ahora sí en estrecha relación con el artículo 20.3 de la Constitución, “el derecho de acceso a dichos medios [públicos] de las asociaciones, organizaciones e instituciones representativas de la diversidad política, social y cultural de Andalucía, respetando el pluralismo de la sociedad”¹⁰⁸; y todo ello, a su vez, garantizándose además el control democrático de los medios de comunicación gestionados directamente por las Corporaciones locales (nuevamente, art. 214 EA).

Por último, y a nivel de principios reguladores de la actividad televisiva local en Andalucía, destaca la plena compatibilidad del régimen previsto en el Decreto 1/2006 (arts. 6 y 14 y ss.), con los genéricamente definidos en el Título VIII del Estatuto (los referidos arts. 208, 211.1, 212, 213 y 217).

IV.D.– EL CESE EFECTIVO EN ANDALUCÍA DE EMISIONES TELEVISIVAS LOCALES EN ANALÓGICO

Junto a la previsión del tres de abril de 2010 como fecha tope de retransmisión de emisiones televisivas en analógico (según se apuntó al comienzo de estas páginas), de acuerdo a la comentada disposición transitoria primera, apartado cuarto, de la Ley 41/1995 las emisoras de televisión local que no obtengan la respectiva concesión administrativa deben de dejar “de emitir en un plazo de seis meses contado desde la resolución del concurso o, en su defec-

¹⁰⁷ Acerca de la doble participación de los ciudadanos en los medios televisivos, ya en los públicos mediante la reserva de específicos espacios, como a través de medios directamente en manos de aquéllos, en Derecho comparado, *vid.* José Carlos LAGUNA DE PAZ, *Régimen jurídico de la televisión privada... cit.*, pp. 35 y ss.

¹⁰⁸ No obstante, el alcance del reconocimiento del derecho de acceso previsto en el art. 211.2 EA resulta superior al art. 20.3 CE, por cuanto que abierto no sólo a “grupos sociales y políticos significativos” (art. 20.3 CE), sino a “asociaciones, organizaciones e instituciones representativas de la diversidad política, social y cultural de Andalucía” (art. 211.2 EA). Al respecto, *cf.* José María SOUVIRÓN MORENILLA, “Los medios de comunicación social... *cit.*”, pp. 1142 y 1143.

to, en un plazo de seis meses desde que se agote el plazo para resolver la adjudicación a la que se refiere la disposición transitoria segunda”; y ello, se recuerda, sin que “suponga derecho a indemnización a los efectos del artículo 139.3 de la Ley 30/1992”. Y asimismo, conforme a la disposición transitoria única del Decreto 1/2006 de la Junta de Andalucía, tales emisoras deberán dejar “de emitir en un plazo de 6 meses a contar desde la resolución del concurso”. En este sentido, mediante Acuerdo de 29 de julio de 2008 el Consejo de Gobierno vendría a resolver el concurso para el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía para su gestión por particulares, convocado por anterior Acuerdo del mismo de 18 de abril de 2006, y conforme al cual se han otorgado 163 licencias distribuidas entre las 57 demarcaciones correspondientes a las ocho provincias andaluzas (de un total de 186 que salieron a concurso público)¹⁰⁹. Por tanto, cualquier televisión local que venga emitiendo en analógico y no haya obtenido la referida concesión administrativa para emitir en digital ha de dejar de emitir efectivamente, de manera que la Comunidad podrá, consecuentemente, iniciar el correspondiente procedimiento sancionador a tal fin (nuevamente, art. 45 D 1/2006).

No obstante, y según se ha comentado más arriba, la Junta de Andalucía (en particular, al amparo del D 365/2003) ha venido tolerando la emisión por aquellas televisiones que no se hallaban incluidas en el régimen transitorio de la Ley 41/1995 (disp. adic. 1ª.1 y disp. trans.) con lo que, y a pesar de la contundencia del régimen transitorio hoy fenecido, y del claro y terminante deber de las televisiones locales analógicas que no han obtenido la correspondiente concesión de dejar de emitir, cabe plantearse cuál sea la decisión de la Junta a seguir. Desde luego que ésta puede obligarlas a que dejen de emitir, y ello especialmente en relación al momento último en que se establezca el apagón analógico en el referido ámbito territorial en que vengan operando; pero también cabe que la Junta, simplemente, espere a que el paso tecnológico de la televisión analógica a la digital termine por agotar la emisión en analógico ante la falta de receptores televisivos en tal modalidad. Desde luego esta opción no resulta estrictamente legítima de acuerdo a la normativa vigente, pero sí que se aviene con la actitud que la Junta ha mantenido hasta ahora, además de ser conforme al referido principio jurídico de confianza legítima.

¹⁰⁹ Las 23 licencias no adjudicadas quedaron desiertas por falta de licitadores. De otro lado, también, está el caso del no otorgamiento de concesiones a televisiones locales consideradas *históricas*, a favor de grupos foráneos, como por ejemplo ha acontecido con “Televisión Carmona” (y así, declaración institucional del Ayuntamiento de Carmona, de 17 de junio de 2009, a favor de la misma).

Así, y más allá del referido apagón analógico (y de la prohibición de emisión en dicha modalidad técnica), es dable operar con la idea de seguir tolerando la televisión local analógica hasta tanto se deje de emitir simplemente por falta de su efectiva recepción; tolerancia, eso sí, condicionada al respeto de los principios que rigen la actividad televisiva local, y siempre y cuando no entorpezca o limite el espacio público radioeléctrico según sea definido y gestionado en cada momento. Si el Derecho está llamado ordenar jurídicamente la realidad, y en algunos casos (como en éste) a colaborar en su misma conformación fáctica (y tecnológica!), no es menos cierto que no tiene sentido insistir en la prohibición de una actividad que está llamada a desaparecer por el mismo devenir de los hechos y del desarrollo tecnológico y del mercado televisivo. Y es que no creemos que el apagón analógico haya de entenderse como una mera prohibición jurídica de una modalidad tecnológica de la actividad televisiva (lo cual, por sí, sería difícilmente justificable), sino como un proceso de racionalización jurídica del espacio radioeléctrico existente a fin de procurar su máximo rendimiento, y por tanto que no sea oportuno incitar a la firme y efectiva prohibición de la televisión local analógica en abstracto (por lo demás, en muchos casos circunscrita a pequeños radios de acción) salvo que dicha actividad perjudique potencial o *de factum* tal espacio de manera concreta; y todo ello, en especial, a la vista de cómo con tal actividad caben desarrollarse y ejercerse instrumentalmente libertades públicas y derechos fundamentales.

Con todo, ciertamente, la referida disposición adicional decimoctava de la Ley 56/2007, relativa a la “televisión de proximidad sin ánimo de lucro”, abre una nueva espita transitoria para aquellas televisiones locales en Andalucía que vengán emitiendo antes del uno de enero de 1995 y se consideren integradas en el régimen previsto por dicha disposición; y ello, en tanto que sea desarrollado reglamentariamente por el Estado y ulteriormente por la Comunidad Autónoma andaluza, y ésta finalmente haya resuelto las oportunas concesiones al respecto.

V. EPÍLOGO: EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

V.A.- APROXIMACIÓN CRÍTICA AL NUEVO RÉGIMEN LEGAL DE LA TELEVISIÓN QUE SUPONE EL PROYECTO DE LEY AUDIVISUAL.

Más allá de lo indicado hasta el momento, el Proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual (PLGCA) que actualmente se tramita en las Cor-

tes Generales¹¹⁰ vendrá (en caso de prosperar finalmente, como así se prevé) a alterar radicalmente el anterior marco legal de la televisión en España, al pasarse a un modelo mixto y concurrente de servicio público televisivo (esencial) en manos directamente de los poderes públicos, junto a un servicio televisivo (de interés general) realmente privado (arts. 2, 22 y 40); y al respecto del cual, sin previsión de un número máximo de canales, por cuanto que sujeto a la disponibilidad del espacio radioeléctrico conforme al desarrollo tecnológico (art. 27), aunque, eso sí, fijándose un número mínimo de prestadores a nivel estatal a fin de garantizar un pluralismo mínimo audiovisual (art. 36.5.c). Pero pasemos, aun someramente, a presentar los aspectos más novedosos y generales del PLGCA, para seguidamente ofrecer alguna que otra apreciación crítica al nuevo diseño legal que de la televisión se plantea.

Con el objeto expreso de ofrecer una nueva ordenación del mercado audiovisual (alcanzando ahora el de la información, más el del mercado del ocio y el de la venta audiovisual), a la par que desarrollar el Derecho europeo al respecto (Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007), el PLGCA plantea un ambicioso nuevo marco regulatorio de la comunicación audiovisual estructurado en seis Títulos, y destacando un amplio segundo (normativa básica para la comunicación audiovisual) que contiene: de un lado, un novedoso catálogo de derechos del público (Cap. I), con los que parecería desarrollarse la vertiente receptiva de la actividad televisiva¹¹¹; y de otro, los derechos de los prestadores (privados) del servicio de comunicación audiovisual (Cap. II), distinguiendo en relación a la libertad en la dirección editorial, el derecho de acceso a los servicios de comunicación audiovisual y el derecho a la autorregulación (Sec. 1^a), el derecho a realizar comunicaciones comercia-

¹¹⁰ Del que ya hemos advertido en las notas 2 y 3. A los efectos de estas páginas, se cita el texto presentado por la ponencia nombrada en el seno de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, y debatido y aprobado (con competencia legislativa plena) el 7 de enero de 2010 (si bien se acordaron ciertas enmiendas en tal sesión). Al momento de redacción de estas últimas páginas, el texto se encuentra ya remitido al Senado (aunque aún no ha sido publicado oficialmente). Para una primera aproximación al texto, vid. José María VIDAL BELTRÁN, "El nuevo marco jurídico del audiovisual en España", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 10, 2010, pp. 30 y ss.

¹¹¹ Y recogiendo los siguientes derechos: recibir una comunicación audiovisual plural (art. 4); diversidad cultural y lingüística (art. 5); una comunicación audiovisual transparente (art. 6); derechos del menor (art. 7) y de las personas con discapacidad (art. 8); y participación en el control de los contenidos audiovisuales (art. 9).

les (Sec. 2ª)¹¹², y a la contratación en exclusiva de la emisión por televisión de contenidos audiovisuales (Sec. 3ª). También destaca un amplio, asimismo, Título tercero sobre normas básicas para la regulación y coordinación del Mercado de Comunicación Audiovisual, y especificando a su vez el régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual en un mercado competitivo, transparente y plural (Cap. I)¹¹³, conforme al cual: se definen los servicios de comunicación audiovisual como servicios de interés general y al respecto de lo cual se establece su régimen jurídico, resaltando su desarrollo conforme a la libertad de empresa y la libre competencia dentro de un mercado transparente y plural (si bien, también, “desde el respeto y la protección de los principios y valores constitucionales y del derecho a comunicar y recibir una información objetiva y veraz”), y requiriendo mera licencia previa cuando dichos servicios se presten mediante ondas hertzianas terrestres, previo concurso por autoridad audiovisual competente (art. 22)¹¹⁴; se establece el régimen de explotación de las redes de comunicaciones electrónicas y servicio de comunicación audiovisual, destacando cómo los prestadores de tales servicios han de garantizar el derecho de acceso a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y productores independientes, así como “la posibilidad técnica de transmitir imagen y sonido en condiciones que permitan una interactividad efectiva” (art. 31); la previsión de servicios, como gran novedad, de “comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro” (art. 32)¹¹⁵, y de registros de prestadores del servicio de comunicación audio-

¹¹² E integrando los derechos a: crear canales de comunicación comercial y programas o anuncios de autopromoción (art. 13); emitir mensajes publicitarios (art. 14) y de venta (art. 15); patrocinio (art. 16); y emplazamiento de productos (art. 17). Además, se hace referencia a las comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas (art. 18).

¹¹³ En cuanto al Cap. II, se regula la libertad de recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España, y ello en relación a los prestados dentro del Espacio Económico Europeo (art. 38), y especialmente a los dirigidos, total o principalmente, al territorio español (art. 39).

¹¹⁴ En otro caso, bastará comunicación previa, de acuerdo al art. 23. Por otra parte, en cuanto a las licencias audiovisuales, se establece su régimen jurídico (art. 24); los requisitos para ser titular de las mismas, y ello tanto en relación a personas físicas como jurídicas (art. 25); limitaciones por razones de orden público audiovisual (art. 26); la previsión de los concursos para la concesión de las referidas licencias (art. 27); duración –ampliada a 15 años– y renovación automáticas de las mismas (art. 28), así como negocios jurídicos sobre éstas, incluyendo su transmisión y arrendamiento (art. 29); y la extinción de las licencias audiovisuales (art. 30).

¹¹⁵ “1. Las entidades privadas que tengan la consideración legal de entidades sin ánimo de lucro podrán prestar servicios de comunicación audiovisual que ofrezcan contenidos dirigidos a

visual (art. 33); se distinguen y especifican nuevas formas de comunicación audiovisual, como la televisión en movilidad y en alta definición (arts. 34 y 35, respectivamente); y el establecimiento de un marco de reglas para el mantenimiento de un mercado audiovisual competitivo, transparente y plural, conforme al cual se permite que “las personas físicas y jurídicas pueden ser titulares simultáneamente de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva” (art. 36.1), si bien no podrán “adquirir una participación significativa en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal, cuando la audiencia media del conjunto de los canales de los prestadores de ámbito estatal considerados supere el 27% de la audiencia” (art. 36.2)¹¹⁶. En cuanto a los otros Títulos, el primero (disposiciones generales) se refiere al objeto (art. 1), definiciones (art. 2) y ámbito de aplicación (art. 3), el Tí-

atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, así como a fomentar la participación ciudadana, la vertebración del tejido asociativo y el desarrollo local y comunitario. En todo caso, dichos contenidos se emitirán en abierto y sin ningún tipo de comunicación audiovisual comercial. / 2. La Administración General del Estado debe garantizar en todo caso la disponibilidad del dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios. / 3. La prestación de este tipo de servicios requiere licencia previa. En dicho título se establecerán las condiciones que aseguren su naturaleza sin finalidad comercial, pudiendo establecerse el uso compartido de un mismo canal así como las condiciones de dicho uso [...]. / 4. Las entidades prestadoras de estos servicios deberán justificar la procedencia de sus fondos, así como el desglose de gastos e ingresos, si los hubiere. [...]. / Sus gastos de explotación anuales no podrán ser superiores a 100.000 euros en el caso de la televisión [...]. / 5. Las entidades titulares de los servicios de comunicación audiovisual sin ánimo de lucro deberán acreditar el pago de [...]”.

¹¹⁶ Sigue diciendo el art. 36 PLGCA: “3. La superación del 27% de la audiencia total con posterioridad a la adquisición de una nueva participación significativa no tendrá ningún efecto sobre el titular de la misma. / 4. Las participaciones sociales o los derechos de voto de personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo [...]. / 5. Ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva: / a) Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a dos canales múltiplex. / b) Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito autonómico acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a un canal múltiplex. / c) Ninguna persona física o jurídica titular o participe en el capital social de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en el capital de otro prestador del mismo servicio, cuando ello suponga impedir la existencia de, al menos, tres prestadores distintos del servicio de comunicación audiovisual televisiva en el ámbito estatal, asegurándose el respeto al pluralismo informativo”.

lo cuarto se dedica a los prestadores públicos del servicio de Comunicación Audiovisual [definición del servicio público audiovisual (art. 40); función de dicho servicio público y su control (art. 41); límites para los prestadores de servicio público de titularidad pública (art. 42); y financiación de tales prestadores (art. 43)], el quinto al Consejo Estatal de Medios Audiovisuales [naturaleza, fines y régimen jurídico (arts. 44 a 46); funciones, potestades y facultades (arts. 47 a 48); organización y garantías de independencia (arts. 49 a 52); control parlamentario (art. 53); y agotamiento de la vía administrativa y control jurisdiccional (art. 54)], y el Título sexto al régimen sancionador básico. Además, el PLGCA prevé una disposición adicional, once transitorias (destacando la segunda, relativa a los derechos reconocidos y títulos otorgados antes de la entrada en vigor del PLGCA), una amplísima derogatoria (que viene a derogar casi en su integridad el marco legal de la televisión referido en las anteriores páginas)¹¹⁷, y cinco finales, sobresaliendo la segunda, relativa a la in-

¹¹⁷ “[...] en concreto, quedan expresamente derogadas: / 1. La Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión. / 2. La Ley 46/1983, de 26 de diciembre, del Tercer Canal de Televisión. / 3. La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones. / 4. La Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. / 5. La Ley 11/1991, de 8 de abril, de Organización y control de las emisoras municipales de radio. / 6. La Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. / 7. La Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, en lo referido a los servicios de comunicación audiovisual por satélite. / 8. La Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres. / 9. La Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos. / 10. La disposición adicional cuadragésimo cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. / 11. La disposición adicional cuadragésimo cuarta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. / 12. La disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, de 9 de julio, de fomento y promoción de la cinematografía y el sector audiovisual. / 13. Las disposiciones adicionales décima y transitorias sexta y décima de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. / 14. La disposición adicional trigésima de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. / 15. La Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, salvo el artículo 5 que modifica el Real Decreto-ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación, y salvo la disposición adicional segunda, relativa a la garantía de accesibilidad para personas con discapacidad y la disposición adicional séptima, relativa a la cobertura por satélite del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal. / 16. Ley 7/2009, de 3 de julio, de medidas urgentes en materia de Telecomunicaciones. / 17. Real Decreto-Ley 11/2009, de 13 de agosto, por el que se regula para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de televisión digital terrestre de pago mediante acceso condicional”.

corporación del Derecho de la Unión Europea, y la tercera, sobre los títulos competenciales invocados por el Estado al respecto del PLGCA, conforme a la cual sus preceptos se dictan “al amparo de la competencia del Estado para dictar legislación básica del régimen de [...] televisión” (art. 149.1.27.^a CE)¹¹⁸.

Al margen de la necesidad de una regulación general, coherente y actualizada del marco legal de la actividad televisiva, según el propio PLGCA en su exposición de motivos, lo cierto es que el proyecto presenta no pocas cuestiones abiertas a consideraciones críticas, como son (y aún muy someramente): primero, el que siendo el PLGCA una regulación pretendidamente general y unitaria de la actividad televisiva, no se está tramitando (y aprobando) como ley orgánica (art. 81 CE), frente a la referida Sentencia del Tribunal Constitucional 127/1994, conforme a la cual era dable el carácter de ley ordinaria de la Ley 10/1988 de la Televisión Privada, entre otros motivos, al no ser “una regulación directa, general y global” (FJ núm. 3.b)¹¹⁹; segundo, y en sintonía con la condición de mera ley ordinaria del PLGCA (sin embargo), la regulación de un régimen televisivo fundamentalmente basado en la televisión privada (art. 38 CE), y más allá por tanto de la libertad de antena (art. 20.1 CE), salvo el referido supuesto de los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro (art. 32); tercero, y asimismo, la configuración de los derechos del público esencialmente como límites a la actividad televisiva privada, en vez de auténtica manifestación de un genuino derecho fundamental de recepción televisiva¹²⁰; cuarto, la reducción del carácter esencial de la televisión sólo en relación a la actividad televisiva gestionada directamente por los poderes públicos, así como por los servicios de comunicación comunitarios (nuevamente, art. 32), quedando la privada centrada en el ocio y en la

¹¹⁸ Continúa la disp. final tercera: “[...] salvo los artículos 5.3, párrafo sexto, 11 y 31 que se dictan al amparo de la competencia estatal exclusiva en materia de telecomunicaciones, prevista por el artículo 149.1.21.^a de la Constitución. Las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando, en todo caso las competencias exclusivas y compartidas en materia de medios de comunicación y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía”.

¹¹⁹ Al respecto, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, “El derecho fundamental a la actividad televisiva (II)... *cit.*, pp. 596 y 597.

¹²⁰ Con todo, particular interés e importancia tienen los derechos: a recibir una comunicación audiovisual “a través de una pluralidad de medios tanto públicos, comerciales como comunitarios [...]” (art. 4.1); y a una comunicación audiovisual transparente, en relación al derecho a conocer la identidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual, el cual integra información relativa a “las empresas que formen parte de su grupo y el accionariado” (art. 6.1).

venta; quinto, la sujeción del pluralismo al mercado, de manera que se permite una importante concentración de medios [a salvo de una garantía de tres prestadores a nivel estatal, con lo que vendría reducirse el número actual (nuevamente, art. 36)], a la par que se fomenta la mera multiplicación de canales (más pluralismo de mercado, pero menos pluralismo informativo); sexto, la falta de un régimen transitorio capaz de cubrir eficaz y eficientemente el notabilísimo cambio que del régimen jurídico se prevé; y por último, y en general, un cambio excesivamente rupturista en relación al anterior modelo, en vez de profundizar en la evolución que de tiempo venía dándose a favor de una mayor liberalización de la actividad televisiva, a la par que incidiendo más en los derechos del público en tanto que ciudadanos (en vez de meros usuarios y/o consumidores).

V. B.- LA TELEVISIÓN LOCAL EN LA LEY GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIVISUAL

En cuanto al específico régimen jurídico de la televisión local previsto por el PLGCA, éste nos dice formalmente muy poco al respecto. De un lado, la expresa derogación de la Ley 41/1995 (disp. derogatoria, apartado 8º), y de otro: la concreta referencia a la televisión local en relación al ámbito de las licencias de prestadores audiovisuales (art. 22.3)¹²¹; la integración de lo local dentro del marco de acción de los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro (otra vez, art. 32.1); la consideración de las Entidades Locales como prestadoras del servicio público de comunicación audiovisual (art. 40.2)¹²², correspondiendo a sus órganos de gobierno “el control de la gestión y del cumplimiento de la función de servicio público” (art. 41.2) y la determinación normativa del “sistema de financiación de su servicio público de comunicación audiovisual” (art. 43.1); y la transformación en licencias de la actuales concesiones administrativas de televisión local (disp. transitoria 2ª.1)¹²³. Por tanto, se habrá de estar a la regulación que de la televisión

¹²¹ “[...] Para la prestación del servicio de comunicación televisiva las licencias de ámbito local podrán corresponder a uno o varios municipios limítrofes y, en su caso, a un ámbito insular completo. / El otorgamiento de una licencia de televisión de ámbito local no faculta para la emisión en cadena con otras entidades autorizadas, durante más del 25% del tiempo total semanal, aunque sea en horario diferente. En ningún caso este porcentaje puede concentrarse en el horario de 21 a 24 horas”.

¹²² “[...] las Entidades Locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos”.

¹²³ “1. Las concesiones para la gestión indirecta del servicio público de radio o televisión por ondas hertzianas terrestres de ámbito estatal, autonómico o local se deben transformar en licen-

local prevean las Comunidades Autónomas al respecto (en el caso de Andalucía, conforme al régimen anteriormente señalado y aún a nivel reglamentario), a salvo de la condición básica del casi entero PLGCA y por tanto su traslación y desarrollo al ámbito local por éstas, en lo que sea posible¹²⁴; mas ello, sin perjuicio del mantenimiento, y sin embargo, de la vigencia de la disposición adicional decimoctava de la Ley 56/2007, sobre la televisión de proximidad sin ánimo de lucro, por cuanto que no se prevé su derogación por el PLGCA (disp. derogatoria), así como su estrecha relación con los referidos prestadores comunitarios (de nuevo, art. 32.1).

En tal contexto, la derogación de la Ley 41/1995 (y la previsible entrada en vigor de la LGCA al tiempo del definitivo apagón analógico), junto al déficit normativo transitorio del PLGCA (señalado en el anterior apartado), no ayuda precisamente a fomentar un mayor grado de seguridad jurídica con relación al cese (y cierre) de emisiones televisivas en analógico a nivel local; al contrario, se fomenta la inseguridad respecto a un marco ya de por sí mudable e incierto (según se ha mostrado), sin perjuicio del mantenimiento implícito de las televisiones de proximidad.

cias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual. / La vigencia de las nuevas licencias será de quince años a contar desde la fecha de transformación de las concesiones”.

¹²⁴ Lo cual, a su vez, es un problema al presente, dado la sujeción de la normativa autonómica al vigente régimen de la televisión local, y la profunda transformación que al respecto supone el PLGCA.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

La protección urbanística del conjunto histórico de Sevilla. Las dificultades derivadas de su sectorización (Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 y 22 de octubre de 2009)

Eduardo Caruz Arcos

Abogado. Cuatrecasas. Gonçalves Pereira. Olivencia-Ballester
Profesor Asociado de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN URBANÍSTICA DEL CONJUNTO HISTÓRICO DE SEVILLA. LA TENSIÓN PERMANENTE ENTRE EL DESARROLLO URBANO Y LA TUTELA DE LOS VALORES CULTURALES.- II. EL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE SEVILLA DE 2006 Y LA DEFENSA DEL CONJUNTO HISTÓRICO.- III. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LAS NORMAS DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE SEVILLA RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DEL CONJUNTO HISTÓRICO.- IV. LOS LÍMITES DEL PLAN GENERAL COMO INSTRUMENTO DE ORDENACIÓN ESPECIAL DEL CONJUNTO HISTÓRICO DE SEVILLA.- V. ¿SON ADMISIBLES LAS OPERACIONES DE REFORMA INTERIOR EN EL INTERIOR DEL CONJUNTO HISTÓRICO DE SEVILLA?- VI. LA PROHIBICIÓN LEGAL DE MODIFICAR ALINEACIONES INTERIORES Y EXTERIORES EN LOS CONJUNTOS HISTÓRICOS

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN URBANÍSTICA DEL CONJUNTO HISTÓRICO DE SEVILLA. LA TENSIÓN PERMANENTE ENTRE EL DESARROLLO URBANO Y LA TUTELA DE LOS VALORES CULTURALES

El conjunto histórico-artístico de Sevilla fue reconocido por Decreto del entonces Ministerio de Educación Nacional 2.803/1964, de 27 de agosto. Es-

ta declaración se formuló de conformidad con lo dispuesto en la Ley del Patrimonio Artístico Nacional de 13 de mayo de 1933.

Con anterioridad a la declaración de 1964, el centro y algunos de los arrabales históricos de Sevilla ya fueron objeto de medidas de protección o tutela en aplicación de la normativa urbanística. En efecto, las sucesivas leyes del suelo y los planes que se han aprobado en su aplicación siempre han incluido medidas tuitivas de los valores históricos, artísticos y arquitectónicos de las zonas más significativas de la ciudad.

El Plan General de 1946 incluía en sus Ordenanzas una zona “interior” de la ciudad que, a su vez, dividía en tres grupos de edificaciones, las de marcado carácter artístico” que conforman un “armónico conjunto”; las situadas en “zonas de influencia de algún monumento o edificio de importancia artística”, y los “edificios que por su composición general o en detalle se consideran de interés artístico para la ciudad”. Igualmente, las Ordenanzas contenían un capítulo destinado a regular las condiciones estéticas de los edificios. En desarrollo de estas previsiones normativas se encargó a dos reputados especialistas¹ un catálogo de edificios de interés, distinguiendo entre edificios “artísticos”, “recomendados” y “típicos”, que llegó a ser sancionado por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla. El catálogo se editó posteriormente, en el año 1976, en forma de libro bajo el título “Arquitectura Civil Sevillana”².

El Plan General de 1962 se limitó a añadir nuevos condicionantes a la normativa urbanística de los edificios del centro histórico en aspectos formales como el tratamiento de las fachadas, los colores y materiales, etc. En desarrollo de este Plan General se aprobó el Plan Especial de Reforma Interior del Casco Antiguo (PRICA) de 1968 y el Plan Especial de Reforma Interior de Triana (PRIT) de 1971 que incorporaron nuevas determinaciones proteccionistas e incluyeron las catalogaciones realizadas conforme al Plan General de 1946.

Tras la entrada en vigor de la Constitución, la primera Corporación local elegida democráticamente apuesta decididamente por la protección del conjunto ante las graves pérdidas de inmuebles, en muchos casos irreversibles,

¹ D. Francisco Collantes de Terán Delorme y D. Luis Gómez Estern que entre los años 1949 y 1951 realizaron una colección fotográfica y planimétrica de los edificios.

² COLLANTES DE TERÁN DELORME, F., Ayuntamiento de Sevilla, Sevilla, 1976.

que se habían producido en los años anteriores. Con este propósito, el PRICA fue reformado en el año 1981 y el PRIT en el año 1982. El objetivo fundamental de estos cambios era controlar el crecimiento de la ciudad y proteger el patrimonio edificado y las zonas de interés patrimonial. Las técnicas empleadas para lograr estos fines fueron fundamentalmente dos. En primer lugar, la catalogación del patrimonio edificado, permitiendo un conocimiento detallado y pormenorizado de cada inmueble, así como la identificación de zonas homogéneas de planeamiento específico. Y, en segundo término, el establecimiento de unas ordenanzas de conservación de las edificaciones que relacionaban el interés arquitectónico de cada edificio con el tipo de intervenciones que precisaba, vinculando los aspectos estéticos y tipológicos y estableciendo niveles máximos de protección limitativos de los tipos de obras que, en cada caso, podían autorizarse.

Posteriormente, las técnicas y principios protectores de este planeamiento especial se incluyeron en una adaptación del propio Plan General de 1982 y se han mantenido en los posteriores planes generales de 1987 y 2007.

La Ley de 1933 fue derogada por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (en adelante LPHE) que en su artículo 20.1 establece que la declaración de un conjunto histórico como Bien de Interés Cultural *“determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encontraren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas”*.

El Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla de 1987³ (en adelante PGOU-1987) es el primer instrumento de planeamiento general de la ciudad aprobado tras la publicación de la LPHE. El PGOU-1987 actualizó la catalogación de los edificios de singular valor e introdujo en sus ordenanzas una rigurosa normativa de protección del patrimonio arquitectónico. El Plan programó para el primer cuatrienio de su vigencia la redacción del plan especial de protección del conjunto histórico.

Posteriormente, en aplicación del artículo 9 de la LPHE, se dictó el Real Decreto 1.339/1990, de 2 de noviembre⁴ que amplió significativamente el ám-

³ Aprobado definitivamente por Resolución del Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 29 de diciembre de 1987, publicado en el B.O.J.A. de 16 de enero de 1987.

⁴ Publicado en el B.O.J.A. de 6 de noviembre de 1990.

bito territorial del conjunto histórico de Sevilla, incorporando nuevas zonas de la ciudad histórica o recinto amurallado inicialmente excluidas, así como ámbitos de la ciudad moderna que incluyen los principales ensanches del siglo XIX y la extensión posterior del siglo XX.

Poco después de la ampliación del conjunto, la Comunidad Autónoma de Andalucía, en ejercicio de su competencia normativa sobre patrimonio histórico, aprobó la Ley 1/1991 del Patrimonio Histórico de Andalucía (en adelante LPHA) que incluía, en relación con la ordenación urbanística de los conjuntos históricos, dos novedades fundamentales. En primer lugar, el artículo 32.1 establece que la ordenación urbanística de los conjuntos históricos, exigida por el artículo 20 de la LPHE y 30 de la LPHA, podría llevarse a cabo mediante la aprobación de planes especiales de protección o de reforma interior, pero también mediante otros instrumentos de planeamiento distintos como los planes generales de ordenación urbana; las normas subsidiarias o complementarias de planeamiento de ámbito municipal; los planes parciales, o, *“cualquier otro instrumento de planeamiento que se cree por la legislación urbanística, siempre que, ajustándose en todo caso a las exigencias establecidas en esta Ley, cumpla funciones equivalentes a los anteriormente enumerados”*.

En segundo lugar, el artículo 32.2 disponía: *“La elaboración y aprobación del planeamiento a que hace referencia el apartado anterior se llevará a cabo de una sola vez para el conjunto del área o, excepcionalmente y previo informe favorable de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, de modo parcial por zonas que merezcan una consideración homogénea”*.

La gran extensión del conjunto histórico de Sevilla (783,5 hectáreas), sumado a su enorme riqueza y diversidad motivó que para facilitar la redacción del planeamiento de protección exigido por el artículo 20 de la LPHE y el artículo 30 de la LPHA, se suscribiera el 23 de diciembre de 1992 un *“Convenio sobre el Proceso para la Redacción del Planeamiento del Conjunto Histórico de Sevilla”* entre la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento hispalense. Los trabajos desarrollados por ambas instancias cristalizaron en el Avance del Plan Especial de Protección del Conjunto Histórico de Sevilla de mayo de 1994⁵.

⁵ Este documento puede consultarse en la página web de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla: www.sevilla.org/urbanismo/.

El Avance contiene, en aplicación del artículo 32.2 de la LPHA⁶, una propuesta de sectorización del conjunto que permite formular el planeamiento de protección de un modo parcial por zonas de características históricas, tipomorfológicas y edilicias homogéneas⁷.

Dicha propuesta de sectorización en veintisiete ámbitos se acordó entre ambas instancias teniendo en cuenta, asimismo, la calificación urbanística de cada una de las zonas y la existencia de un planeamiento especial conforme al PGOU-1987. La sectorización fue informada favorablemente por la Dirección General de Bienes Culturales de la Junta de Andalucía mediante Resolución de 21 de septiembre de 1994.

El Avance de Plan Especial diferencia los sectores del conjunto que contaban con una ordenación urbanística idónea desde la perspectiva de la protección del patrimonio histórico; los sectores en los que había que elaborar un catálogo específico; aquellos cuya ordenación debía modificarse en materia de catalogaciones, alturas, parcela mínima y otras condiciones de edificación, y, finalmente, los sectores que requerían de planeamiento especial de protección por considerarse que el PGOU-1987 no era suficiente a efectos de su protección patrimonial⁸.

⁶ “La elaboración y aprobación del planeamiento a que hace referencia el apartado anterior se llevará a cabo de una sola vez para el conjunto del área o, excepcionalmente, y previo informe favorable de la Consejería de Cultura y Medio Ambiente, de modo parcial por zonas que merezcan una consideración homogénea”.

⁷ Distinguiendo, con carácter general, entre la “Ciudad Histórica”, a su vez dividida entre el “Recinto Amurallado” y los “Arrabales”, y la “Ciudad Moderna”, dividida en la “zona del Ensanche del Siglo XIX” y la “Extensión del Siglo XX”.

⁸ En el primer grupo se incluían los Sectores: 2 “San Luis”, 12 “San Bernardo”, 6 “Reales Alcázares”, 11 “Hospital de las Cinco Llagas”, 15 “La Cartuja” y 26 “Recinto de la Exposición Iberoamericana”.

En el segundo grupo, se integraron los sectores que requerían la elaboración de un catálogo: los Sub-sectores 13.1 “Casa de la Moneda”, 13.2 “Plaza de Armas”, 19.1 “La Calzada” y los Sectores 21 “El Prado de San Sebastián”, 23 “Pirotecnia-Cross” y 27 “El Puerto-Lámina de Agua”.

En el tercer grupo, los sectores necesitados de nueva ordenación en ciertas materias: 1 “San Gil-Alameda”, 4 “Santa Catalina-Santiago”, 5 “San Bartolomé”, 7 “Catedral”, 8 “Encarnación-Magdalena”, 9 “San Lorenzo-San Vicente”, 13 “El Arenal”, 16 “San Julián-Cruz Roja”, 18 “San Roque-La Florida”, 24 “El Porvenir” y 25 “La Palmera”.

Y, finalmente, un cuarto grupo en el que se incluyeron los sectores necesitados de un Plan Especial de Protección o figura análoga de planeamiento de protección: 3 “Santa Paula- Santa Lucía”, 9.1 “Los Humeros”, 10 “Macarena”, 14 “Triana”, 17 “La Trinidad”, 19 “La Calzada-Fábrica de Artillería” y 20 “Estación San Bernardo”.

Actualmente, los veintisiete sectores del conjunto histórico de Sevilla pueden clasificarse en dos grupos principales:

a) Los que cuentan ya con Plan Especial de Protección o Catálogo específico aprobado definitivamente por el Ayuntamiento de Sevilla con el informe favorable de la Consejería de Cultura⁹.

b) Sectores que no disponen todavía de Plan Especial o Catálogo Autónomo convalidado¹⁰.

II. EL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE SEVILLA DE 2006 Y LA DEFENSA DEL CONJUNTO HISTÓRICO

El vigente Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla, aprobado definitivamente por Resolución de la Consejera de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 19 de julio de 2006¹¹, incluye numerosas disposiciones relacionadas con la ordenación de los inmuebles y espacios urbanos del conjunto histórico. En concreto, el Libro I de sus Normas Urbanísticas (Normas Generales) dedica el Título X al “Patrimonio Histórico, Arqui-

⁹ Sectores: nº 1 “San Gil–Alameda”, nº 2 “San Luis”, nº 3 “Santa Paula–Santa Lucía”, nº 5 “San Bartolomé”, nº 9 “San Lorenzo–San Vicente”, nº 9.1 “Los Humeros”, nº 10 “Macarena”, nº 12 “San Bernardo”, nº 13 “El Arenal”, nº 13.1 “La Moneda”, nº 13.2 “Plaza de Armas”, nº 14 “Triana”, nº 15 “Cartuja”, nº 16 “San Julián–Cruz Roja”, nº 17 “La Trinidad”, nº 18 “San Roque–La Florida”, nº 20 “Estación de San Bernardo”, nº 21 “Prado de San Sebastián”, nº 23 “Pirotecnia–Cross”, nº 24 “El Porvenir”, nº 25 “La Palmera”, nº 27.1 “Pto.–Lámina agua. Torneo”, nº 27.2 “Pto.–Lámina agua. Histórico” y nº 27.3 “Pto.–Lámina agua. Puerto”.

¹⁰ Sectores conformados por monumentos declarados BIC: nº 6 “Reales Alcázares”, nº 7 “Catedral”, nº 11 “Hospital Cinco Llagas” y nº 26 “Recinto Exposición Iberoamericana”. Sectores no desarrollados: nº 4 “Santa Catalina–Santiago”, nº 8 “Encarnación–Magdalena”, nº 19 “La Calzada–Fábrica de Artillería” y nº 22 “Huerta de la Salud”.

¹¹ Publicado en el B.O.J.A. nº 174 de 7 de septiembre. Posteriormente, se ha aprobado un Texto Refundido aprobado mediante Resolución de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía de 3 de diciembre de 2007 por la que se dispone la publicación de la de 9 de octubre del mismo año sobre el documento de cumplimiento de la Resolución de la Consejería de 19 de julio de 2006 sobre revisión del Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de fecha 30 de enero de 2008 (B.O.J.A. nº 21).

tectónico y Arqueológico”, y el Libro II (Normas Particulares) establece en el Título XII, Capítulo II, las condiciones particulares de ordenación de la zona de ordenanzas “Centro Histórico” (CH).

De todas esas disposiciones merece una atención especial lo dispuesto en el artículo 10.2.2 de las Normas Urbanísticas que establece la sectorización en “27 sub-ámbitos” del conjunto histórico a efectos de su protección urbanística, conforme al Documento de Avance del Plan Especial de Protección aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Sevilla en septiembre de 1994.

Igualmente, el precepto comentado dispone que el Plan General *“asume plenamente, como determinaciones pertenecientes al mismo, el contenido de aquellos Planes Especiales y Catálogos de los sectores del Conjunto Histórico aprobados definitivamente en el momento de su entrada en vigor y que han alcanzado la convalidación por la Consejería de Cultura”*.

El apartado tercero del artículo 10.2.2 señala: *“En el resto de sectores del Conjunto Histórico que carecían, bajo la vigencia del planeamiento general anterior, de instrumentos de protección específicos, el presente Plan General establece su ordenación urbanística directa y detallada mediante la asignación de usos pormenorizados, condiciones de la edificación, delimitación, en su caso, de áreas de reforma interior, que, debidamente justificadas, fueran necesarias para una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o eviten los usos degradantes, así como las normas específicas de protección”*.

Respecto de estos sectores que carecían de planeamiento especial de protección con anterioridad al año 2006, el propio Plan General prevé cómo realizar la catalogación de los elementos con valores singulares y el establecimiento de las alturas de las edificaciones, distinguiendo:

a) En los sectores conformados por monumentos declarados BIC¹², se incluye una ficha de catalogación con las directrices de protección, completando su ordenación detallada de forma directa. No se prevén instrumentos de desarrollo posteriores ya que los monumentos cuentan con un nivel de cautela o protección suficiente.

b) En el resto de sectores no desarrollados del Conjunto Histórico (excepto el Sector nº 22), se prevé la redacción futura, en el plazo de un año des-

¹² Nota nº 10.

de su aprobación, de los catálogos específicos para cada uno de ellos. Estos catálogos deben establecer la ordenación definitiva de las alturas de las edificaciones en todo su ámbito. Asimismo, de modo transitorio, el Plan General incluye unas determinaciones sobre alturas y asume las catalogaciones contenidas en el Plan General de 1987.

c) Finalmente, en el Sector nº 22 “Huerta de la Salud”, el Plan General procede a su ordenación detallada completa con una catalogación adaptada a los valores en presencia.

Recapitulando, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la LPHE y 32 de la LPHA, cada sector en los que se ha dividido el conjunto histórico de Sevilla debe contar con un instrumento urbanístico de protección que ha de ser informado favorablemente por la Administración autonómica competente para la protección de los bienes culturales.

El Plan General de 2006 constituye dicho instrumento de protección respecto de los sectores que contaban con Plan Especial y Catálogos Autónomos aprobados por la Corporación local y ratificados por la Consejería de Cultura con anterioridad a 2006, por cuanto asume “plenamente” sus determinaciones. Esta “integración normativa” se realiza identificando los ámbitos de estos sectores como “Áreas de Planeamiento Especial Incorporado”, si bien en algunos casos el Plan General realiza ciertas “alteraciones puntuales” sobre la ordenación previa.

En los sectores que carecían de instrumentos de ordenación especial ratificados por Cultura con anterioridad a 2006, el Plan General asume dicha función tuitiva conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la LPHA, estableciendo directamente los usos pormenorizados, las condiciones de edificación, las áreas de reforma interior, las normas específicas de protección, las catalogaciones y alturas.

En relación con estas dos últimas determinaciones, catalogaciones y alturas, el propio PGOU distingue los sectores conformados por bienes de interés cultural y el Sector nº 22 para los que incluye unas “*fichas de Catalogación*” que completan la ordenación protectora, sin necesidad de un catálogo posterior. Para el resto de sectores no convalidados “*prevé la redacción futura de su Catálogo específico, así como la ordenación definitiva de las alturas de edificación en todo su ámbito, difiriendo así las determinaciones completas de protección exigidas por la legislación patrimonial sólo en cuatro sub-ámbitos*”, aunque incorporando de modo transitorio, es decir, hasta la aprobación de los catálogos, unas determinaciones provisionales de alturas y catalogaciones contenidas en el PGOU de 1987.

III. LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LAS NORMAS DEL PLAN GENERAL DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE SEVILLA RELACIONADAS CON LA PROTECCIÓN DEL CONJUNTO HISTÓRICO¹³

El auto de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de octubre de 2007 admite parcialmente la pretensión cautelar de la parte recurrente, una Asociación de defensa del patrimonio histórico, suspendiendo un gran número de preceptos de las Normas Urbanísticas del PGOU de Sevilla, con base en el siguiente razonamiento, incluido en los fundamentos jurídicos Tercero, Cuarto y Sexto:

“(...) el Plan General no puede excusar la obligatoriedad del Plan Especial de Protección, ni derogar las determinaciones de Planes Especiales anteriores ni sustituirlos, por lo que procede la suspensión”.

“(...) la planificación general no puede suplir la obligatoriedad de un Plan Especial, ni mucho menos autorizar alturas superiores a través de un Estudio de Detalle, por lo que procede la suspensión de la medida cautelar”.

“El art. 12.2.15, en su apartado 2, permite una edificabilidad máxima que puede contradecir lo dispuesto en el art. 21.3 de la Ley 16/1985, sin que pueda ampararse en la redacción de un Plan Especial posterior, pues ya se ha dicho que el planeamiento general no puede alterar la edificabilidad”.

Conforme a la resolución comentada, el Plan General de 2006 no puede considerarse, a los efectos de los artículos 20 de la LPHE y 32 de la LPHA, como un planeamiento especial de protección del conjunto.

Posteriormente, el auto de fecha 12 de diciembre de 2007 modifica el criterio establecido inicialmente por la Sala argumentando que los recurrentes habían acreditado con sus recursos que la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía había informado favorablemente el Plan General a los efectos de los artículos 20 de la LPHE y 32 de la LPHA, a excepción de los sectores 4

¹³ Sobre los autos citados puede consultarse el artículo “La suspensión judicial de Normas del Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla relacionadas con la protección del conjunto histórico: comentario de los Autos de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fechas 8 de octubre y 12 de diciembre de 2007”, publicado por CARUZ ARCOS, E., en el nº 68 de esta Revista, pp. 191-206.

(Santa Catalina-Santiago), 7 (Catedral), 8 (Encarnación-Magdalena) y 19 (Calzada-Fábrica de Artillería). El Auto señala literalmente:

“La Resolución de 10 de noviembre de 2005 de la Dirección General de Bienes Culturales de la Junta de Andalucía informó favorablemente a efectos del artículo 32 de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía el documento de aprobación provisional del Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla, en los distintos sectores del Avance del Plan Especial del Conjunto Histórico de 1994. La relación incluía todos los sectores del Avance, salvo los sectores 4 (Santa Catalina-Santiago), 7 (Catedral), 8 (Encarnación-Magdalena) y 19 (Calzada- Fábrica de Artillería). La existencia de resoluciones favorables al Plan General y la conjunción de los preceptos 32 de la Ley 1/1991 y 20 de la Ley 16/1985, hacen que la apariencia de buen derecho deba ser replanteada a efectos del mantenimiento de la medida cautelar, que por supuesto sólo puede ir referida a los edificios y espacios protegidos dentro del Conjunto Histórico de limitado”.

“(…) el Plan General prima facie y sin perjuicio de la resolución de fondo que se dicte asume la naturaleza de planeamiento especial de protección del art. 20 de la Ley 16/1985, tal y como se desprende de las resoluciones-informes de 10 de noviembre de 2005 y 4 de julio de 2006 (...) la normativa del Plan General de 1987, fue convalidada por el nuevo Plan General de 2006, que asume los Catálogos a su vez y debe ser entendido como planeamiento especial de protección, por lo que no procede la suspensión”.

La rectificación del segundo auto a la vista de la documental aportada es pertinente y ajustada a Derecho, ya que el Plan General puede ser un instrumento idóneo para establecer la ordenación protectora del conjunto histórico conforme al artículo 32.1.b) de la LPHA. Asimismo, el apartado quinto de este precepto prevé que cuando se revise el Plan General se someta a informe preceptivo y vinculante de la Consejería de Cultura en “idénticas condiciones” a las exigidas para la aprobación del planeamiento que se revisa, permitiendo el control por parte de la Administración de Cultura de la modificación del planeamiento de protección.

Los informes sectoriales favorables son decisivos, por tanto, para la resolución de la medida cautelar aunque, como acierta a expresar el auto, la Sala deberá pronunciarse en el proceso principal sobre la legalidad de los contenidos del Plan y el criterio técnico seguido por la Consejería para su convalidación, en relación con las modificaciones introducidas por el PGOU en los planes especiales y catálogos ya aprobados anteriormente, con el visto bueno de la Administración de Cultura, que el Plan asume como planeamiento incorporado. Es decir, los contenidos de los planes especiales y catálogos ya con-

validados que se asumen como planeamiento incorporado no deben ser objeto de impugnación por tratarse de un planeamiento anterior, ya firme, a los que el PGOU simplemente se remite. En cambio, sí podrán cuestionarse judicialmente las innovaciones que el Plan General introduce en relación con los planes especiales y catálogos incorporados que la Consejería de Cultura ha informado favorablemente en 2005 y 2006.

IV. LOS LÍMITES DEL PLAN GENERAL COMO INSTRUMENTO DE ORDENACIÓN ESPECIAL DEL CONJUNTO HISTÓRICO DE SEVILLA

El Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia de 1 de octubre de 2009, dictada por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla), establece que la protección urbanística del conjunto histórico de Sevilla plantea dos cuestiones distintas. En primer lugar, *“si la revisión del plan general cumple las exigencias normativas de instrumento de especial protección”*. Y, en segundo término, si el *ius variandi* de la Administración respecto de la ordenación del conjunto está justificado en aquellos supuestos en que se modifique la ordenación anterior.

En relación con la primera cuestión, el parecer del Tribunal es claro y rotundo (F.J. Octavo): *“Lo que se pretende por el legislador es que el conjunto histórico está protegido por un instrumento urbanístico especial y que haya sido informado favorablemente por la Administración competente para protección de bienes culturales y el art. 32 de la Ley 1/1991, enumera los instrumentos urbanísticos que pueden servir de protección al conjunto histórico y exige igualmente informe favorable de la Administración sectorial, por tanto lo que debe enjuiciarse en el supuesto presente, es si la revisión del plan general cumple las exigencias normativas de instrumento de especial protección y en definitiva si está justificado el ius variandi respecto del conjunto histórico. La resolución de 10 de noviembre de 2005 de la Dirección General de Bienes Culturales de la Junta de Andalucía informó favorablemente a efectos del art. 32 de la Ley 1/1991, de 3 de julio, de Patrimonio Histórico de Andalucía del documento de aprobación provisional del Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla, en los distintos sectores del Avance del Plan Especial del conjunto Histórico de 1994. La relación incluía todos los sectores del Avance, excepto los sectores 4 (Santa Catalina-Santiago), 7 (Catedral), 8 (Encarnación-Magdalena) y 19 (La Calzada-Fabrica de Artillería). Por su parte la resolución de 4 de julio de 2006 de la referida Dirección General de Bienes Culturales, incorporó las consideraciones señaladas en la anterior resolución e informó favorablemente el Documento de Adaptación del Texto de Aprobación Provisional de la Revisión del Plan General a los informes sectoriales. Por tanto, en los cuatro sectores mencionados el plan general no puede asumir la condición de plan especial de protección exigido por la normativa sectorial”*.

Este razonamiento es la clave de bóveda de la sentencia y justifica que en su parte dispositiva se anulen parcialmente doce artículos de las normas urbanísticas del Plan General, aunque sólo y exclusivamente respecto de los sectores cuya ordenación no se ha convalidado por la Administración de Cultura. En cambio, la sentencia no afecta a la ordenación del resto de sectores, al considerar el Tribunal que el Plan General opera como un plan especial de protección que cuenta con el informe favorable de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 20 de la LPHE y 32 de la LPHA.

En el Fundamento décimo se afirma: *“No puede aplicar el plan general sus determinaciones de forma general y directa, respecto de los indicados sectores y por los referidos conceptos urbanísticos que menciona el precepto, pues el plan general no ha obtenido el respaldo jurídico de las resoluciones de la Dirección General de Bienes Culturales, en cuanto a la asignación de usos pormenorizados, alturas, condiciones de edificación, delimitación de áreas de reforma interior para mejorar el entorno territorial o evitar usos degradantes y normas específicas de protección y la asignación de estos conceptos permite o puede permitir alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones o agregaciones prohibidas por el art. 20.3 de la Ley 16/1985. La falta de forma favorable en los cuatro sectores supone la nulidad del art. 10.2.8.2 a) por no poder cumplir la función de instrumento urbanístico especial de protección y por ende infringir el art. 20 de la Ley 16/1985 y 32 de la Ley 1/1991”*.

No obstante lo anterior, en la parte final del Fundamento Jurídico Decimosegundo, la sentencia incluye un razonamiento, en relación con la legalidad del artículo 10.3.7.2.A.c) y d) de las Normas Urbanísticas relativo a las operaciones de reforma interior, que puede aplicarse igualmente a los sectores convalidados al señalar que: *“Es atendible la alegación pues el apartado correspondiente a la letra c) permite reformas interiores que pueden modificar parcialmente el sistema estructural de forma puntual y el apartado referente a la letra d) permite obras de reforma que conllevan la sustitución de la edificación. El art. 21.3 no debe de interpretarse aisladamente sino sistemáticamente en relación con el art. 20, de ahí, que el art. 21 prevé intervenciones urbanísticas que parten de la consideración de la existencia previa de un instrumento urbanístico de protección especial, incluso el número 2 del art. 21 habla del plan especial de protección. Por tanto, el precepto impugnado respecto de los cuatro sectores no convalidados, infringe los art. 20 de la Ley 16/1985 y 32 de la Ley 1/1991, pues no puede ser considerado como instrumento urbanístico de especial protección, e igualmente infringe el art. 21.3 de la Ley 16/1985, pues permite actuaciones urbanísticas que no podrían llevarse a cabo ni con instrumento urbanístico de especial protección, al afectar a la estructura urbana y no delimitar el precepto impugnado las situaciones excepcionales, en consonancia con el art. 21.3”* (el subrayado no es original).

En cualquier caso, el fallo o parte dispositiva de la sentencia se limita, como se ha expuesto anteriormente, a anular los preceptos impugnados en relación exclusivamente con los sectores no convalidados.

En relación con esta cuestión, debe recordarse que a diferencia del artículo 20.3 de la LPHE, el 21.3 no incluye una norma transitoria, sólo exigible en los supuestos en los que no se haya aprobado el planeamiento especial de protección, sino que el mismo es aplicable en todos los casos, es decir, con o sin plan especial. Por tanto, la posibilidad de realizar operaciones de reforma interior en los conjuntos sólo es admisible si no afectan a su estructura urbana y arquitectónica y a las características generales de su ambiente, señalando el precepto la obligación de mantener “*las alineaciones urbanas existentes*” y que la sustitución de inmuebles serán “*excepcionales*” y deberán motivarse adecuadamente justificando que no afectan a los valores culturales del conjunto y que las mismas implican una “*mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degradantes*”.

No se pronuncia la sentencia, por aplicación del principio de congruencia, sobre la legalidad de las innovaciones que el Plan General ha establecido respecto de la ordenación de los sectores convalidados con anterioridad a su aprobación, que este instrumento integra como áreas de planeamiento especial incorporado, a excepción de la referencia contenida en el F.J. Noveno sobre la anulación de las determinaciones del Plan General referentes a la construcción de una biblioteca universitaria en los Jardines del Prado de San Sebastián¹⁴.

La sentencia de 1 de octubre de 2009 realiza una interpretación muy interesante sobre la naturaleza jurídica de los catálogos urbanísticos (F.J. Décimo), sosteniendo al respecto que: “*La figura del catálogo no tiene la naturaleza de instrumento especial de protección respecto de los cuatro sectores no convalidados y el ca-*

¹⁴ El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha dictado una serie de sentencias (recursos nº 798, 810, 855, 856, 879, 880, 909 y 941/2006) que anulan las determinaciones del Plan General de Sevilla de 2006 que autorizan la ejecución de una biblioteca universitaria en terrenos situados en los Jardines del Prado de San Sebastián, calificados anteriormente por el PGOU de 1987 como sistema general de espacios libres. El Prado de San Sebastián conforma el sector nº 21 del conjunto histórico y cuenta con un Plan Especial de Protección aprobado en el año 1994. Dicho instrumento de ordenación tampoco preveía la ejecución de esta infraestructura, destinando los referidos terrenos a espacios libres.

tálogo como instrumento de mero desarrollo del plan general, tampoco puede considerarse como instrumento de especial protección, por ello las determinaciones que desarrolle no pueden considerarse que desarrollen un instrumento especial de protección. El inciso primero de la letra d) del art. 10.2.8.2 dispone: «Los Catálogos estarán legitimados para determinar con carácter definitivo las alturas de todos los inmuebles en el Sector, incorporando obligatoriamente como documento complementario el Plano de Alturas». Ha de reiterarse lo expuesto anteriormente en lo referente a que el catálogo, que sólo puede complementar a los instrumentos de especial protección, a tenor del art. 16 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, no puede desarrollar respecto de los cuatro sectores al plan general que no cumple las funciones de instrumento especial de protección, por la regulación de alturas máximas atentaría contra el art. 20.3. El inciso primero de la letra d) del art. 10.2.8.2 expresa: «Para las Áreas de Reforma Interior y Áreas de Transferencia de Aprovechamiento delimitadas por el presente Plan General en los ámbitos de estos Sectores, se condiciona su ordenación detallada y ejecución urbanística hasta el momento de la aprobación definitiva del catálogo del sector respectivo». La impugnación del precepto es estimable por las mismas consideraciones que se ha realizado respecto de los incisos primeros de las letras b) y c)».

Finalmente, en relación con la declaración de nulidad de los artículos de las Normas Urbanísticas del Plan General, la Sala establece (F.J. Décimo de la sentencia de 1 de octubre): “(...) *la nulidad del precepto por su naturaleza de disposición general ha de entenderse de pleno derecho respecto de los cuatro sectores no convalidados. La nulidad del precepto no puede entenderse limitada en cuanto a que como instrumento de especial protección no se ha obtenido el informe favorable de la Administración sectorial y condicionada o reservada, como plan general, a que la aplicación futura del precepto no infrinja el art. 20.3 de la Ley 16/1985. La nulidad del precepto no puede quedar potencialmente amparada por el art. 20.3, como se sugiere por la representación procesal de la Administración municipal, pues si así fuese no tendría sentido que se exigiera la redacción de un instrumento especial de protección en conjuntos o sitios históricos y zonas arqueológicas, bastaría cualquier instrumento de planeamiento sin protección especial ni informe favorable de la Administración sectorial y esperar a que se realizasen intervenciones urbanísticas que no infringiesen el art. 20.3, cuando precisamente la voluntad del legislador es reforzar la protección con un instrumento de planeamiento especial y cuidar de que hasta su aprobación definitiva, cualquier actuación deberá respetar lo dispuesto en el art. 20.3*”.

El fallo añade: “(...) *no puede encontrar cobertura jurídica en el precepto, porque el plan general en las determinaciones de protección lo ha incumplido al no obtener respecto de los cuatro sectores el informe favorable. Frente a ello no puede alegarse situación de vacío normativo, pues el plan general no tiene naturaleza de instrumento de especial protección, de ahí que deba redactarse un instrumento de tal naturaleza para los cuatro*

sectores y cubrir esa laguna normativa, sin que hasta el momento se hayan redactado ni tan siquiera los catálogos de protección de los cuatro sectores, que debería de haberse realizado en el plazo de un año, desde la entrada en vigor del plan general, según exige el propio plan en su art. 10.2.8.3, por tanto las actuaciones urbanísticas se regirán por los instrumentos urbanísticos anteriores a la revisión del plan general que se impugna y con las garantías de los art. 20 y 21 de la Ley 16/1985”.

V. ¿SON ADMISIBLES LAS OPERACIONES DE REFORMA INTERIOR EN EL CONJUNTO HISTÓRICO DE SEVILLA?

Tanto la sentencia de 1 de octubre (F.J. Décimo) como la de 22 del mismo mes (F. J. Undécimo) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía consideran ilegales las operaciones de reforma interior que se proyectan en sectores del conjunto histórico que carecen de Plan Especial de protección convalidado conforme a los razonamientos expuestos en los apartados anteriores.

La sentencia de 22 de octubre de 2009 enjuicia un supuesto concreto de delimitación de un Área de Reforma Interior (ARI-DC-06 “Naves Muro de los Navarros”) incluida en el Sector nº 4 “Santa Catalina-Santiago” del conjunto histórico de Sevilla. El órgano jurisdiccional asume y hace propio el informe pericial ratificado en la fase probatoria que literalmente transcribe en el fundamento décimo: *“(…) la intervención propuesta en la ARI-DC-06, se basa en la supresión de parte de la superficie edificada en el ámbito, creando una nueva tipología urbana inédita en este sector del conjunto histórico de Sevilla, consistente en una estructura edificada con patio interior accesible mediante pasajes públicos desde el viario perimetral existente. Este tipo de organización de parcela no existe en el entorno de la ARI-DC-06, al menos en aquellos conjuntos edificados en los que se conserva la estructura original. Sólo en escasas parcelas existe patio interior, en la mayor parte de ellas una vez (...) la naturaleza de estas modificaciones tendría que ser compatible con las condiciones de protección del conjunto histórico y, más concretamente, con la conservación de los elementos patrimoniales y, en definitiva, con el mantenimiento de la propia estructura urbana existente (...). La intervención prevista en la ARI-DC-06, al proponer la apertura de sendos pasajes desde las calles Muro de los Navarros y conde Negro hacia el interior de la parcela, romperá, inevitablemente, la envolvente construida que constituye las características tipológicas del espacio público. Ambas fachadas opuestas de la parcela, a las calles de Muro de los Navarros y Conde Negro quedarán inevitablemente alteradas si se llega a producir la embocadura de ambos pasajes (...) la apertura de los pasajes hacia el interior de la parcela desde dichas fachadas y de las crujeas cuyo valor patrimonial se reconoce en el propio Plan, modificando la composición de los volúmenes y la organización de macizos y vanos (...) se concluye en el informe que se modifican las*

alineaciones existentes, creando otras nuevas, tanto exteriores como interiores, a los pasajes de nueva creación y al espacio públicos previsto y se altera sensiblemente la estructura urbana existente, introduciendo una tipología de nueva creación y modificando en la planta de calle tanto las fachadas a las calles de Muro de los Navarros y conde Negro como las crujías correspondientes”.

La Sala considera que conforme a las pruebas practicadas ha quedado demostrado que el ARI implica la “*alteración de la estructura urbana existente, introduciendo una tipología de nueva creación y modificando en la planta de calle tanto las fachadas de las dos calles como las crujías correspondientes*”. Esta actuación urbanística de reforma o renovación urbana vulnera, en opinión del Tribunal, lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LPHE.

VI. LA PROHIBICIÓN LEGAL DE MODIFICAR ALINEACIONES INTERIORES Y EXTERIORES EN LOS CONJUNTOS HISTÓRICOS¹⁵

La sentencia de 22 de octubre de 2009 considera que la ordenación establecida por el Plan General de 2006 para el ARI-DC-06 “Naves Muro de los Navarros” vulnera el artículo 21.3 de la LPHE porque modifica las alineaciones del conjunto histórico.

Las alineaciones, tanto interiores como exteriores, delimitan las zonas edificables de las no edificables, estableciendo la separación entre el espacio público y el espacio privado de la ciudad¹⁶.

En relación con los apartados 2 y 3 del artículo 21 de la LPHE, la Profesora BARRERO RODRÍGUEZ¹⁷ ha sostenido que las operaciones de remodelaciones urbanas y sustitución de inmuebles previstas por este precepto son “*de carácter excepcional definidas a partir de conceptos jurídicos indeterminados: «una mejora de las relaciones con el entorno territorial o urbano» o la lucha contra «usos degra-*

¹⁵ “El concepto urbanístico de alineación y su relación con la protección de los conjuntos históricos”, GARCÍA ERVITI, F. y CARUZ ARCOS, E., Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, nº 255, enero-febrero 2010.

¹⁶ Sobre el concepto urbanístico de alineación puede consultarse el apartado cuarto del artículo citado en la nota anterior.

¹⁷ *La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos*, op. cit., Pág. 227.

dantes para el propio conjunto», circunstancias que deberán quedar debidamente acreditadas en el procedimiento de planeamiento en el que, además, han de emitir informe vinculante los órganos competentes para la ejecución de la Ley”.

El carácter extraordinario de estas intervenciones¹⁸ exige una interpretación restrictiva, especialmente cuando se afecta a un bien cultural, en el que prima su conservación. La jurisprudencia manifiesta¹⁹ que *“la finalidad de protección de la Ley 16/1985 se intensifica cuando la misma se ocupa de Conjuntos Históricos ya que excepcionalmente permite remodelaciones urbanas en ellos pero sólo -según reza su artículo 21.2- en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degradantes para el propio conjunto. De la misma forma – según el art. 21.3 de la citada Ley- la conservación de dichos conjuntos comporta el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica, así como de las características generales de su ambiente”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2002 sostiene: *“En esta norma²⁰ se aprecia claramente que la finalidad de la declaración de esos conjuntos históricos es el de mantenerlos en su estado actual, de tal modo que se conserve así con la mayor facilidad posible la estructura urbana y arquitectónica existente en el conjunto, manteniéndose las características de su entorno ambiental, y por ello, precisamente, constituye una excepción a esa regla general de mantenimiento de los edificios en su estado originario, la posibilidad de sustituir tales inmuebles, aun cuando fuese parcial esa sustitución, comprendiendo sólo la sustitución de algún elemento del edificio, y desde luego, siempre que tal sustitución contribuya a la conservación general del carácter del conjunto, y con el mantenimiento a rajatabla de las alineaciones preexistentes”* (el subrayado no es original).

En consecuencia, la posibilidad de que un plan pueda aprobar una remodelación urbanística en un conjunto histórico para lograr *“una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degradantes para el propio conjunto”* no permite modificar las alineaciones. La conservación de la trama o parcelario histórico es un límite infranqueable incluso para estas opera-

¹⁸ Repárese que la norma emplea este adjetivo en los apartados segundo y tercero del artículo 21.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1999 (EDJ 1.857) y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 1 de octubre de 2002 (EDJ 61.758).

²⁰ En referencia a la LPHE.

ciones de remodelación o reforma interior de los conjuntos. De esta forma, la jurisprudencia sale al paso y censura la tesis según la cual la conservación de las alineaciones puede también excepcionarse siempre que motivadamente se proponga una reforma urbana.

Conforme a la Ley del Patrimonio Histórico Español, las renovaciones urbanísticas son posibles en los conjuntos históricos siempre de forma excepcional y motivada, admitiéndose incluso la demolición de inmuebles, pero dichas operaciones de reforma no pueden, en ningún caso, modificar las alineaciones.

El artículo 31.2.a) de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía²¹ sí permite de forma excepcional modificar las alineaciones, admitiendo la ejecución de *“remodelaciones urbanas que alteren dichos elementos siempre que supongan una mejora de sus relaciones con el entorno territorial y urbano o eviten los usos degradantes del bien protegido”*.

El Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla incluye en el extenso conjunto histórico varias áreas de reforma interior en suelos que clasifica como urbanos “no consolidados” y a cuyos propietarios impone los deberes urbanísticos propios de esta tipología de suelo: cesión de suelos dotacionales públicos y del 10 % del aprovechamiento lucrativo urbanizado a la Administración actuante, financiación de la ejecución de la urbanización, edificación en los plazos previstos por la ordenación y reserva del 30 % de la edificabilidad residencial para vivienda protegida u otro régimen análogo de protección.

Las propuestas de ordenación comentadas incluyen la obtención de suelos dotacionales y espacios libres de titularidad pública de nueva creación que los propietarios deben ceder gratuitamente aunque los suelos considerados tienen en la mayoría de los casos la condición jurídica de solar²², resultando

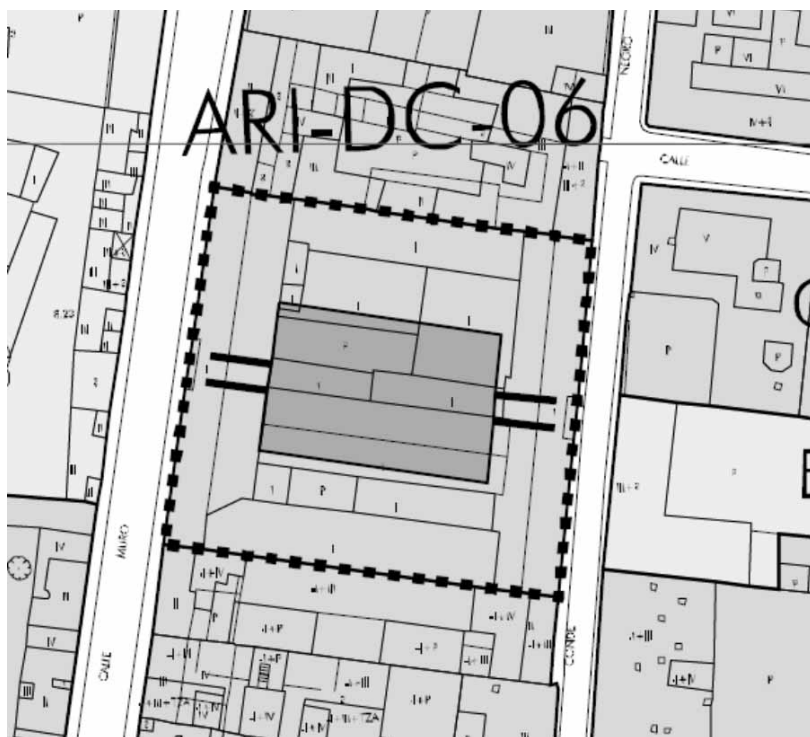
²¹ Disposición que deroga la Ley 1/1991, cuya entrada en vigor es posterior a la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla.

²² Artículo 148.4 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía: *“A los efectos de esta Ley, tendrán la condición de solar las parcelas de suelo urbano dotadas de los servicios y características que determine la ordenación urbanística, y como mínimo los siguientes: a) Acceso rodado por vía urbana pavimentada; b) Suministro de agua potable y energía eléctrica con caudal y potencia suficiente para la edificación, construcción e instalación prevista; c) Evacuación de aguas residuales a la red pública, y d) Que tengan señaladas alineaciones y rasantes, si existiera planeamiento”*.

entonces necesario re-delimitar en el interior de los solares el espacio público del privado.

Aunque no es objeto del presente estudio interesa señalar que la des-consolidación de los suelos urbanos de los centros históricos de las ciudades para desarrollar operaciones de reforma interior ha sido censurada por la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (Rec. 4731/2004) que anula la inclusión por el PGOU de Las Palmas de Gran Canaria de una finca en un área de reforma interior y su clasificación como suelo urbano no consolidado. La parte demandada en el proceso resuelto por la Sentencia citada justificó la decisión del planeamiento de clasificar como suelo urbano no consolidado unos terrenos que materialmente contaban con los servicios urbanos básicos y se integraban en la malla urbana entendiéndose que para que los terrenos merezcan la consideración de suelo urbano consolidado no basta con que cuenten con los servicios que caracterizan a este suelo, pavimentación de calzada, encintado de aceras y alumbrado público, sino que es necesario que dispongan de tales servicios *“(...) en los términos precisados por las Normas Técnicas del Planeamiento Urbanístico y el Plan General. Y puesto que el Plan General aprobado establece una profunda transformación urbanística para esa unidad de actuación, la urbanización y los servicios con los que cuentan no son ya acordes con las previsiones del planeamiento, por lo que no cabe conceptuarlos como suelo urbano consolidado”*.

El Tribunal Supremo considera que la “desconsolidación” de un suelo urbano, por su integración en un área de reforma interior, vulnera el Derecho básico estatal por las siguientes razones que, literalmente, se transcriben de la Sentencia citada: a) *“Pues bien, en esta misma línea de razonamiento, los criterios de diferenciación que en el ejercicio de sus competencias establezca el legislador autonómico habrán de ser interpretados en términos compatibles con aquella normativa básica y teniendo en todo momento presente que la delimitación entre una y otra categoría de suelo urbano, con el correspondiente régimen de deberes, habrá de hacerse siempre en los límites de la realidad”*; b) *“(...) de manera que el enunciado de las características exigibles para la consideración del terreno como suelo urbano no quede entregada a lo que en cada momento establezca el planeamiento urbanístico. Y ello es plenamente congruente, además, con aquel llamamiento de la doctrina constitucional a que el legislador autonómico opere en los límites de la realidad a la hora de establecer los criterios de diferenciación entre el suelo urbano consolidado y el no consolidado. Tales postulados de la legislación básica y de la doctrina jurisprudencial resultarían vulnerados si el artículo 51.1.a) de la Ley canaria se interpretase como pretenden los recurrentes, pues ello equivaldría a admitir que unos terrenos que indubitablemente cuentan, no sólo con los servicios exigibles para su consideración como suelo urbano, sino también con los de pavimentación de calzada, encintado de aceras y alumbrado público, y que están plenamente consolidados por la edificación -sobre ninguno de estos aspectos se ha suscitado controversia- habrían de perder la consideración de suelo urbano consolidado, pasando a tener la de suelo urbano no consolidado, por la sola circunstancia de que el nuevo planeamiento contemple para ellos una determinada transformación urbanística”, y c) “Tal degradación en la categorización del terreno por la sola alteración del planeamiento, además de resultar ajena a la realidad de las cosas, produciría consecuencias difícilmente compatibles con el principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento, principio éste que, según la normativa básica (artículo 5 de la Ley 6/1998), las leyes deben garantizar (...) lo que permite suponer que ya en su día habían cumplido con los deberes necesarios para que el suelo alcanzase esa condición, quedarían nuevamente sujetos, por virtud del cambio de planeamiento, al régimen de deberes y cesiones previsto en el artículo 14 de la Ley 6/98 para los titulares de suelo urbano no consolidado, consecuencia ésta que, como decimos, no resulta respetuosa con la exigencia de que la distribución de derechos y deberes resulte justa y equitativa”*.



En el caso del ARI-DC-06 “Muro de los Navarros”²³, este espacio libre público de nueva creación ocupa el centro de la manzana, como un patio de luces, comunicándose con el viario exterior a través de sendos pasajes peatonales de titularidad privada, a los que se impone una servidumbre de uso público. De esta forma, el parcelario histórico se transforma en la medida en que se introduce un nuevo espacio público en el interior de la manzana de uso residencial, alterando la estructura urbana tradicional, ya que esta variante tipológica de espacio libre interior de uso público es inédita en el conjunto histórico sevillano.

Los propietarios de estos suelos urbanos des-consolidados e incluidos en áreas de reforma interior impugnaron el Plan General denunciando, entre

²³ Puede consultarse el vigente Plan General de Ordenación Urbanística de Sevilla en la página web de la Gerencia de Urbanismo de Sevilla: www.sevilla.org/urbanismo/.

otras cuestiones, la vulneración de la prohibición legal de modificar las alineaciones en el interior de un sector del conjunto histórico de Sevilla y la alteración de su estructura urbana.

En su defensa la Administración ha sostenido, por un lado, que estas remodelaciones urbanas excepcionales admiten dichas alteraciones en el parcelario cuando se pretende una mejora de sus relaciones con el entorno y la supresión de usos degradantes, invocando el apartado segundo del artículo 21 de la LPHE. En segundo lugar, se ha sostenido que el nuevo espacio libre, de titularidad y uso público previsto en el interior de la manzana, no conforma ninguna alineación nueva, advirtiendo que el mismo es interior, de lo que parece deducirse que los artículos 20.3 y 21.3 de la LPHE sólo protegen las alineaciones exteriores que separan el espacio edificado de la vía pública.

La sentencia de 22 de octubre de 2009 admite la tesis de los recurrentes y anula el ARI-DC-06 considerando que el mismo vulnera abiertamente el artículo 21.3 de la LPHE. En el Fundamento Jurídico Undécimo, el Tribunal sostiene: *“(...) a mayor abundamiento y por lo que se refiere al supuesto concreto de autos, en el informe pericial se acredita la modificación de alineaciones, por la creación de otras nuevas, tanto exteriores como interiores y la alteración de la estructura urbana existente, introduciendo una tipología de nueva creación y modificando en la planta de calle tanto las fachadas de las dos calles como las crujías correspondientes (...) y además el área de reforma interior en concreto, como se desprende claramente del informe pericial vulnera el art. 21.3 de la Ley 16/1985, en el sentido en que modifica alineaciones y la estructura urbana (...). La actuación no puede entenderse justificada porque se esté a la espera de la convalidación de un estudio de detalle, que tiene las limitaciones de regulación urbanística del art. 15 de la Ley 7/2002, sino porque en sí misma no tiene apoyo jurídico pues el plan general no puede regular la actuación como instrumento urbanístico de especial protección, de ahí, que la regulación originaria este viciada y por ende un futuro estudio de detalle no puede convalidar una actuación nula de origen (...). Por último, en cuanto al nivel de catalogación y protección de la parcela en consonancia con lo resuelto con la sentencia de 1 de octubre de 2009 y con lo expuesto en la presente, no es procedente el nivel de catalogación D de protección Parcial en grado 2, que modifica el correspondiente a la normativa urbanística anterior a la revisión del plan general, pues en el sector nº 4 (Santa Catalina-Santiago) la Administración sectorial no informó favorablemente la revisión del plan general y al no tener éste la naturaleza de instrumento urbanístico de especial protección no puede modificar el nivel de catalogación y de protección”.*

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

IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO

C. El Tribunal Constitucional

1. Sentencia 139/2008, de 28 de octubre de 2008 (BOE de 21 de noviembre). Ponente: Gay Montalvo (Cuestión de inconstitucionalidad)

Preceptos constitucionales: 1.1; 10, 17 y 163 CE

otros:

Objeto: Arts. 48.2 y 57.2 del Código penal (en adelante, CP), en la redacción que les confirió la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por entender que infringen los arts. 1.1, 10 y 17 de la Constitución

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO.

Materias: Cuestión de inconstitucionalidad: procedimiento. Derecho a la libertad personal de la propia víctima

Se cuestiona por el Fiscal General la procedibilidad de la cuestión planteada. Considera el TC que el examen de la cuestión es pertinente porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto de inadmisión, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por todas, STC 59/2008, FJ 2). Considerará el TC en que es fundamental el análisis del cumplimiento de las formalidades en el planteamiento de la cuestión; en particular la relativa al trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, trámite que debe satisfacer dos funciones que le son inherentes: de un lado, garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad, poniendo a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (STC 59/2008, FJ 2; ATC 13/2008, FJ 3) y, de otro, facilitar el examen al propio TC acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado (ATC 108/1993). Es doctrina del TC que este trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde (STC 166/1986, FJ 4). Estas alegaciones habrán de versar fundamentalmente sobre la vinculación entre la norma citada y apreciada por el Juez como cuestionable y los supuestos de hecho que se dan en el caso sometido a su resolución, así como sobre el juicio de conformidad entre la norma y la Constitución, lo que requiere que la providencia que otorga la audiencia especifique los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos. Considerará el TC inexcusable que en el trámite de audiencia se identifique el precepto o preceptos que se consideren vulnerados, así como que el Juez quede vinculado, en principio, a elevar la cuestión de inconstitucionalidad únicamente sobre los preceptos sometidos a este trámite de alegaciones (ATC 467/2007, FJ 2, y la jurisprudencia allí citada), si bien el órgano judicial puede precisar, modificar o ampliar, en función de las observaciones recibidas, el parámetro de constitucionalidad planteado inicialmente al abrir el trámite de audiencia [SSTC 67/1985, FJ 1 a); 84/1993, FJ 1 b), y 138/2005, FJ 2]. En atención a estas consideraciones el TC aprecia que una carencia de tal naturaleza en la providencia que concede el trámite de audiencia constituye una omisión de suficiente entidad como para determinar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad (STC 224/2006, FFJJ 4 y 5; AATC 199/2001, 102/2003, 226/2003, 308/2004 a 311/2004, 56/2006 y 188/2006, de 6 de junio). Concluirá el TC que concurre una causa de inadmisión de la actual cuestión de

inconstitucionalidad. La apreciará además el TC contrastando la providencia de 22 de octubre de 2004 (en la que el Juzgado promotor de la cuestión acuerda dar traslado a las partes a fin de que manifestasen lo que estimaren procedente sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 57.2 CP en relación con el art. 48.2 CP, por la posible contradicción de dicha “pena de obligada imposición con el derecho a la libertad personal de la propia víctima consagrado en el art. 17 CE”), con el Auto de 10 de enero de 2005 (de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad); apreciará el TC que, en éste, se citan como preceptos constitucionales presuntamente infringidos los arts. 17.1, 1 y 10.1 CE. Ello constituye un “exceso” respecto del objeto del trámite de audiencia de las partes, al introducirse dos nuevos preceptos fundamentales, presuntamente afectados, sobre el que se pretende un cuestionamiento, que no estaban presentes hasta ese momento en cuanto no fueron identificados por el Juez al abrir en el trámite de audiencia ni tampoco fueron incluidos por las partes en sus alegaciones; y ello debe dar lugar a estimar incumplido el trámite formal de la audiencia: primero, porque las partes no han tenido ocasión de pronunciarse sobre la pertinencia de la hipotética vulneración de los artículos 1 y 10.1 CE introducidos finalmente por el órgano, *motu proprio*, y, segundo, porque existe una diferencia conceptual entre el derecho a la libertad personal del art. 17 CE y el valor libertad como superior del Ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y el derecho a la dignidad (art. 10 CE). A mayor abundamiento considera el TC que conviene tener presente que la alusión a estos preceptos constitucionales (arts. 1 y 10.1 CE) no constituye un simple reforzamiento de la argumentación que lleva a cabo el Juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, de modo que la duda de constitucionalidad se refiera esencialmente al art. 17 CE y aquellas referencias sean perfectamente prescindibles. El Juez se encarga de precisar que, si alude al derecho a la libertad personal (art. 17 CE), es porque la libertad constituye uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico (art. 1 CE), lo que implica el reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten. Y sostiene que el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) significa que corresponde a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital. Es precisamente desde este enfoque desde el que argumenta que la imposición automática y obligatoria de la pena accesoria de alejamiento, contra la voluntad de la propia víctima de la infracción, implica que ésta ve enteramente restringida y limitada su libertad personal en cuanto restricción de su autonomía personal y de su libertad de decisión para determinar sus relaciones personales. El TC concluye inadmitiendo la cuestión de inconstitucionalidad.

Voto particular (Rodríguez-Zapata Pérez): Es criterio del disidente que la Sentencia pone de manifiesto que la providencia dictada por el Juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad alude a la posible contradicción de los arts. 57.2 y 48.2 CP “con el derecho a la libertad personal de la propia víctima consagrado en el art. 17 CE” mientras que el posterior Auto

de planteamiento de la cuestión cita, como preceptos constitucionales presuntamente infringidos, no sólo al art. 17.1 CE, sino también a los arts. 1.1 y 10.1 CE, lo cual constituye un exceso que debe ser sancionado con la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Con arreglo a la JTC la falta de mención de un determinado precepto constitucional en la providencia y su introducción ex novo en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede devenir en infracción del art. 35.2 LOTC, pero sólo en la medida en que este defecto haya imposibilitado a las partes conocer el planteamiento del Juez proponente, pues ese defecto de precisión carece de suficiente entidad como para ser elevado a causa de inadmisibilidad si, como ocurre en el presente caso, la indeterminación es sólo relativa, de modo que las partes hayan podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él (STC 42/1990, FJ 1). Ha sido hasta ahora doctrina constante del TC afirmar que si bien el órgano judicial no puede cuestionar otros preceptos legales distintos de aquellos que sometió a la consideración de las partes, no cabe exigir con igual rigidez esa misma adecuación entre el objeto de las alegaciones y el de la ulterior cuestión en lo relativo a la identificación de las normas constitucionales que se estiman infringidas. La posición flexible del TC en esta materia se plasma en numerosas resoluciones, como las SSTC 67/1985, FJ 1; 166/1986, FJ 4; 188/1988, FJ 2; 42/1990, FJ 1; 84/1993, FJ 2; 120/2000, FJ 2; 138/2005, FJ 2; y 312/2006, FJ 2; la alusión del órgano judicial en su providencia a “la libertad personal de la propia víctima” y la manifestación de la representación procesal de dicha víctima en su escrito alegatorio de que “es una ley absurda aquella que prohíbe a marido y mujer estar juntos si lo desean libre y voluntariamente” ofrece base suficiente para que la posterior referencia por el Juez, en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico consagrado en el art. 1.1 CE, no pueda calificarse como una desvirtuación del trámite regulado en el art. 35.2 LOTC. Otro tanto ocurre con la referencia al art. 10.1 CE, cuya incorporación al Auto de planteamiento se produce para sostener que el libre desarrollo de la personalidad implica que corresponda a cada persona diseñar y ejecutar su propio proyecto vital. En realidad, puesto que la libertad que para el Juez promotor resulta inconstitucionalmente afectada es fundamentalmente la de la víctima –y en esto no hay duda a la vista de la providencia– más bien resulta prescindible la referencia al art. 17.1 CE, que no la posterior identificación de tal libertad con los arts. 1.1 y 10.1 CE.

2. Sentencia 140/2008, de 28 de octubre (BOE de 21 de noviembre). Ponente: Jiménez Sánchez (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 1.1, 10, 15, 17, 18, 19, 24, 25, 32, 39.1 y 163.

otros: 35.2 LOTC

Objeto: Cuestión de inconstitucional en relación con el art. 57.2 CP planteada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona

Materias: Cuestión de inconstitucionalidad: requisitos de procedibilidad.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 57.2 del Código penal (CP), en la redacción que le confirió la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por entender que infringe los arts. 1.1, 10, 15, 17, 18, 19, 24, 25, 32 y 39.1 de la Constitución en los casos en que la víctima rechaza la imposición de la pena de alejamiento y no quiera cesar la relación de convivencia con el condenado. El Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de la cuestión por incumplimiento de los requisitos procesales o, en su defecto, la desestimación de la cuestión promovida. El Abogado del Estado solicita su desestimación. En relación con los vicios de procedibilidad considera el Fiscal General que se han incumplido algunos de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC. Para el TC este examen es pertinente porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efectos de inadmisión o de desestimación, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 59/2008, FJ 2). Denuncia el Fiscal General del Estado el defectuoso cumplimiento por el órgano judicial del procedimiento establecido en el art. 35.2 LOTC para el correcto planteamiento de la cuestión, por cuanto la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona habría sometido la cuestión a las partes y al Ministerio público sin mencionar los preceptos constitucionales respecto de los que tenía la duda de inconstitucionalidad. La Sección dictó providencia, de fecha 16 de noviembre de 2005, por la que acordó oír a las partes y al Fiscal por término de diez días para que, al amparo de lo establecido en el art. 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, pudieran “alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, relativa al art. 57.2 CP, en cuanto a la aplicación imperativa en todo caso de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 CP”. Es doctrina del TC en relación con este requisito que, con él, “*se persigue el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional y de poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. Es, por lo tanto, un requisito inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión de constitucionalidad que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión.*”

Igualmente, hemos hecho hincapié, de un lado, en que el art. 35.2 LOTC dispone claramente que el plazo para que aleguen las partes y el Ministerio Fiscal ha de ser común, y, de otra, que dicho trámite de audiencia no puede minimizarse reduciéndolo a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en los que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas” (por todos, AATC 65/2001; 299/2005; 263/2006; 50/2007; 202/2007; 370/2007; y 127/2008). Apreciará el TC que en este caso el órgano judicial no ha satisfecho las exigencias que, de acuerdo con la doctrina constitucional reseñada, impone el art. 35.2 LOTC en orden al trámite de audiencia a las partes y al Ministerio público sobre la pertinencia de plantear la cuestión de constitucionalidad. En la providencia por la que el órgano judicial ha procedido a la apertura del trámite de audiencia a las partes y al Fiscal no ha identificado ni precisado un sólo precepto constitucional que pudiera vulnerar el precepto legal cuestionado. Esta deficiencia, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, afecta al correcto desarrollo del trámite de audiencia, pues para que su realización pueda cumplir adecuadamente la doble función antes señalada resulta inexcusable que el órgano judicial identifique con precisión, no sólo los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad alberga dudas, sino también los artículos del texto constitucional que aquéllos puedan haber infringido (por todos, AATC 263/2006; 370/2007). El TC estima la inadmisibilidad de la cuestión planteada por vulneración del art. 35.2 LOTC.

3. Sentencia 141/2008, de 30 de octubre (BOE de 21 de noviembre). Ponente: Aragón Reyes (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 1.1, 10, 18.1, 24.1, 25.1 y 163.

otros: 35.2 LOTC

Objeto: Art. 57.2 CP en su redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre

Materias: Reformatio in peius: alcance y causas. Juicio de relevancia: análisis de la procedibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 57.2 CP, en la redacción dada por la LO 15/2003 por entender que infringe los arts. 1.1, 10, 18.1, 24.1 y 25.1 CE en los casos en que la víctima rechaza la imposición de la pena de alejamiento y no quiera cesar la relación de convivencia con el condenado; el Fis-

cal General del Estado, por el contrario, solicita la inadmisión o, subsidiariamente, su desestimación; por su parte, el Abogado del Estado interesa la desestimación de la cuestión. Como es habitual en las cuestiones de inconstitucionalidad, el TC comienza analizando la posible concurrencia de vicios de procedibilidad por incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC, en este caso la falta de aplicabilidad al caso concreto de la norma cuestionada; considera el TC pertinente este dado que la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto inadmisorio, la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 17/1981, FJ 2; 3/1988, FJ 1; 15/1994, FJ 2; 130/1999, FJ 2; 255/2004, FJ 4; y 59/2008, FJ 2). Recordará el TC que la Sentencia de instancia condenó al acusado, como autor de un delito de violencia doméstica previsto en el art. 153.1, 3 y 4 CP, a las penas de treinta y dos días de trabajos en beneficio de la comunidad y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años; el condenado interpuso recurso de apelación contra esta Sentencia, interesando su absolución por entender que había existido error en la valoración de la prueba y vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. El Ministerio Fiscal no recurrió la Sentencia, si bien en el trámite de traslado del recurso de apelación deducido por el condenado, después de pedir *la confirmación de la Sentencia recurrida, indicó por otrosí que se detecta en la Sentencia un error material, consistente en la no imposición de pena de alejamiento, que imperativamente debe ser impuesta al condenado por delito de violencia doméstica*; el Juzgado, sin más trámite, procedió a remitir la causa a la Audiencia Provincial de Lleida para la resolución del recurso de apelación interpuesto por el condenado. La Sección Primera de la Audiencia Provincial argumenta en el Auto en que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, para justificar el cumplimiento del requisito del art. 35.2 LOTC, relativo a la formulación del denominado juicio de aplicabilidad y de relevancia, que *la estricta observancia del principio de legalidad conduciría a la Sala a la aplicación del art. 57.2 CP, con la consiguiente imposición de una pena de alejamiento al condenado, sin que ello supusiera violación alguna de la prohibición de la reformatio in peius en la segunda instancia, dado que aún siendo cierto que resta vedada para el Tribunal de apelación la reforma de la situación jurídica creada en la primera instancia que no sea consecuencia de una pretensión impugnatoria frente a la cual el perjudicado tenga ocasión de defenderse, no es menos cierto que dicha limitación no opera cuando el perjuicio sea la consecuencia de la aplicación de normas de orden público, la cual resulta obligada para el juzgador (SSTC 47/1993, 17/1989 y 15/1987, entre otras)*; en suma, sostiene el TC que el órgano judicial proponente de la cuestión fundamenta su juicio de relevancia en la apreciación de que el precepto legal cuestionado, art. 57.2 CP, es de necesaria aplicación al caso, por entender que se trata de una norma de orden público, que vincula imperativamente a los Jueces y Tribunales; la pena de alejamiento contemplada en el art. 57.2 CP ha de ser aplicada automática-

mente, por imperativo legal, a quien resulte condenado como autor de un delito de violencia doméstica, siendo por ello indiferente que, en el presente caso, tal pena no fuera impuesta en la Sentencia de instancia y que dicha Sentencia sólo haya sido recurrida en apelación por el condenado, solicitando, como es obvio, la plena absolución. Recuerda el TC su constante doctrina sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada, por lo que es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, *prima facie*, corresponde comprobar y exteriorizar la existencia del llamado juicio de relevancia –es decir, el esquema argumental del que resulte que el fallo que haya de dictarse en el proceso *a quo* depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada–, de modo que el TC no puede invadir ámbitos que corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que de manera notoria, se advierta que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia resulta falta de consistencia, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad en los términos en que ésta es definida por el art. 163 CE (entre otras, SSTC 17/1981, FJ 1; 106/1986, FJ 1; 76/1990, FJ 1; 157/1990, FJ 1; 189/1991, FJ 2; 90/1994, FJ 2; 174/1998, FJ 1; 67/2002, FJ 2; 63/2003, FJ 2; 255/2004, FJ 2; y 100/2006, FJ 2); en definitiva, la eventual apreciación de la notoria falta de consistencia de la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso del precepto legal cuestionado y su relevancia para el fallo que haya de dictarse determinará la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad; será a los órganos judiciales a quienes corresponda formular el pertinente juicio de aplicabilidad a los hechos enjuiciados, sobre el que el TC únicamente ejerce un *control meramente externo* (STC 51/2004 FJ 1), que se concreta en que *no puede ponderar o revisar tal apreciación del propio órgano judicial sobre las normas que en cada caso estime aplicables, a salvo el supuesto ... de que el criterio que así se exponga resulte con toda evidencia errado* (STC 188/1988, FJ 3); no obstante, existen supuestos, como el que concurre en el presente caso, en los que el TC, en el ejercicio de sus facultades de control externo del juicio de aplicabilidad y de relevancia formulado por los órganos judiciales al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puede declarar su inadmisibilidad por resultar notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada; señalará el TC, sin ánimo de exhaustividad, que, junto a supuestos en los que para la inadmisión de cuestiones de constitucionalidad ha apreciado que la inaplicabilidad de la norma cuestionada al caso concreto derivaba de su falta de vigencia en el momento de los hechos sancionados por la Administración (ATC 357/2004.), lo ha hecho también apreciando la inconsistencia del juicio de relevancia exteriorizado por el órgano judicial cuando la inaplicabilidad de la norma legal cuestionada derivaba de que, dadas las circunstancias concretas del proceso *a quo*, la norma no podía ser aplicada al caso sin mermar

el respeto a los principios constitucionales informadores del proceso penal, entre los que figura el principio acusatorio reconocido en el art. 24.2 CE (ATC 15/2006, FJ 3 in fine); considera el TC que en este caso no puede dejarse de reconocer que el órgano judicial proponente de la cuestión ha exteriorizado suficientemente su juicio de aplicabilidad sobre el precepto legal cuestionado (art. 57.2 CP), aduciendo que la imposición de la pena de alejamiento de la víctima en la Sentencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto por el condenado, único apelante, en caso de que dicho recurso fuera desestimado, resulta obligada por razones *de orden público, pues la estricta observancia del principio de legalidad conduciría a la Sala a la aplicación del art. 57.2 CP*, sin que, por ello, concluya la Audiencia Provincial, se contravenga *“la prohibición de la reformatio in peius en la segunda instancia*. Es criterio del TC que el juicio de relevancia sobre el art. 57.2 CP que exterioriza en su Auto la Audiencia Provincial de Lleida resulta notoriamente inconsistente, lo que conduce a la inadmisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad; el TC no puede dejar de advertir, sin necesidad de un análisis de fondo, que, frente a lo argumentado por el órgano judicial proponente, y atendidas las circunstancias concretas del proceso *a quo*, el precepto legal cuestionado no podría ser aplicado al caso sin mermar el respeto a los principios constitucionales que informan el proceso penal, entre los que figura el principio de prohibición de la reformatio in peius. Recordará el TC que desde sus primeras resoluciones ha afirmado que la interdicción de la *reformatio in peius*, aunque no esté expresamente enunciada en el art. 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos, que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, FJ 7; 116/1988, FJ 2; 56/1999; 16/2000, FJ 5; 28/2003, FJ 3; 249/2005, de 15 de noviembre, FJ 5); tiene la consideración, además, de proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste (STC 17/2000, FJ 4), pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio en perjuicio del recurrente la resolución por él impugnada, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley incompatible con la tutela judicial efectiva que vienen obligados a prestar los órganos judiciales (SSTC 114/2001, FJ 4; 28/2003, FJ 3; y 310/2005, FJ 2, por todas). De acuerdo con doctrina reiterada del TC que es trasladable al recurso de apelación contra sentencias penales, lo dispuesto en el art. 902 LECrim para el recurso de casación, a fin de preservar el principio acusatorio y evitar el agravamiento de la situación del condenado apelante por su solo recurso cuando ejercita el derecho a la segunda instancia en el orden penal que es producto de la conexión de los arts. 24.1 y 10.2 CE (SSTC 54/1985, FJ 7; 84/1995, FJ 2; 115/1986, FJ 2; 6/1987, FJ 2;

116/1988, FJ 2; 19/1992, FJ 2; 56/1999, FJ 2; 16/2000, FJ 5; 200/2000, FJ 2). Lo cual agrega a la prohibición general de reforma peyorativa el nuevo matiz, constitucionalmente relevante, de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria, estando vedada la agravación de oficio “aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal”, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del Juez a la ley, incluso “*para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la instancia*” (SSTC 153/1990, FJ 5; 70/1999, FJ 8; 28/2003, FJ 5; y 310/2005, FJ 2); en definitiva, para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público procesal (por todas, SSTC 15/1987, FJ 4; 17/1989, FJ 7; 70/1999, FJ 5), *cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes* (SSTC 214/2000, FJ 3; 28/2003, FJ 3; y 249/2005, FJ 5), excepción que no concurre en el presente caso porque la calificación de norma de orden público procesal no resulta aplicable a la norma cuestionada, art. 57.2 CP. Así pues, la eventual aplicación de oficio de la pena de alejamiento prevista en el citado precepto legal en la Sentencia que resuelva el recurso de apelación interpuesto por el condenado *desborda totalmente las facultades judiciales de velar por el orden público procesal, y perjudica gravemente al acusado, precisamente con ocasión del recurso que la Constitución exige que exista para revisar su condena* (STC 70/1999, FJ 7). Considera el TC que si la pena de alejamiento prevista no puede ser impuesta de oficio por la Audiencia Provincial de Lleida al recurrente sin incurrir en *reformatio in peius*, prohibida por el art. 24.1 CE, no puede sino concluirse que el juicio de relevancia sobre el art. 57.2 CP exteriorizado en el Auto de planteamiento de la cuestión resulta notoriamente inconsistente, pues, no pudiendo ser aplicado el art. 57.2 CP para resolver el recurso de apelación que pende ante la Audiencia Provincial, resulta que el fallo del proceso judicial no depende de la validez del precepto legal cuestionado. Procede, en consecuencia la inadmisión de la presente cuestión por incumplimiento del requisito relativo al denominado juicio de relevancia, pues la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (STC 17/1981, FJ 1; AATC 42/1998, FJ 1; 21/2001, FJ 1; 25/2003, FJ 3; 206/2005, FJ 2; y 360/2006, FJ 2).

Voto particular (Rodríguez-Zapata Pérez): Se referirá la objeción a la aplicación que nuestra Sentencia realiza del art. 37.1 en relación con el art. 35.1 LOTC, es decir, sobre la intensidad del control que corresponde efectuar a este Tribunal Constitucional del cumplimiento del requisito de que la nor-

ma legal cuestionada sea *aplicable al caso* y que de su *validez dependa el fallo*. Se recuerda que la doctrina del TC al respecto se resume en que *no es preciso, ni pertinente que, correspondiendo al órgano judicial en el ejercicio de la función que constitucionalmente le corresponde (art. 117.3 CE) interpretar los requisitos ordenadores de los procesos propios de su jurisdicción, este Tribunal Constitucional, con la excusa de constatar el carácter de norma decidendi de la norma legal cuestionada, se adentre a sustituir o modificar el criterio del órgano judicial proponente que, aun pudiendo ser discutible, no resulta irrazonable o radicalmente infundado” (STC 203/1998, FJ 2) y que “sólo cuando resulte evidente que la norma legal cuestionada no es, en modo alguno, aplicable al caso, cabe declarar inadmisble una cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 76/1990, FJ 1; 337/1994, FJ 4; y 37/2002, FJ 2)*. Considera el disidente que la Sentencia no cree apartarse de esta doctrina pues afirma que *el juicio de relevancia sobre el art. 57.2 CP que exterioriza en su Auto la Audiencia Provincial de Lleida resulta notoriamente inconsistente, lo que conduce a la inadmisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, pues este Tribunal no puede dejar de advertir, sin necesidad de un análisis de fondo, que, frente a lo argumentado por el órgano judicial proponente, y atendidas las circunstancias concretas del proceso a quo, el precepto legal cuestionado no podría ser aplicado al caso sin mermar el respeto a los principios constitucionales que informan el proceso penal, entre los que figura el principio de prohibición de la reformatio in peius*. Se recuerda que el Ministerio Fiscal ya advirtió de que la Sentencia *a quo* adolecía de un error material consistente en la no imposición de pena de alejamiento, que imperativamente debe ser impuesta al condenado por delito de violencia doméstica. Se disiente de la relevancia que la Sentencia ha dado a esta manifestación del Ministerio Fiscal; en apoyo del disenso se citará doctrina del TC (STC 16/2000, FJ 6, y las citadas en la misma) en el sentido de que no corresponde al TC pronunciarse sobre un extremo que pertenece exclusivamente a la competencia de los órganos jurisdiccionales, como es el de determinar si el escrito de la parte apelada contiene, además de la impugnación, una pretensión de adhesión a la apelación, al no sobrepasar los límites de la legalidad ordinaria. El TC se ha reiterado en la doctrina (STC 232/2001, FJ 6), que no rebasa el límite de la razonabilidad el entender que el escrito presentado por una de las partes en el que no sólo se oponía a la apelación principal sino que también contenía alegaciones dirigidas a obtener otro pronunciamiento, había de calificarse, con independencia de su formal *nomen iuris*, como verdadera y propia adhesión a la apelación formulada por la otra parte, y que tal modalidad adhesiva era susceptible de albergar pretensiones autónomas e incluso divergentes o contradictorias con las del apelante principal; y que de esta forma y a partir de un tal entendimiento, sobre cuyo acierto no nos incumbe juzgar, los órganos judiciales pueden ampliar su ámbito de cognición y extenderlo más allá del delimitado inicialmente por la pretensión del apelante principal dando así respuesta a la pretensión formulada de forma adhesiva por el Ministerio Fiscal; en tales casos se halla ausente, pues, el requisito o presupuesto básico para que pueda hablarse de reforma peyorativa, cual es

que el pronunciamiento recaído en la segunda instancia se hubiera emitido sobre la base de un único recurso de apelación, a cuyas alegaciones y pretensiones viniera constreñido el enjuiciamiento del órgano judicial *ad quem*. Se disiente, en definitiva, porque el TC, en el trámite de admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad, no puede alcanzar una intensidad tal que se anteponga y sustituya al pronunciamiento del Juez ordinario. No se considera arbitrario o irrazonable el planteamiento del Ministerio Fiscal. Acerca del error material en que incurre la Sentencia *a quo*, considera el disidente que el TC ya ha establecido que el error material es *aquel cuya su corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones* (SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; y 16/1993, de 18 de enero, FJ 1). Siendo esto así, hay que recordar que el legislador ha arbitrado en el art. 267 LOPJ diversos cauces que posibilitan que los órganos judiciales aclaren conceptos oscuros, corrijan errores materiales, suplan omisiones o defectos de que pudieren adolecer sus resoluciones cuando fuese necesario remediarlos para llevarlas plenamente a efecto, o que completen sus resoluciones si hubiesen omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso; se recordará que el TC no ha considerado vulneración de la intangibilidad de la resolución cuando ha procedido el tribunal *a quo* a rectificar un pronunciamiento como consecuencia de advertir que se había apartado de una disposición legal expresa (STC 59/2001, FJ 4), allí se sostuvo que *cuando advertida la existencia de un error directamente deducible con toda certeza del propio texto de la Sentencia, y sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, el órgano judicial procede a la rectificación de la literalidad del fallo, en consonancia con su inalterada motivación, y extrae las consecuencias inescindiblemente anudadas al mismo, ninguna vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes cabría sancionar* (en el mismo sentido, SSTC 140/2001, FJ 12; y 216/2001, FJ 4; y AATC 154/2000, y 203/2001). Puesto que los errores materiales son susceptibles de corregirse *en cualquier momento* (art. 267.3 LOPJ) su reparación queda desvinculada de la prohibición de *reformatio in peius*, por lo que el disidente no comparte que la norma cuestionada –el art. 57.2 CP– sea *notoriamente* inaplicable en el presente supuesto.

Voto particular (Pérez Tremps): Se discrepa con el Fallo y con parte de la Fundamentación de la Sentencia. Se discrepa o disiente de la posición de la mayoría consistente en que un control externo en los términos señalados deba llevar a la conclusión en el presente caso de que el juicio de aplicabilidad realizado por el órgano judicial, *icto oculi*, resultó errado y *notoriamente inconsistente*. Sin prejuzgar la posición del disidente conforme a las concretas circunstancias planteadas por el caso, la aplicación del art. 57.2 CP supondría finalmente la vulneración de la prohibición de la *reformatio in peius* o de algún derecho fundamental del condenado; el fundamento del discre-

pante es, precisamente, la extralimitación en que ha incurrido la posición de la mayoría al entrar en dicho análisis; el respeto que merece tanto el principio de subsidiariedad como la especificidad de los diversos procesos constitucionales impone que, en su caso, la eventual lesión de derechos fundamentales en que se pudiera incurrir pueda ser objeto de reparación en la vía judicial previa, a través de los mecanismos procesales diseñados para ello, o por este mismo Tribunal, mediante el proceso de amparo; en definitiva se considera que no debería haberse inadmitido esta cuestión de inconstitucionalidad, sino haberse entrado a un análisis sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado.

4. Sentencia 145/2008, de 10 de noviembre de 2008 (BOE de 12 de diciembre). Ponente: Pérez Tremps (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 24 y 25.

otros:

Objeto: Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2005, dictada en el recurso de casación núm. 2475-2003, por la que se desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2003, dictada en el procedimiento abreviado núm. 49-2000, sobre delito contra la hacienda pública.

Materias: Legalidad penal. Tutela judicial efectiva.

El objeto de este recurso de amparo es analizar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado al recurrente sus derechos a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por haberse hecho una interpretación extensiva *in malam partem* del delito contra la hacienda pública, a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haberse hecho inferencias irrazonables para concluir la existencia de simulación negocial, y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por la interpretación realizada sobre el comienzo y la interrupción del plazo de prescripción. Considera el TC que los antecedentes fácticos de este recurso así como las invocaciones de derechos fundamentales realizadas por el recurrente son coincidentes con las del recurso de amparo núm. 4615-2005, interpuesto por el otro condenado, que ha sido denegado por STC 129/2008 (*véase nuestro comentario en el número anterior*). Con remisión íntegra a lo razonado en dicha Sentencia, el TC rechaza que concurra ninguna de las vulneraciones aducidas; para calificar la conducta desarrollada por los condenados como un negocio simulado y subsumirla dentro del delito contra la hacienda pública no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial del delito. En relación con la invocación del derecho a la tutela ju-

dicial efectiva, reitera el TC la fundamentación desarrollado en los FFJJ 6 a 8 de la citada Sentencia, y considerará que no concurre ningún defecto de motivación desde el punto de vista constitucional en el detallado razonamiento sobre el momento en que debía comenzar el cómputo de la prescripción ni en considerar el Auto de incoación de las diligencias previas consecuente con una querrela como un acto de dirección del procedimiento contra el querrellado apto para interrumpir el plazo de prescripción. Se deniega el amparo solicitado.

5. Sentencia 162/2008, de 15 de diciembre (BOE de 9 de enero de 2009). Ponente: Casas Baamonde (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 25.1

otros:

Objeto: Art. 31.3 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria.

Materias: Principio de legalidad penal.

La duda que plantea el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zaragoza acerca de la compatibilidad con el art. 25.1 CE del art. 31.3 a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria [“Son infracciones leves las siguientes: ... a) El incumplimiento de cualquier otra prescripción reglamentaria no incluida en los apartados anteriores”], debe resolverse en sentido negativo, con la consecuencia anulatoria correspondiente, en aplicación de la consolidada doctrina del TC en torno a las exigencias que tal precepto constitucional dirige a las normas sancionadoras. Como es conocido dicha doctrina establece que *el art. 25.1 CE incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege y que la misma es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo*. Comprende tanto una garantía formal como una garantía material. La garantía formal, de exigencia de reserva de ley en materia sancionadora, *tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Por tanto, la garantía formal implica que la ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley*” (STC 242/2005, FJ 2; resumiendo una doctrina reflejada, entre muchas otras, en las SSTC 42/1987, FJ 2; 341/1003, FJ 10; 132/2001, FJ 5; y 25/2002, FJ 4). Así, en los conclusivos términos de la STC 132/2001, [d]es-

de la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, viene declarando este Tribunal que el art. 25.1 CE proscribire toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio (FJ 5). La garantía material aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de *predeterminación normativa* de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (por todas, STC 242/2005, FJ 2). La aplicación de esta doctrina del TC conduce a la declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Para definir las infracciones que sanciona como leves, el mismo se limita a remitirse a las prescripciones reglamentarias que no estén incluidas en los apartados anteriores, que son los que tipifican las infracciones muy graves (apartado 1 del art. 31) y graves (apartado 2). Constituye ésta una de las prácticas normativas vedadas por el art. 25.1 CE en cuanto que, aunque el precepto sancionador ostente rango de ley, no contiene los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que permite una regulación reglamentaria independiente, no sometida, siquiera en sus líneas fundamentales, a la voluntad de los representantes de los ciudadanos, en degradación de *la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña* (STC 341/1993, FJ 10). No es óbice para esta conclusión ni la mera acotación del ámbito al que se refieren los reglamentos destino de la remisión, que es la actividad industrial, ni el hecho de que queden excluidas de tal destino normativo las infracciones que ya la ley califica como muy graves y graves. Ni lo uno ni lo otro, ni la conjunción de ambos, supone una descripción legal mínima de las conductas sancionables ni, con ello, el límite suficiente que el art. 25.1 CE exige para la intervención de la Administración en la tipificación sancionadora; la sola delimitación material y la lógica exclusión de las conductas ya catalogadas como infracciones no permite conocer a los destinatarios de la norma qué otros comportamientos pueden pasar a ser objeto de sanción a través de la regulación reglamentaria y de la integración que posibilita el art. 31.3 a) de la Ley 21/1992; conclusión ya adoptada por el T con anterioridad en la STC 60/2000, FJ 4). Y a similar conclusión había llegado anteriormente la STC 341/1993, al declarar la inconstitucionalidad del inciso final del art. 26 j) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que calificaba de infracciones leves de la seguridad ciudadana la transgresión de las obligaciones y prohibiciones establecidas en las reglamentaciones específicas o en las normas de policía dictadas en ejecución de las mismas (FJ 10). En la conclusión de inconstitucionalidad abunda la perspectiva de la predeterminación normativa de las conductas sancionadas, dimensión material del principio de legalidad que se imbrica en el presente caso con la dimensión formal del principio. La pura remisión a los reglamentos, sin más acotaciones que la implícita atinente a la actividad industrial, área de actividad particularmente extensa y diversa, y la que supone la existencia de otras infracciones, dificulta de tal modo el conocimien-

to de lo prohibido que permite afirmar ya desde la norma de remisión que no queda salvaguardado suficientemente el valor de la seguridad jurídica al que sirve, entre otros, la proclamación del art. 25.1 CE. Se estima la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional y nulo el art. 31.3 a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

1. ACTO ADMINISTRATIVO

SILENCIO ADMINISTRATIVO

“El TS admite el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por el Ayuntamiento de Málaga, fijando la siguiente doctrina legal: “el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1.b), último párrafo del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística”.

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

También es un precepto estatal básico el contenido en el artículo 43.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992, de 26 de noviembre modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero según el cual «los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos. salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario».

Pues bien, la regla general es la del silencio positivo, aunque la propia norma contiene la salvedad de que otra norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario, y esto es lo que sucedía con la vigencia antes, en todo el territorio español, del precepto contenido en el aludido artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y ahora con lo dispuesto en el artículo 8.1 h), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo de 2008 y, por consiguiente, conforme a ellos, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística, de manera que la resolución de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, al declarar lo contrario, es errónea y gravemente dañosa para el interés general porque elimina una garantía encaminada a preservar la legalidad urbanística.

Mantenemos, por tanto, la misma doctrina jurisprudencial que existía con anterioridad a la Ley 4/1999, que modificó el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de fechas 30 de enero de 2002 (recurso de casación 9239/97 15 de octubre de 2002 (recurso de casación 11.763/ 98), 17 de noviembre de 2003 (recurso de casación 11768198), 26 de marzo de 2004 SIC (recurso de casación 4021/01) 3 de diciembre de 2005 SIC AS (recurso de casación 6660/02), 31 de octubre de 2006 (recurso de casación 3289/03 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9828/03) y 17 de octubre de 2007 (recurso de casación 9397/03), lo que corrobora el error de la Sala de instancia y la necesidad de que procedamos a declarar la doctrina legal que nos pide el Ayuntamiento recurrente, y que debemos hacer extensiva al artículo 8.1.b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley de suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio con los efectos que establece el artículo 100.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de manera que, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, a partir de la publicación de la parte dispositiva de esta nuestra en el Boletín Oficial del Estado, vinculará a todos los jueces y tribunales por ser la Sala Tercera del Tribunal Supremo conforme a lo establecido en el artículo 123.1 de la Constitución el órgano jurisdiccional superior en el Orden contencioso-administrativo en toda España.”

(STS de 28 de enero de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 5º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 1471).

11. ADMINISTRACIÓN LOCAL

SANCIÓN A LA COMISIÓN DE GOBIERNO

“Sorprende que el TS tenga que anular una sanción impuesta por el Departamento de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente del Gobierno Vasco, a la Comisión de Gobierno de un Ayuntamiento por otorgar una licencia contraviniendo el Plan Rector de Uso y Gestión de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai y, en consecuencia, casar una sentencia del TSJ del País Vasco. Quizás no sea ajeno a todo ello el contenido singular de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La Sala de instancia declara en el tercer párrafo del fundamento jurídico tercero que «los miembros integrantes de la Comisión de Gobierno, que mediante acuerdo adoptado el 12 de febrero de 1998, por unanimidad otorgaron la licencia de obras con infracción del régimen de usos del PRUG, son responsables a título personal e individual de la infracción que se le imputa, pese a que integran un mero órgano de gobierno sin personalidad jurídica, ya que responden a título personal de conformidad con lo previsto por el artículo 9.1 de la Ley vasca 2/1998, de 20 de febrero, aun cuando sus actos conformen la voluntad de una persona jurídica, cual es el Ayuntamiento que arrostrará las consecuencias inherentes a los mismos, particularmente en lo relativo a la restauración de la legalidad medioambiental alterada».

Pues bien, a pesar de que el procedimiento sustanciado, que ha finalizado con la imposición de una multa y el deber de restaurar la situación mediante la anulación de la licencia concedida a través del procedimiento establecido en el artículo 103 de la Ley 30/1992 se ha seguido exclusivamente frente a un órgano del Ayuntamiento, cual es la Comisión de Gobierno, que carece de personalidad jurídica, lo que el Ayuntamiento ha venido denunciando en sus compareencias tanto en la vía previa como en sede jurisdiccional, el Tribunal a quo considera que tal modo de proceder constituye un mero error irrelevante jurídicamente porque el Ayuntamiento formuló alegaciones en el expediente administrativo y dedujo el oportuno recurso de reposición frente a aquella decisión y después interpuso recurso contencioso-administrativo.

No compartimos nosotros esta tesis de la Sala sentenciadora porque la actuación de la Administración autonómica, al tramitar y resolver el procedimiento sancionador, ha eludido lo establecido en el artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas fi-

sicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

La Comisión de Gobierno del Ayuntamiento no es una persona jurídica sino un órgano de éste, de manera que, como recabó desde el inicio el Ayuntamiento, el procedimiento sancionador debería haberse seguido frente a las personas físicas integrantes de la Comisión de Gobierno o frente al propio Ayuntamiento, lo que obstinada e incomprensiblemente no se hizo. sin que pueda lícitamente entenderse que. en contra de lo claramente sucedido, el procedimiento se ha dirigido frente al Ayuntamiento recurrente cuando la realidad es que se ha seguido y se ha sancionado a la Comisión de Gobierno, razón por la que este primer motivo de casación debe ser estimado. lo que hace innecesario que entremos a examinar el segundo.

(STS de 25 de noviembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 455/2009).

IV. BIENES PÚBLICOS

USO ESPECIAL

Aprovechamiento especial del dominio público por las entidades financieras que instalan cajeros automáticos con acceso directo desde la vía pública por los usuarios.

“La cuestión litigiosa se centra en determinar si existe un aprovechamiento especial del dominio público local en el servicio de cajeros electrónicos colocados en las fachadas de los locales de las sucursales bancarias y que el cliente utiliza desde la calle. El uso en la vía pública de los cajeros es el que normativamente contiene la Ordenanza reguladora del tributo -que aquí se recurre- para definir el hecho imponible.

El problema ha recibido dos tratamientos distintos:

a) Para unos no hay verdadera utilización o aprovechamiento especial de un reducido espacio de la vía pública en el breve tiempo que dura el servicio del cajero, tiempo que no difiere esencialmente del de los simples transeúntes que hacen un uso colectivo y general de la vía pública. La respuesta negativa supondría la nulidad de la Ordenanza Fiscal que incluyera ese hecho entre los imponderables de la tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público.

b) Para otros. aunque el cajero esté instalado dentro del local del establecimiento bancario, es utilizado desde fuera de él, ocupándose la vía pública de un modo especial, muy distinto del mero transitar.

Ciertamente, el cajero automático instalado en la fachada de un establecimiento bancario no ocupa la vía pública; sólo mientras los usuarios efectúan las operaciones que tales máquinas permiten, ocuparían la vía en el concreto lugar donde este ubicado el cajero. Pero si la instalación de un cajero automático en la vía pública no cabe calificarla como de utilización privativa, sí comporta un aprovechamiento de aquélla que no cabe asimilarlo a un uso general de la vía pública (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 29 de marzo de 2006 y es que no cabe desconocer lo peculiar del servicio que realizan estas máquinas, por ejemplo para obtener dinero: éste se expide desde el interior del edificio pero se recibe en la vía pública: Pero aparte de la obtención de dinero efectivo, los cajeros automáticos constituyen auténticas oficinas de urgencia de las entidades financieras (ex sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de la Jurisdicción de Burgos de 22 de septiembre de 2006, recurso apelación num. 75/2006); en efecto, mediante este sistema operativo, usual en la práctica bancaria, determinados servicios y operaciones propias de los contratos de naturaleza bancaria que tales entidades ofrecen a sus clientes son prestados de forma ininterrumpida no ya en el interior del centro bancario sino con aprovechamiento, de forma no excluyente pero sí especial del espacio exterior, sobre la vía pública, en la que el cliente puede realizar un amplio abanico de operaciones fuera del horario comercial sin necesidad de utilizar las dependencias de la entidad de crédito, que indudablemente obtiene un provecho económico de esta operativa que se realiza en espacio de dominio público local mediante un sistema inteligente que es complemento de su propio centro de actividad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 2005).

En consecuencia, no ofrece dudas que la instalación de cajeros por una entidad bancaria, en línea de fachada y orientados hacia la vía pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea la tarjeta magnética imprescindible para acceder a la serie de servicios que prestan, tiene como efecto inmediato la realización de operaciones bancarias desde la vía pública a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación de la vía pública por los clientes receptores de los servicios bancarios, cuya prestación es trasladada así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública. Todo ello permite apreciar que la existencia de esos cajeros automáticos comporta un *aprovechamiento*, no privativo pero *si especial de la vía pública* por parte de la entidad bancaria titular del cajero automático, que es la que obtiene con dicha instalación un beneficio económico específico y exclusivo, *subsumible en el art. 20 de la Ley 39/1988*, Reguladora de las Haciendas Locales, donde se contiene una relación no cerrada sino abierta, es decir, meramente enunciativa, de los conceptos concretos que motivan el cobro de una tasa (ex sentencia de la Sala de la Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 10 de enero de 2008, recurso de apelación num. 584/2007; en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero y 31 de mayo de 2004).

La finalidad que con los cajeros automáticos se persigue, que conlleva *una mayor intensidad de uso* del dominio público local o, cuando menos, una intensidad de uso superior a lo que sería el uso general colectivo de la vía pública, es lo que permite encontrar una diferencia con el supuesto que contempló esta Sala en su sentencia de 28 de abril de 2004, en la que lo que se dilucidaba era la posibilidad de que el Ayuntamiento de Santa Lucía (Las Palmas de Gran Canaria) pudiese cobrar un precio público por instalación de portadas, escaparates y vitrinas, así como de rótulos y carteles. Esta Sala consideró que siendo patente que las portadas, escaparates y vitrinas se instalan en terrenos de propiedad particular, ello excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público local. Tampoco concurre ningún servicio prestado por la Administración. Del mismo modo, ha de excluirse que se dé un aprovechamiento especial del dominio público, pues la instalación de portadas, escaparates y vitrinas, por llevarse a cabo en propiedad privada, no comporta un aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que las portadas, escaparates y vitrinas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial “del” dominio público, sino “desde” el dominio público. Este cambio preposicional es también conceptual lo que priva de cobertura a la Ordenanza cuestionada.

En el caso de instalación de cajeros automáticos que aquí nos ocupa, el supuesto es distinto puesto que la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público ya que el cajero no es susceptible de ser utilizado con su mera visión sino que exige una parada física ante él para realizar las operaciones solicitadas, de manera que no sólo se usa “desde” el dominio público sino también “en” el dominio público, aunque se encuentre materialmente empotrado en la pared del establecimiento bancario. Su instalación no es para ser visto, como en el caso de los escaparates, sino para ser utilizado”.

(STS de 12 de febrero de 2009. Sala 3ª, Secc. 2ª F.D. 4º y 5º. Magistrado Ponente Sr. Martínez Micó. Ar. 1797).

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

PARTICIPACIÓN PÚBLICA

Si la legislación estatal básica garantiza la participación pública en el proceso de planeamiento, el ordenamiento autonómico debe ofrecer algún cauce para que el mandato de la norma básica encuentre efectiva realización.

“Precisamente porque el derecho recogido en el artículo 105.a/ de la Constitución, es un derecho de configuración legal -en esto compartimos el criterio de la Sala de instancia-, hemos de acudir a la regulación que del mis-

mo hayan hecho el legislador estatal y autonómico en el ejercicio de sus respectivas competencias. Y en el ámbito al que se refiere la presente controversia, referido al procedimiento de elaboración de un Plan General de Ordenación Urbana, es referencia normativa obligada el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, sobre régimen del suelo y valoraciones, por ser este precepto -según determina la disposición final primera de la propia Ley 6/1998- una norma básica dictada en el ejercicio de competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1ª, 13ª, 18ª y 23ª de la Constitución.

Por tanto, es de observancia ineludible la determinación contenida en esa norma básica en la que se dispone que la legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión. Este precepto tiene sus raíces en la regulación contenida en los artículos 40 y 41 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 y en los artículos 128, 130, 131 del Reglamento de Planeamiento aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, que, en lo que aquí interesa, establecen que el documento aprobado inicialmente debe ser sometido a información pública, y que ese trámite de información pública debe reiterarse después de la aprobación provisional cuando en ésta se introduzcan modificaciones sustanciales con relación al documento inicialmente aprobado (artículo 130 del Reglamento de Planeamiento citado). Con esos antecedentes, aun admitiendo que la formulación del artículo 6.1 de la Ley 6/1998 deja margen para que la participación pública se garantice por diversas vías, parece claro que no se observa la letra ni el espíritu de esa norma básica, y, en definitiva, que no se garantiza la participación pública en el proceso de planeamiento, cuando la legislación urbanística establece una regulación del procedimiento a seguir que excluye la segunda información pública aun cuando el documento aprobado inicialmente haya sufrido modificaciones sustanciales, y, además, sólo requiere la comunicación de tales modificaciones a los interesados personados en las actuaciones, lo que deja sin conocer las modificaciones acogidas durante la tramitación a todos los afectados que no estuviesen personados en el procedimiento (que quizá no se personaron, ni formularon alegaciones, porque estaban conformes con el documento aprobado inicialmente).

Ya hemos señalado que, dada la formulación abierta del artículo 6.1 de la Ley 6/1998, la legislación urbanística cuenta con un cierto margen para determinar la forma concreta de garantizar la participación pública en el proceso de planeamiento; pero cuando, como aquí sucede, el ordenamiento autonómico no ofrece ningún cauce para que aquel mandato de la norma básica encuentre efectiva realización, resulta procedente aplicar aquella fórmula en la que ese mandato ha encontrado su tradicional plasmación en nuestro ordenamiento y que consiste en la realización de una nueva información pública cuando durante la tramitación del planeamiento se han introducido modificaciones sustanciales.

A lo anterior no cabe oponer el hecho de que las recurrentes hayan conocido finalmente las modificaciones plasmadas en el planeamiento aprobado

definitivamente. En primer lugar, porque ese conocimiento derivado de la publicación del acto de aprobación definitiva no proporcionó a las aquí recurrentes ninguna posibilidad de participar en el proceso de elaboración del planeamiento y no les dejó más opción que la de impugnarlo por no estar conformes con sus determinaciones, como efectivamente hicieron. En segundo lugar, porque el defecto de procedimiento que venimos señalando ha dejado sin posibilidad de participar en la elaboración del planeamiento a la generalidad de los ciudadanos, incluidos los directamente afectados por las modificaciones del planeamiento, exceptuando aquéllos que por estar personados en el expediente hubiesen recibido una comunicación personal sobre las modificaciones introducidas en el acuerdo de aprobación provisional; lo que claramente contraviene el mandato contenido en el tantas veces citado artículo 6.1 de la Ley 6/1998.

Constatado así que la regulación establecida en el artículo 38.2.A de la Ley valenciana 6/1994 no garantiza la participación pública en el proceso de planeamiento, que es lo exigido de manera inequívoca en el artículo 6.1 de la Ley 6/1998 debemos concluir que la sentencia recurrida ha infringido esta norma básica precisamente por no haberla aplicado ni tomado siquiera en consideración.

En definitiva, el respeto al plural y complejo sistema de fuentes de producción normativa característico de la ordenación territorial del Estado establecida en el Título VIII de la Constitución no puede hacer olvidar aquellos principios y postulados, igualmente recogidos en el texto constitucional, tendentes a propiciar una interpretación vertebradora e integrada del ordenamiento jurídico. Y entre esos postulados destaca el recogido en el artículo 149.3. de la Constitución que se invoca en las sentencias antes citadas, del que se deriva la conclusión de que cuando no es posible una interpretación de la norma autonómica que la haga conciliable con la legislación básica, la resolución de la controversia debe basarse en la aplicación de esta última en tanto que norma básica dictada por el legislador estatal en ejercicio de competencias exclusivas.

(STS de 9 de diciembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 458/2009).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

SUBVENCIONES

El reintegro de una subvención por incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario no puede entenderse inserto en el ámbito del Derecho Sancionador, por lo que no se ve afectado el principio non bis in idem, no obstante existir un proceso penal.

“El primer motivo de casación, que descansa en la infracción del principio non bis in idem, que garantiza el artículo 25 de la Constitución, no puede ser acogido, pues su formulación carece de fundamento, en la medida en que las garantías que se desprenden del reconocimiento constitucional del principio de legalidad sancionadora no son de aplicación en el ámbito objetivo de los expedientes de reintegro de subvenciones por incumplimiento de las obligaciones legales que se imponen al beneficiario, que no tienen una naturaleza sancionadora, pues la Administración no ejerce, en este supuesto, la potestad sancionadora, sino facultades de control de las subvenciones y ayudas públicas, que se corresponden con la carga jurídica que resulta del otorgamiento de la subvención, que se engarzan en el Derecho subvencional y en el Derecho presupuestario.

En efecto, según una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 24 de julio de 2007 SIC «el reintegro de una subvención por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al beneficiario, no puede considerarse sino como una condición resolutoria del acto administrativo de otorgamiento, y en este aspecto la sentencia de instancia razona adecuadamente, una consecuencia propia del funcionamiento de la relación jurídica administrativa en que la subvención consiste, y con el carácter de una donación modal con un carácter finalístico, lógicamente, el incumplimiento de las condiciones impuestas determina la necesidad de su devolución; pero de ninguna forma puede sostenerse que la devolución de la subvención concedida por el incumplimiento de esa carga, -de las condiciones impuestas y aceptadas-, pueda considerar inserta en el ámbito del derecho sancionador, que es el argumento ahora utilizado para pretender la casación de la sentencia, como también lo había sido en la instancia y que fue correctamente rechazado por la sentencia de instancia».

Nuestra jurisprudencia, según se refiere en la sentencia de 15 de noviembre de 2006 ha reconocido el carácter modal de la subvención o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria. cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJ y PAC. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. La subvención no responde a una causa donandi, sino a la finalidad de intervenir la Administración. a través de unos condicionamientos o de un modus, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste.

Cuando se trata del reintegro de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o condiciones establecidas al concederse u otorgarse, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la

comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la devolución de lo percibido.

Por ello, el planteamiento impugnatorio que postula la entidad mercantil recurrente de que cabe considerar que la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid debió paralizar el expediente de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas mientras pendiera la causa penal, por estar subordinada la Administración a la autoridad judicial, carece de apoyo legal, pues, como acertadamente expone la Sala sentenciadora, no cabe apreciar la existencia de prejudicialidad penal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 4 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que determine la suspensión del proceso administrativo y del proceso contencioso-administrativo de revisión hasta que finalicen las actuaciones penales.

Cabe advertir que en el supuesto de posible duplicidad o coincidencia de sanción administrativa derivada de la comisión de hechos tipificados en el artículo 14 de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/1995, de 8 de marzo y de sanción penal por delitos contra la Hacienda Pública, tipificados en los artículos 308 y 309 del Código Penal, sería factible el planteamiento de la existencia de prejudicialidad penal que pudiera fundar la petición de suspensión del procedimiento administrativo sancionador. con base en el principio non bis in idem, si ambas normas -la Ley autonómica administrativa reguladora de las subvenciones y el Código Penal-, tutelaran los mismos bienes jurídico, lo que no acontece en este supuesto en que la actuación administrativa se limita a reclamar el reintegro de las cantidades percibidas por incumplimiento de las obligaciones impuestas, y no está afectada o condicionada la calificación jurídica sobre la concurrencia o no de fuerza mayor. a los efectos de examinar si procede el reintegro, por la decisión que recaiga en el proceso penal.

Por tanto, apreciamos que la Sala de instancia no elude la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional. formulada en relación con el principio non bis in idem, expuesta en la sentencia 91/2008, de 21 de julio que expone que este principio «se configura como un derecho fundamental. integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribire, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme

y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento», pues, como hemos expuesto, en el caso enjuiciado en este recurso de casación, no concurre el presupuesto de duplicidad de procedimientos de carácter sancionador incoados contra el sujeto beneficiario por unos mismos hechos y un idéntico fundamento, que promueva la paralización de las actuaciones de la autoridad administrativa”.

(STS de 10 de marzo de 2009. Sala 3ª, Secc. 3ª F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Banderés Sánchez-Cruza. Ar. 1591).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

TIPICIDAD Y CADUCIDAD DE LA INFRACCIÓN

Al tener Andalucía competencia exclusiva en materia de montes, tanto la tipicidad de la infracción como la posible caducidad de la misma, se han de examinar en el marco de la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía.

“Los dos primeros motivos de casación habremos de examinarlos conjuntamente por estar estrechadamente relacionado, hasta el punto de que en realidad no son sino variaciones o formulaciones apenas diferenciadas de un mismo argumento de impugnación. Así, en el motivo primero se alega Infracción del artículo 25.1 de la Constitución, por entender el recurrente que la conducta realizada no encaja en el tipo de la infracción porque el terreno donde se realizaron las tareas no es en realidad forestal sino agrícola; y luego en el segundo se alega la infracción del artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, volviendo a señalar el recurrente que en este caso no se ha producido ningún hecho constitutivo de infracción pues se trata de terreno agrícola.

Ambos motivos deben ser rechazados pues, según hemos visto, la sentencia de instancia expone de forma pormenorizada cuál es, según el artículo 1 de la Ley 2/1992, de 15 de junio Forestal de Andalucía, la definición legal del concepto de montes y terrenos forestales (fundamento quinto de la sentencia); y también se explica en la sentencia (fundamento sexto) que los terrenos del recurrente entran en esa definición legal de terreno forestal pese a que en otra época -muy anterior a la entrada en vigor de la citada norma legal- hubiesen tenido carácter agrícola. No hay, por tanto, infracción del principio de tipicidad, pues la sentencia recurrida explica de manera razonada el encaje de la conducta en el tipo de la infracción por la que se sanciona.

Por último, debe ser igualmente desestimado el cuarto motivo de casación, en el que se alega la infracción de los artículos 149.1.18 de la Constitución,

43.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 20.6 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, por no haber aplicado la sentencia el plazo de caducidad del procedimiento previsto en la normativa estatal siendo así que la ordenación del procedimiento administrativo común es competencia exclusiva del Estado.

Como explica acertadamente la sentencia recurrida -en respuesta a este mismo argumento, que ya había sido aducido en el proceso de instancia- la competencia en materia de montes es una de las asumidas con carácter exclusivo por la Comunidad Autónoma de Andalucía, por lo que, sin perjuicio de la competencia del Estado de dictar legislación de carácter básico en materia de montes (artículo 149.1.23ª de la Constitución), no se da la condición precisa para la aplicabilidad del plazo de caducidad de seis meses previsto en el artículo 20.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, pues existe en la regulación autonómica una previsión normativa específica que fija el plazo de un año (artículo único.2 del Decreto 143/1993, de 7 de septiembre, de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, relativo a normas sobre procedimientos administrativos de la Consejería de Agricultura y Pesca, en relación con el Anexo-II del propio Decreto). Y, como señala la Sala de instancia, a la anterior conclusión no cabe oponer la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común, pues la potestad sancionadora -y el procedimiento para su ejercicio- es de carácter accesorio con relación a la competencia material o sustantiva, por lo que debe atenderse al carácter con que esté atribuida la competencia en materia de montes que, como ya hemos señalado, fue asumida con carácter exclusivo por la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

(STS de 2 de marzo de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 2º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Calvo Rojas. Ar. 1565).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PROTECCIÓN DE DATOS

Cesión de datos de los clientes por parte de una empresa al resto de las entidades del grupo, careciendo del consentimiento inequívoco de aquéllos.

“Ya hemos dicho que la resolución de la controversia exige relacionar dichas denuncias con lo preceptuado en el artículo 6.1 de la actual Ley de Protección de Datos (EI tratamiento de datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa) y en el artículo 11.1 de la misma, a fin de determinar si puede o no considerarse cumplido tal principio del consentimiento o autodeterminación.

Para ello hemos de tomar en consideración, además de la doctrina que se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior que inequívoco, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es lo que no admite duda o equivocación, y, por contraposición a equívoco, lo que no puede entenderse o interpretarse en varios sentidos, o que no puede dar ocasión a juicios diversos.

Consideramos, como asimismo estima la resolución impugnada, que dados los poco rigurosos términos de dichos certificados, emitidos por una empresa que no es la que ha preparado, impreso y distribuido las cartas, el consentimiento obtenido por Gas Natural no puede considerarse válido dado el calificativo de «inequívoco» que, como ya se ha indicado, a dicho consentimiento acompaña la nueva Ley de Protección de Datos de 1999.

Ello porque si bien es cierto que no puede exigirse para la obtención del consentimiento de los afectados, a la hora de tratar o ceder sus datos personales, que tal consentimiento se otorgue mediante correo certificado, al no estipularlo así ningún precepto de la normativa de aplicación, la persona física o jurídica que pretenda obtener tal consentimiento sí deberá arbitrar los medios necesarios para que no quepa ninguna duda de que efectivamente tal consentimiento ha sido prestado, es decir, que la cesión de los datos ha sido consentida de modo lo suficientemente claro para que no pueda interpretarse en otro sentido.

Interpretación ésta que es la que más correctamente se acomoda a lo dispuesto, no sólo en el repetido artículo 6.1 de la LOPD, sino también a lo preceptuado en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, que en su artículo 7 preceptúa que los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca. Directiva que, asimismo, en el apartado h) de su artículo 2 define como «consentimiento del interesado»: toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan. Definición que asimismo ha sido incorporada al apartado h) del artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999, legislación interna que enfatiza más, al añadir entre los adjetivos «libre» y «específica» que califican a la manifestación de voluntad, también el de «inequívoca».

Y que en el 33 Considerando de su Preámbulo explica también que, por lo demás, los datos que por su naturaleza puedan atentar contra las libertades fundamentales o la intimidad no deben ser objeto de tratamiento alguno, salvo en caso de que el interesado haya dado su consentimiento explícito: que deberán constar de forma explícita las excepciones a esta prohibición para necesidades específicas, en particular cuando el tratamiento de dichos datos se realice con fines relacionados con la salud, por parte de personas físicas sometidas a una obligación legal de secreto profesional, o para actividades legítimas por parte de ciertas asociaciones o fundaciones cuyo ob-

jetivo sea hacer posible el ejercicio de libertades fundamentales; y aunque efectivamente en el contrato que firmó Gas Natural SA con Gas Natural Servicios, en febrero de 2000, que obra en los folios 237 a 239 del expediente, por el que la recurrente cedía los datos de sus clientes a la segunda, se establecía en su estipulación tercera que el cedente disponía del consentimiento y autorización de todos los afectados para ceder datos a las restantes empresas del grupo, sin embargo, de conformidad con los preceptos de la LOPD anteriormente aludidos y tal y como considera la resolución administrativa impugnada entendemos que no puede considerarse válido el consentimiento obtenido por tal entidad actora dada la falta de acreditación de que los dos denunciados referidos otorgaron, sin duda alguna, y con carácter previo, el repetido consentimiento para la cesión de su datos personales.»

(STS de 27 de enero de 2009. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 1º. Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina. Ar. 110).

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

JURADOS PROVINCIALES DE EXPROPIACIÓN

La declaración de lesividad de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación, por carecer estos de superior jerárquico, corresponde al órgano supremo de la Administración General del Estado, es decir al Consejo de Ministros.

“Abordando ya el único motivo del presente recurso de casación, hay que constatar que la disposición adicional. 16ª de la LOFAGE no atribuye al Consejo de Ministros la declaración de lesividad de los actos de los «Ministerios», como pretende el Abogado del Estado. Le atribuye la declaración de lesividad de los actos de los «Ministros», lo que claramente no es lo mismo. En este sentido, tiene razón la recurrida y la mencionada norma legal, por sí sola, resulta insuficiente para que prospere el recurso de casación. Algo parecido cabe decir, por lo demás, de la cita de la legislación anterior, que en el mejor de los casos sólo tendría un valor orientador con respecto a una tradición jurídica de la que la legislación vigente podría ser continuadora. Las normas legales invocadas por el Abogado del Estado son, así, insuficientes.

No obstante, la jurisprudencia de esta Sala ha admitido siempre que la declaración de lesividad de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa corresponde al Consejo de Ministros. Incluso con posterioridad a la aprobación de la LOFAGE en 1997, dicha orientación jurisprudencial se ha mantenido inalterada. Véanse a este propósito nuestras sentencias de 16 de diciembre de 2002, 18 de marzo de 2003 y 30 de mayo de 2003.

Es razonable. además, que dicha competencia le sea reconocida al Consejo de Ministros, dado que los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa; aun siendo indudablemente órganos de la Administración General del Estado, se hallan fuera de la línea jerárquica, precisamente para asegurar su independencia de criterio. El art. 35 LEF dispone que la resolución del Jurado «ultimará la vía gubernativa, y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo», lo que pone claramente de manifiesto que el Jurado carece de superior jerárquico. Así, al no estar incardinados dentro de la jerarquía de ningún departamento ministerial, lo más correcto es concluir que la declaración de lesividad de sus actos debe corresponder al órgano supremo de la Administración General del Estado. que abarca *ratione materiae* la totalidad de la misma: es decir, el Consejo de Ministros.

A mayor abundamiento. cabe observar que la sentencia impugnada, tras considerar que el Consejo de Ministros es manifiestamente incompetente para declarar la lesividad de los acuerdos de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa, omite significativamente señalar qué órgano debería tenerse por competente.

Por todo ello, el único motivo de este recurso de casación debe ser estimado. lo que comporta la anulación de la sentencia impugnada.”

(STS de 2 de diciembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Díez-Picazo Jiménez. Ar. 345/2009).

XIV. HACIENDA PÚBLICA

RESPONSABILIDAD CONTABLE

El TS analiza el ámbito subjetivo y objetivo de la responsabilidad contable, competencia del Tribunal de Cuentas.

“Por lo que hace al recurso del Abogado del Estado los razonamientos contenidos en el quinto fundamento de la sentencia, antes transcrito, desvirtúan su viabilidad.

Sobre el problema debatido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 17 de abril de 2008 donde se afirma: «2. Es de recordar que los denominados elementos calificadores de la responsabilidad contable son los siguientes: En primer lugar, que sólo podrán incidir en responsabilidad contable quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

En segundo lugar, que no toda acción u omisión contraria a la Ley que produzca menoscabo de caudales o efectos públicos, realizada por quien está encargado legalmente de su manejo. será suficiente para generar responsabilidad contable, ya que se requerirá. además. que resulte o se desprenda de las cuentas, en sentido amplio, que deben rendir todos aquellos que recau-

den, intervengan. administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos.

En tercer lugar, que la infracción legal se refiere a las obligaciones impuestas por las Leyes reguladoras de la Contabilidad Pública y del régimen presupuestado aplicables al sector público de que se trate o a las personas o entidades receptoras de ayudas con rango o procedentes de dicho sector.

3. El ámbito subjetivo de los posibles responsables contables se define en el art. 2 de la Ley Orgánica 2/1982, según el cual, corresponde al Tribunal de Cuentas el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran aquellos que tengan a su cargo el manejo de los caudales o efectos públicos. Asimismo, el art. 38.1 de dicha Ley establece que quien por acción u omisión contraria a la Ley origine el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados, y el art. 15 señala que el enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos refiriéndose, también, el art. 49.1 de la Ley 7/1988 a quienes tengan él su cargo el manejo de dichos caudales o efectos.

Una interpretación integradora de tales preceptos lleva a entender que la responsabilidad contable está siempre vinculada al manejo de caudales o efectos públicos. Los arts. 15 y 38 de dicha Ley Orgánica hacen girar la responsabilidad contable en torno a los conceptos de caudales públicos o efectos públicos. Así en la medida que se hayan, originado daños a los fondos públicos se abre la posibilidad de declarar responsabilidades contables siempre que concurran el resto de requisitos establecidos en la Ley.

Por otra parte, cabe resaltar que ninguno de los preceptos reguladores de la responsabilidad contable se refiere exclusivamente a los funcionarios o autoridades como exclusivos sujetos pasivos. Por el contrario, se habla en todos ellos de personas encargadas de la recaudación, custodia, manejo o utilización de los caudales o efectos públicos.

Definido así el ámbito subjetivo de la responsabilidad contable, la participación en la actividad económico financiera de un ente público hace a la persona, sea o no funcionario público, susceptible de ser sujeto de responsabilidades contables, pues la responsabilidad contable deriva no de la forma de personificación, sino del menoscabo de los caudales públicos.

Hay que poner énfasis en que la responsabilidad contable surge, en todo caso en el contexto de la encomienda a ciertas personas de la gestión de fondos públicos teniendo aquélla dos actos o momentos de vital trascendencia, a saber el cargo o entrega de los fondos, y la data, descargo o justificación del destino dado a los caudales recibidos. El que recibe fondos debe justificar la inversión de los mismos, respondiendo de ellos en tanto no se produzca la data, bien sea bajo la forma de justificantes adecuados de su inversión, o bien sea bajo la forma de reintegro de las cantidades no invertidas o entrega de las cantidades recibidas en interés de un tercero. Acreditado un

cargo y constatada la falta de justificantes o de dinerario, según los casos, aparece un descubierto en las cuentas. lo que denominamos un alcance de fondos.

Resulta, pues, obligado concluir que sólo pueden ser sujeto de responsabilidad contable aquéllos que tengan la condición de gestores de fondos públicos, sin perjuicio del supuesto especial de los perceptores de subvenciones u otras ayudas del sector público.

Si se sostuviese la tesis contraria de que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable alcanza a cualquier persona, entonces la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencias de otros órdenes jurisdiccionales. Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por el art. 39 y siguientes de la propia Ley; en cuanto recogen, como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así, las alusiones a la obediencia debida -art. 39.1-, al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos -art. 39.2-, a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionales -art. 40-. A mayor abundamiento, el art. 49.1 de la Ley de Funcionamiento atribuye a la jurisdicción contable el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan contra «... todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos ...», debiendo comprenderse en dicho concepto tanto los funcionarios como los que no ostenten tal condición, sean o no cuentadantes, y ello porque el término cuentadante es un concepto jurídico determinado que corresponde no sólo a los funcionarios encargados de la gestión de ingresos y gastos de la Administración del Estado, y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos o Sociedades del Estado, sino también a los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores del Estado, y a los perceptores de subvenciones corrientes concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sean personas o entidades públicas o privadas.

Como ha dicho este Tribunal Supremo, la responsabilidad contable no se identifica, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o causales públicos, causen daños a éstos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino ante una situación de «responsabilidad civil frente a la Administración pública», para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (sentencia de 7 de junio de 1999)».

(STS de 4 de febrero de 2009. Sala 3ª Secc. 2ª F.D. 7º. Magistrado Ponente Sr. Garzón Herrero. Ar. 591).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

DERECHO AL RECURSO

El contenido esencial de la tutela judicial efectiva no exige que en todo caso y circunstancia los pronunciamientos jurisdiccionales sean susceptibles de revisión.

“El supuesto enjuiciado por el Tribunal de instancia y el que se plantea en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es sustancialmente idéntico al resuelto en Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 2008. en el recurso 94/2008. donde la misma entidad actora en este recurso, Sociedad Azucarera Larios. SA, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina invocando frente a la tesis mantenida por la recurrida en aquel supuesto, la sentencia de la propia Sala sentenciadora de instancia de 15 de diciembre de 2005 dictada en el recurso 1169/00. Por razón del principio de unidad de doctrina, trasunto del constitucional principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución (RCL 1978, 2836), los fundamentos de esta sentencia han de ser pues necesariamente iguales a los contenidos en la aquella otra de 19 de diciembre de 2008.

Decíamos en aquella sentencia, que en el ámbito contencioso-administrativo no existe un derecho al recurso, salvo que el legislador así lo disponga. Dicho de otra manera, el contenido esencial de la tutela judicial efectiva (artículo 24, apartado 1, de la Constitución) no exige que en todo caso y circunstancia los pronunciamientos jurisdiccionales sean susceptibles de revisión. El titular de la potestad legislativa, en la Ley 29/1998. de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio). ha dispuesto que las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia sólo puedan recurrirse en casación si la cuantía litigiosa supera los veinticinco millones de pesetas (150.253,02 euros), salvo que se hayan dictado en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales [artículo 86, apartado 2, letra b). Este recurso de casación, común u ordinario, tiene por objeto controlar que el ejercicio de la potestad jurisdiccional se haya desenvuelto de forma correcta, por quien la tiene atribuida para el caso concreto, a través del procedimiento adecuado y respetando las formas y los ritos dispuestos en garantía de los justiciables, así como defender el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que lo interpreta (artículo 88; apartado 1).

Los demás pronunciamientos en única instancia de las mencionadas Salas jurisdiccionales cuyo interés litigioso no alcance el indicado montante no pueden revisarse por el Tribunal Supremo a través del cauce que representa el recurso de casación común. Ahora bien, el legislador ha querido también que aquellas decisiones que, emanando de litigios cuya importancia

económica no llega a los ciento cincuenta mil euros pero supera los dieciocho mil treinta (tres millones de pesetas), puedan examinarse por el Tribunal Supremo, para fijar la doctrina correcta, siempre y cuando se detecte que contradicen otras decisiones dictadas para los mismo litigantes u otros en idéntica situación, en atención a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (artículo 96, apartado 1). Aquí ya no se trata de depurar el ordenamiento jurídico expulsando aquellas decisiones que resulten incorrectas, sino de purgarlo mediante la anulación de las sentencias que, además de contener una doctrina equivocada, contradigan la sentada correctamente en otros supuestos sustancialmente iguales, haciendo padecer la seguridad y la igualdad jurídicas que proclama al más alto nivel nuestra Constitución (artículos 9, apartado 3, y 14).

El recurso de casación para la unificación de doctrina constituye, pues, tal y como ha subrayado una jurisprudencia consolidada de esta Sala [véanse las sentencias de 24 de mayo de 1999, 26 de mayo de 1999, 26 de julio de 1999 y 1 de abril de 2008, un remedio extraordinario y subsidiario respecto de la casación ordinaria. Se trata de que determinadas sentencias, que por razón de la cuantía tienen vedado el acceso a esa casación común, puedan revisarse cuando, superando el interés litigioso los dieciocho mil euros, contradicen otros pronunciamientos, a los solos efectos de unificar criterios y de declarar la doctrina correcta.

El objetivo radica, como hemos apuntado, en potenciar la seguridad jurídica, pero no en cualquier circunstancia, como en la modalidad general de casación, sino sólo cuando la inseguridad derive de la oposición en que incurren las resoluciones judiciales en presencia de litigantes en la misma situación procesal y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En consecuencia, la finalidad esencial de esta modalidad de casación no es 'tanto corregir la eventual infracción legal en que haya podido incidir la sentencia impugnada, cuanto en reducir a la unidad los criterios judiciales diseminados y discrepantes.

Siendo tal la meta, resulta imprescindible que en el escrito de interposición se explicita, junto a la infracción legal que se impute a la sentencia discutida, la relación precisa y circunstanciada de las identidades entre los pronunciamientos enfrentados (artículo 97, apartado 1, de la Ley 29/1998, «precisa» en el lenguaje y «circunstanciada» en su objeto y contenido, en clara alusión a las igualdades subjetiva, objetiva y causal determinantes del juicio de contradicción. Sólo cuando los pronunciamientos alegados como incompatibles sean antitéticos con el recurrido, puede declararse la doctrina correcta y, si procediese por exigencias de tal declaración, casar este último. y esa antítesis ha de ser ontológica, es decir, derivada de dos proposiciones que no pueden reunirse al propio tiempo, la condición de verdaderas o correctas jurídicamente y falsas o contrarias a derecho.

No cabe, en consecuencia, apreciar aquella triple identidad sobre supuestos de hecho diversos, entre sujetos en diferente situación o en aplicación de normas distintas. Si se bajara la guardia en la exigencia estricta de esta tria-

da, el recurso de casación para la unificación de doctrina no se distinguiría del ordinario por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, convirtiéndose en un instrumento espurio para eludir la prohibición de impugnar las sentencias que, pudiendo estimarse contrarias a derecho, no alcanzan los límites establecidos por el legislador para acceder a la casación común”.

(STS de 14 de marzo de 2009. Sala 3ª, Secc. 6ª. F.D. 2º, 3º. Magistrado Ponente Sr. Puente Prieto. Ar. 96).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

REGLAMENTO ESTATAL

El trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general, cuya omisión es determinante de nulidad conforme al artículo 62.2 de la Ley 30/1992, afecta exclusivamente a las asociaciones reconocidas por la Ley que representen intereses que guarden relación directa con el objeto de la disposición y no en el caso de asociaciones de carácter voluntario y naturaleza privada.

“La regulación legal contenida en el mentado artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, contiene varias exigencias sobre las que hemos de detenernos. Así es, en lo que hace al caso, el trámite de audiencia ha de conferirse a las asociaciones u organizaciones “reconocidas por la Ley”, y, además, que los fines de estas asociaciones “guarden relación directa con el objeto de la disposición”.

Debemos tener en cuenta que el mentado trámite de audiencia cumple la finalidad de contribuir al acierto y legalidad de texto que se aprueba, propiciando que se tengan en cuenta todas las puntos de vista desde el que la cuestión objeto de regulación pueda ser analizada, enriqueciendo, en definitiva, la disposición general, mediante las observaciones de los sectores, personas o entidades consultadas. Ahora bien, este objetivo no permite hacer tabla rasa de los requisitos que la propia ley exige para que tenga lugar dicha audiencia, pues no se trata de abrir un trámite de modo indiscriminado ó ilimitado, sin acolar su ámbito. Por el contrario, se trata de conjugar la finalidad apuntada con la seriedad y solvencia de este trámite de audiencia, evitando la duplicidad. A tal fin, la propia Ley 30/1992 regula este llamamiento del procedimiento de elaboración de disposiciones generales mediante su sujeción a las dos delimitaciones esenciales ya citadas, de un lado que se trate de asociaciones u organizaciones “reconocidas por la Ley”, y, de otro, que los fines de estas asociaciones “guarden relación directa con el objeto de la disposición”.

Recordemos que el apartado c) del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno se refiere a una audiencia necesaria o preceptiva, con la salvedad “in fine” referida a la concurrencia de “graves razones de interés público”. Por contraposición a la prevista en el artículo 24.1.d) de la misma Ley que permite un trámite no necesario, cuando ya hubieran participado por medio de informes o consultas previas, o la del artículo 24.1.b) también de dicha Ley cuando se refiere a otras consultas que se “estimen convenientes”.

El marco normativo que hemos enunciado ha de completarse con la jurisprudencia de este Tribunal Supremo dictada en su aplicación, pues esta Sala ha venido distinguiendo entre la audiencia que es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, de aquellas otras asociaciones, como sucede en el caso examinado, voluntarias de naturaleza privada, que no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto. Además, del artículo 24.1 de la Ley del Gobierno se infiere, que las consultas cuando no son preceptivas se solicitarán si “se estiman convenientes”, dejando, por tanto, cierta discrecionalidad a la Administración para solicitarlas o no.

En el sentido apuntado se viene pronunciando esta Sala de forma reiterada, por todas, STS 10 de octubre de 2005 dictada en el recurso de casación núm. 69/2003. Declara que *«En cuanto al alcance de tal previsión legal, esta Sala ha declarado en las sentencias de 11 de mayo 21 y 22 de junio de 2004 acogiendo la doctrina expresada en las precedentes sentencias de 22 de enero de 1998, 13 de noviembre de 2000, 24 de octubre de 2001 y 23 y 26 de septiembre de 2003 que el trámite de audiencia ha de calificarse como participación funcional en la elaboración de disposiciones de carácter general “preceptivamente impuesta” y que “requiere en el Órgano que instruye una actividad configurada técnicamente como carga, concretada en la llamada de las organizaciones y asociaciones que necesariamente deben ser convocadas pues, en otro caso, el procedimiento podría quedar viciado o incluso la disposición resultante podría estar incurso en nulidad”, debiendo distinguir que la audiencia es preceptiva para Asociaciones que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trata, de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que, aunque estén reconocidas por la Ley, no ostentan “por Ley” la representación a que aquel precepto se refiere, pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aquel precepto. (...)*

Por otro lado, del referido artículo 24.1 de la Ley del Gobierno antes citada, se infiere, que las consultas que no sean preceptivas se solicitaron si “se estiman convenientes”, dejando por tanto cierta discrecionalidad a la Administración para solicitarlas o no; porque, como también tenemos dicho, ese trámite para audiencia no puede transformarse en una intervención en el proceso de elaboración reglamentaria que haga a quien se concede, copartícipe de una potestad que constitucionalmente sólo corresponde al Gobierno (S. 21-6-2(04)).

La regulación constitucional y legal del trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general, así como la interpretación realizada por esta Sala, revelan que no concurre en este caso la nulidad plena

que se invoca en el escrito de demanda, pues las asociaciones recurrentes no son asociaciones “reconocidas por la Ley”, ni tienen el expresado carácter forzoso, ni, en fin, mediante las mismas se agrupan o representan los intereses a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Gobierno. Téngase en cuenta que las recurrentes, según consta en los poderes aportados con el escrito de interposición, son asociaciones empresariales, creadas al amparo del artículo 22 de la CE, pero que tienen, en todo caso, un carácter voluntario a los efectos que venimos examinando.

Estamos, en definitiva, ante unas asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que no tienen atribuida “por Ley” la representación de derechos e intereses en los términos previstos en el tan citado artículo 24. No obstante, como ya hemos dicho, pueden ser consultadas si se estima “conveniente” y sucede que así fue en el presente caso, en el que se llamó a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, en cuyo seno se encuentra la Federación Española de Industrias de la Alimentación y Bebidas, en la que están integradas las recurrentes. De modo que nos parece significativo destacar que en la elaboración de la disposición general, cuya legalidad se cuestiona, las recurrentes pudieron ser oídas, sin que, por lo demás, pueda hacerse una interpretación tal -“generosa” se califica en el escrito de demanda- que deje sin efecto los requisitos legalmente establecidos y a cuya concurrencia se anuda el carácter preceptivo del trámite.

Siendo las recurrentes, por tanto, asociaciones de carácter voluntario, su llamada o audiencia en el procedimiento de elaboración del Real Decreto impugnado no resulta legalmente exigible y, por lo tanto, la falta de audiencia específica a las mismas no supone un defecto formal o de procedimiento que vicie de nulidad la norma impugnada”.

(STS de 26 de marzo de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 3º, 4º y 5º. Magistrada Ponente Sra. Teso Gamella. Ar. 1816)

XX. RESPONSABILIDAD

POR LA APLICACIÓN DE ACTOS LEGISLATIVOS

La indemnización por la aplicación de actos legislativos, radica en la existencia de una lesión antijurídica, es decir que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

“Los términos en que se plantea la demanda, cuya falta de claridad pone de manifiesto el Abogado del Estado, no impiden apreciar que la parte recurrente justifica su reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado en la consideración de que las limitaciones al ejercicio de su profesión impuestas por el art. 28 de la Ley 22/2003, de 9 de julio le causan un perjuicio

real, efectivo y evaluable económicamente, que no tiene el deber de soportar, y que le debe ser indemnizado al amparo del art. 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y la jurisprudencia que invoca, manteniendo que la responsabilidad patrimonial del Estado por sus actos legislativos, es procedente en el caso de alteraciones del régimen jurídico del ejercicio de profesiones liberales, con reducción de los casos de posible desempeño, mediante la limitación de los casos en que un profesional como la recurrente pueda ser designado judicialmente para el ejercicio de cargos de administrador judicial, cuando hasta este momento ha sido la actividad profesional básica y esencial que como medio de vida ha venido desempeñando, concluyendo que, cuando mediante medidas legislativas se imponen limitaciones al ejercicio de las profesiones liberales, no se están eliminando meras expectativas sino auténticos derechos consolidados, que en la mayoría de los casos ha supuesto a los profesionales un gran coste de infraestructuras materiales y humanas, actuando sobre la confianza en la no alteración futura de las circunstancias y el Estado, sin otro fundamento que el simple capricho, cercena tales derechos y rendimientos económicos futuros, quedando obligado a indemnizar, y ello es lo que sucede con los Auditores de Cuentas y Censores Jurados, que en virtud del art. 28 de la nueva Ley Concursal han visto eliminados de un plumazo sus derechos consolidados de futuro, sin que exista razón justificativa alguna.

Tal planteamiento, que la parte apoya en la valoración de la jurisprudencia que cita, no puede compartirse.

En primer lugar y en relación con las apreciaciones de la parte, conviene precisar que la jurisprudencia desde el principio (SS. 30-11-1992, 12-7-2, 5-2-1996 puso de manifiesto que el marco de la responsabilidad patrimonial, y concretamente la responsabilidad por acto legislativo, exige una configuración legal, de la que carecía esta última, poniendo de manifiesto la necesidad de un previo desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles, por faltar cualquier antecedente histórico o regulación que posibilite una decisión sobre tales cuestiones.

No obstante esa falta de desarrollo normativo, que persistió hasta la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no impidió la formulación de numerosas reclamaciones y la adopción de las correspondientes decisiones por este Tribunal. conformando una jurisprudencia que salvo algunos casos aislados previos (sentencias de 22-5-1970, 1 febrero y 12 noviembre 1971, 30-9-1972 y 29-1-1974, relativas a las medidas adoptadas respecto de las compañías aseguradoras de accidentes de trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por el Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 21-4-1966, adquiere relevancia tras la Constitución de 1978, inicialmente con ocasión de la modificación de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, Ley 30/84, de 2 de agosto y de los Jueces y Magistrados, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial. que dio lugar al planteamiento de diversos recursos de inconstitucionalidad, resueltos

por sentencias del Tribunal Constitucional 108/1986, de 29 de julio, 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril en las que se rechazan las infracciones de los arts. 9.3, 33.3 Y 35 de la Constitución que se invocaban, en razón de la situación estatutaria a la que están sujetos los recurrentes, que no son titulares de un derecho subjetivo a ser jubilados a la edad establecida en el momento de su acceso a la función. Sin embargo, al examinar la disposición transitoria 28.1ª de la LOPJ, que establecía un sistema escalonado de aplicación de la edad de jubilación, señala que «su finalidad evidente es la de paliar los efectos negativos que el adelanto de la edad de jubilación pueda producir en cuanto origine una frustración de las expectativas existentes y, en muchos casos, perjuicios económicos. Es posible, incluso, que esta finalidad no quede suficientemente asegurada y que esos efectos negativos, de no ser corregidos, puedan merecer algún género de compensación. Pero esta cuestión queda, en todo caso, fuera del ámbito del presente recurso.»

Ante este planteamiento del Tribunal Constitucional, los interesados advirtieron la posibilidad de indemnización aun en el supuesto de constitucionalidad de la norma, formulando las correspondientes reclamaciones ante el Consejo de Ministros, que fueron desestimadas, acudiendo de nuevo ante este Tribunal Supremo, que resolvió sobre el fondo de la cuestión por primera vez en la citada sentencia del Pleno de 30 de noviembre de 1992, que entre otros pronunciamientos y por lo que aquí interesa, termina desestimando las reclamaciones al entender que no se había producido la privación de bienes o derechos, categoría jurídica de la que carecen las expectativas de derechos, además de que, admitir lo contrario conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas que pretendan adaptar la legislación anterior. Criterios que se mantuvieron en numerosas sentencias (1 y 2 de diciembre de 1992, distintas fechas de enero de 1993, 30 de enero de 2001, 1 de julio de 2003 entre otras), que desde esa fecha venían a resolver cuestiones semejantes.

Introducida la regulación positiva en el art. 139.3 de la Ley 30/9.2., de 2.6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Común, según el cual: «las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos», en las sentencias de esta Sala se mantiene que tal regulación no es contraria a las conclusiones y criterios marcados por la jurisprudencia, si bien hay que determinar el alcance del nuevo requisito establecido, en el sentido de que la previsión de la indemnización y de su contenido arranque del propio acto legislativo que motiva la lesión (S.S.18-9-1997,17-2-1998, 18-5-2000).

Efectivamente del citado art. 139.3 se deduce que el presupuesto sobre el que descansa el derecho a la indemnización por la aplicación de actos legislativos es la existencia de una lesión antijurídica, es decir, que los parti-

culares «no tengan el deber jurídico de soportar», según expresión del precepto, concepto jurídico ya examinado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, plasmado en el art. 141.1 de la Ley 30/1992, que ha de integrarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes y que supone que el carácter indemnizable del daño no se predica en razón de ilicitud del acto causante sino de su falta de justificación, en cuanto el ordenamiento jurídico no impone al perjudicado esa carga patrimonial y singular que el daño implica.

En tal sentido, sentencias como la de 11 de junio de 1993 que cita las de 11 de abril y 18 de diciembre de 1986, señalan que existe ese deber jurídico de soportar el daño «cuando la medida de la Administración constituye un carga de carácter general que todos los administrados incluidos en el ámbito de dicha medida están obligados a cumplir sin derecho a indemnización». Más concretamente, la sentencia de 27 de junio de 1997 establece que «ese deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido se da en los supuestos en que la Ley y el grupo normativo de ella derivada justifican dichos detrimentos de un modo expreso o implícito. Así, del examen de las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril, 19 de mayo y 19 de diciembre 1989, entre otras, se infiere que el criterio esencial para determinar la antijuridicidad del daño o perjuicio causado a un particular por la aplicación de un precepto legal o normativo debe ser el de si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño, ya que las restricciones o limitaciones impuestas por una norma, precisamente por el carácter de generalidad de la misma, deben ser soportadas, en principio, por cada uno de los individuos que integran el grupo de afectados, en aras del interés público. Por su parte. El Tribunal Constitucional, en sentencias núms. 37/1987, de 26 marzo 65/1987, de 21 mayo, 127/1987, de 16, 170/1989, de 19 octubre y 42/1990, de 5 marzo SIC tiene declarado, en síntesis, que no hay antijuridicidad ni, por tanto, derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las facultades innovatorias del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, se realiza una modificación en la regulación o configuración de un régimen jurídico anterior o se estructuran sus sistemas de gestión.

En tal sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 27/1988, de 29 de noviembre, que resuelve recurso de Inconstitucionalidad formulado contra la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, señala que «el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria», añadiendo que las, medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración «ex novo» modificativa de la situación normativa anterior, «aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria, Muy al contrario, al establecer con carácter general una

nueva configuración legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general». En el mismo sentido expresa la STC 112/2006, de 5 de abril, reflejándose en la ya citada sentencia de 18 de septiembre de 1997, al indicar que el sacrificio singular no puede identificarse con las limitaciones que la Ley proyecta sobre el conjunto de los ciudadanos, «aun cuando puedan afectar desigualmente a los grupos en que se integran». Es congruente con todo ello la sentencia de 11 de junio de 2001 que refiriéndose a la jurisprudencia de esta Sala, señala el carácter restrictivo con que se aprecia la responsabilidad patrimonial en estos casos, concluyendo que: «en términos generales excluye el derecho a indemnización y da prevalencia a «la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los Órganos llamados a velar por ellos según las competencias reconocidas por la Constitución y la ley».

(STS de 16 de diciembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 6ª F.D. 2º Y 3º, Magistrado Ponente Sr. Herrero Pina. Ar, 90/2009).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

ALINEACIONES Y DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

Se declara la nulidad de un Estudio de Detalle que establece alineaciones que invaden la zona de protección con omisión del informe preceptivo de la Administración General del Estado.

“Son dos, en realidad, las cuestiones que se suscitan y que afectan a la interpretación de los dos citados preceptos de la LC el 110.c) y el 117.2.

A) En relación con el primero, lo que se suscita es la competencia material de la Administración del Estado -y procesal consiguiente del Abogado del Estado- «en los términos establecidos en la presente Ley» en relación con, «la tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre y de sus servidumbres», una vez que el mencionado precepto -como otros tantos- fuera interpretado por el Tribunal Constitucional (desde la perspectiva de su constitucionalidad) en su STC 149/1991, de 4 de julio).

Es cierto que por dicha STC fueron declarados nulos, por inconstitucionales, determinados preceptos de la Ley de Costas, concretamente, y por lo que interesa al enjuiciamiento del presente recurso, el artículo 26.1 y la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2 c). Afirma el Tribunal Constitucional con toda claridad, en la citada Sentencia, que la competencia para regular y controlar estas superficies costeras como la de autos (de protección o de servidumbre), aledañas a la zona marítimo-terrestre de dominio públi-

co estatal, pero exteriores al mismo, corresponde a las Comunidades Autónomas que tengan transferida dicha competencia, como ocurre en el caso que nos ocupa.

Mas, junto a ello, la propia STC viene a reconocer la legitimación procesal para la impugnación de las actuaciones que -vulnerando la normativa sobre costas- afecten a la zona de dominio público o sus servidumbres; en este sentido la STC de referencia señalaba que «en lo que toca a la tutela y policía de las servidumbres demaniales, tampoco cabe negar por las mismas razones expuestas la competencia de la Administración estatal, aunque, como también es evidente, esta competencia ni autoriza a esta Administración para llevar a cabo actuaciones que no estén orientadas por la necesidad de asegurar la protección del dominio público y garantizar su libre utilización, ni excluye en modo alguno la competencia propia de las Comunidades Autónomas para llevar a cabo la tutela y la policía de las actividades que se lleven a cabo en la zona de protección. La eventual duplicidad de actuaciones ha de ser resuelta de acuerdo con los criterios expuestos. en el artículo 116, que no ha sido objeto de impugnación».

En concreto, y por nuestra parte, sobre este particular, hemos puesto de manifiesto (SSTS de 15 de diciembre de 2005 y 25 de octubre de 2007 que la Administración del Estado se encuentra habilitada «para impugnar los actos y acuerdos que infrinjan lo dispuesto en la propia Ley de Costas o las normas que la desarrollan ante los órgano del orden jurisdiccional contencioso- administrativo con petición de suspensión», justificándose tal conclusión sobre la base de que «entre los preceptos de la citada Ley de Costas, su artículo 25.1. a) prohíbe en la zona de servidumbre de protección las edificaciones destinadas a residencia o habitación, a pesar de lo cual el Estudio de Detalle, objeto de impugnación en sede jurisdiccional, autoriza que se alce un edificio sobre un solar afectado por dicha servidumbre de protección». Pues bien. desde esta perspectiva, no podemos compartir la decisión de instancia. en relación con el concreto Estudio de Detalle que nos ocupa, cuando la propia sentencia reconoce que las alineaciones del mismo invaden la zona de protección. Por ello, la legitimación competencial de la Administración del Estado -y de su Abogado del Estado- en relación con el Estudio de Detalle aprobado por el Ayuntamiento de Villagarcía de Arosa, no debe ofrecer duda alguna. Esto es suficiente para el acogimiento del primer motivo esgrimido.

B) Por lo que hace referencia, en segundo término. al artículo 117.2 LC, la sentencia de instancia no llega a afirmar si el informe en dicho precepto previsto -distinto del contemplado en el apartado 1 del mismo- fue o no solicitado de la Dirección General de Costas del Estado, negándolo el Abogado del Estado en el recurso de casación y, por el contrario, manteniendo su cumplimiento las partes recurridas. Pero lo que no ofrece duda -de conformidad con lo que hemos expuesto en el apartado anterior- es que en el ámbito de las competencias materiales del Estado sobre cosas se incluye la exigencia de dicho informe. previsto en el citado artículo 117.2 de la LC, aun

cuando, como veremos, no cuente el mismo con el carácter de vinculante, dado el ámbito espacial (zona o servidumbre de protección) al que -en el supuesto de autos- afecta.

Desde esta perspectiva, y ante tal ausencia de pronunciamiento en la instancia, estaríamos en condiciones de poder proceder a la integración de hechos no tomados en consideración por la Sala de instancia, técnica aceptada por este Tribunal Supremo. Por todas podemos citar la STS de 3 de diciembre de 2001 en la que hemos expuesto que «cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar, en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada (STS 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 8626). en términos parecidos a los que resultan de la redacción del artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio, SSTs 6 y 17 de julio de, 12 de julio, 2 de noviembre, 15 de diciembre de 1999, 20 de marzo, 3 de abril, 3 de octubre y 20 de noviembre de 2000 entre otras muchas) ».

Pues bien, del examen del expediente que acompaña al recurso contencioso-administrativo debemos deducir que el informe previsto en el artículo 117.2 del LC y 205.2 del RC -para el momento de una vez «concluida la tramitación del plan o norma de que se trate e inmediatamente antes de la aprobación definitiva- a emitir por la Administración del Estado, en el plazo de dos meses, no fue ni solicitado por el Ayuntamiento de Villagarcía de Arosa ni emitido por la Dirección General de Costas.

Y en fin, mas recientemente hemos puesto de manifiesto las diferencias entre este informe (del artículo 117.2 de la LC) y el del núm. 1 del mismo precepto (SSTs 25 de junio y 7 de octubre de 2008).

«Debemos aclarar la distinta finalidad de los dos informes a los que se hace referencia en el artículo 117 de la citada LC, para, a la vista de lo que resulte, analizar lo realmente acontecido en el supuesto de autos:

a) En el apartado 1 del citado artículo 117 se contempla la emisión de un informe, por parte de la Administración del Estado (Dirección General de Costas), con anterioridad a la aprobación inicial del instrumento de planeamiento, para lo que la citada Dirección General cuenta con el plazo de un mes y en el que se incluirán «las sugerencias y observaciones que estime convenientes». Se trata de una especie de audiencia previa a la Administración competente en materias que afectan al planeamiento que se aprueba, y que no es el informe que ahora nos ocupa.

b) En el apartado 2 del mismo artículo 117 se contempla un informe a emitir por la misma Administración estatal, pero en un momento posterior y distinto, pues debe llevarse a cabo «inmediatamente antes de la aprobación definitiva». A tal efecto el precepto dispone que «la Administración competente dará traslado a la del Estado del contenido de aquel para que en el plazo de dos meses se pronuncie sobre el mismo»; cuando el precepto se re-

fiere a la «Administración competente» se está refiriendo a la «Administración competente para la aprobación del planeamiento», siendo ello lógico y coherente con el procedimiento aprobatorio, pues lo que se pretende es que la Administración estatal sectorial emita su informe sobre el proyecto que definitivamente va a ser aprobado (por ello se exige que se solicite, por dicha Administración competente para la aprobación «inmediatamente antes de la aprobación definitiva»).

También, pues, desde esta segunda perspectiva, el motivo debería ser acogido por cuanto -al margen de su carácter no vinculante del informe en el supuesto de autos la solicitud- del mismo, prevista en el artículo 117.2 de la LC y 210 de su Reglamento por parte del Ayuntamiento, resultaba imprescindible para la posterior aprobación del Estudio de Detalle, sin que tal trámite resulte cumplimentado en los términos legal y reglamentariamente exigidos”.

(STS de 11 de noviembre de 2008. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 57/2009).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. Agricultura. Encomienda de gestión Junta de Andalucía – FAGA.

La cuestión a resolver se contrae a determinar si la Junta de Andalucía tiene o no la consideración de sujeto pasivo del I.V.A. en las actuaciones de intervención y regulación de mercados que lleva a cabo el FAGA en virtud del convenio de encomienda de gestión suscrito entre el Estado y la Administración autonómica el 21 de febrero de 1996 y cuyo traspaso de medios personales, materiales y créditos presupuestarios para la llevanza de dicha encomienda de gestión tuvo lugar mediante Real Decreto 511/1996, de 15 de marzo. La Administración autonómica a través del FAGA no realiza las actuaciones de gestión a que se refiere el párrafo anterior en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

(St. de 6 de octubre de 2009. Sala de Sevilla Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 3 de marzo de 2006, actuando como órgano unipersonal, desestimando las reclamaciones nº 41-05638 y 05639-2005, acumuladas, interpuestas contra las resoluciones de la Administración de Tomás de Ibarra de Sevilla de la A.E.A.T. practicando liquidaciones provisionales y declarando la no procedencia de las devoluciones solicitadas por el Fondo Andaluz de Garantía Agraria (FAGA) en relación con el I.V.A., ejercicios 2002 y 2003, por importe de 1.127.396,92 € y 274.664,23 €, respectivamente.

La cuestión a resolver se contrae a determinar si la Junta de Andalucía tiene o no la consideración de sujeto pasivo del I.V.A. en las actuaciones de intervención y regulación de mercados que lleva a cabo el FAGA en virtud del convenio de encomienda de gestión suscrito entre el Estado y la Administración autonómica el 21 de febrero de 1996 y cuyo traspaso de medios personales, materiales y créditos presupuestarios para la llevanza de dicha encomienda de gestión tuvo lugar mediante Real Decreto 511/1996, de 15 de marzo.

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

Considera la Junta de Andalucía que la encomienda de gestión que lleva a cabo el FAGA, en cuanto organismo pagador de los gastos correspondientes a la Política Agrícola Común en Andalucía, función atribuida por el Decreto 332/1996, de 9 de julio, debe ser interpretada a la luz de la doctrina constitucional en cuanto al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia que se trata. En concreto se expone que en lo referente a la ejecución del Derecho Comunitario Europeo en el ámbito interno del Estado han de seguirse los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias, sin que esta sea una competencia nueva del Estado. De este modo, se citan diversas sentencias del Tribunal Constitucional que vienen en definitiva a señalar que la competencia del Estado que en materia de agricultura puede asumir el Estado, en particular en las condiciones de otorgamiento de ayudas comunitarias, en virtud de su título competencial sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE) ha de limitarse hasta donde lo consienta la competencia general básica o de coordinación citada, dejando siempre un margen a las Comunidades Autónomas para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación, correspondiendo como regla general a las Comunidades Autónomas la gestión de los fondos comunitarios.

De este modo, continúa la Administración demandante, nos encontraríamos que la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través del FAGA, es la que lleva a cabo las operaciones de compra y almacenamiento; recepción y aceptación de ofertas, así como la realización de los pagos correspondientes y la devolución de las fianzas presentadas, además de la llevanza de la contabilidad de los productos adquiridos y todo ello en virtud de la competencia exclusiva que le viene atribuida, en general por el bloque de la constitucionalidad, y en particular por el Real Decreto 511/1996 y que obligan a una reinterpretación del convenio de encomienda de gestión.

Sobre esta premisa, se señala en la demanda que la Junta de Andalucía tendría la consideración de sujeto pasivo del I.V.A. en las operaciones de compra y venta de productos que lleva a cabo en el ejercicio de la actividad de intervención de productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de dichos productos, según resulta del art. 5 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del tributo, cumpliendo además las obligaciones que a los sujetos pasivos establece el art. 164 y presentando el FAGA declaración censal y solicitud de un nuevo NIF. Entiende por tanto la actora que el FAGA realiza las operaciones de compra y venta de productos sujetos a intervención, no en nombre y por cuenta del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA), organismo estatal de coordinación, sino que es el Fondo Andaluz el que decide cómo, cuánto y a quién comprar y vender con sujeción exclusiva a las normas comunitarias que integran la llamada Política Agraria Comunitaria y ello en virtud de una competencia propia y no como prestador de servicios al Estado.

Con la argumentación referida en el fundamento anterior, la Administración autonómica viene a instar de este Tribunal que respecto del Convenio

de 21 de febrero de 1996 por que el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en el marco de la normativa comunitaria europea y de la nacional que le compete, encomienda a la Comunidad Autónoma de Andalucía la gestión de actuaciones de intervención y regulación de mercados, lleve a cabo una interpretación del mismo que vaya más allá de lo que naturalmente resulta del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esa pretensión, además, supone trasladar a esta Sala, obviando al Tribunal Constitucional, la responsabilidad de un pronunciamiento sobre cuales sea el alcance particular de la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de agricultura en el marco de la normativa comunitaria europea que venga a desnaturalizar lo convenido el 21 de febrero de 1996 entre el Gobierno de la Nación y la Junta de Andalucía y todo ello sin que por la Comunidad Autónoma de Andalucía, si considera que es una competencia exclusiva suya, hubiera denunciado el Convenio poniendo de manifiesto al Ministerio la voluntad de que se deje sin efecto la encomienda, haciendo uso de la cláusula Décima del Anexo del Convenio. La vigencia del Convenio de 21 de febrero de 1996 durante los periodos a que se refieren las liquidaciones tributarias determina que sea en la interpretación de su contenido y de la figura de la encomienda de gestión, en relación con la normativa reguladora del I.V.A., los parámetros a considerar para la resolución de la cuestión objeto del presente proceso.

En tal sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84, apartado uno, número 1º, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido serán sujetos pasivos de dicho Impuesto las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al Impuesto, precisando el artículo 5, apartado dos de la misma Ley, que son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos, o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En este mismo precepto, se definen los empresarios o profesionales como las personas que realicen las mencionadas actividades empresariales o profesionales. Dicho precepto es de aplicación general y, por tanto, también a los entes públicos que, consecuentemente, tendrán la condición de empresarios cuando ordenen un conjunto de medios personales y materiales, con independencia y bajo su responsabilidad, para desarrollar una actividad empresarial o profesional, sea de fabricación, comercio, de prestación de servicios, etc., mediante la realización continuada de entregas de bienes o prestaciones de servicios, asumiendo el riesgo y ventura que pueda producirse en el desarrollo de la actividad.

Como excepción a lo señalado en los párrafos anteriores, el propio artículo 5 de la Ley 37/1992 dispone que no tendrán la consideración de empresarios o profesionales quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, salvo que se trate de sociedades mercantiles.

A su vez dispone el número 8º del artículo 7 de la Ley 37/1992, que estarán sujetas al impuesto sobre el Valor Añadido, en todo caso, las entregas de bienes y prestaciones de servicios que los entes públicos realicen en el ejercicio de la actividad de intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de estos productos y el apartado uno del artículo 8 precisa que se considerará entrega de bienes la transmisión del poder de disposición sobre bienes corporales, incluso si se efectúa mediante cesión de títulos representativos de dichos bienes y el apartado uno del artículo 11 señala que a los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, se entenderá por prestación de servicios toda operación sujeta al citado tributo que, de acuerdo con esta Ley, no tenga la consideración de entrega, adquisición intracomunitaria o importación de bienes.

Por otro lado la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común contempla en su artículo 15 la "encomienda de gestión" disponiendo que:

1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

3. La encomienda de gestión entre órganos administrativos o Entidades de Derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o Entidades intervinientes. En todo caso el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicado, para su eficacia, en el Diario Oficial correspondiente.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

4. Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y Entidades de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades Autónomas por las Diputaciones Provinciales o, en su caso, Cabildos o Consejos insulares, que se registrá por la legislación de Régimen Local.

5. El régimen jurídico de la encomienda de gestión que se regula en este artículo no será de aplicación cuando la realización de las actividades enumeradas en el apartado primero haya de recaer sobre personas físicas o jurídi-

cas sujetas a Derecho privado, ajustándose entonces, en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o Entidades de esa naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.”

En los casos en que la “encomienda de gestión” se produce entre distintas Administraciones, el artículo 15 de la Ley 30/1992 la configura como una relación jurídico pública de carácter contractual y bilateral.

Los sujetos de la referida relación jurídica de contrato de encomienda son dos: la Administración encomendante y la Administración encomendada. La Administración encomendante adquiere, en virtud del convenio de encomienda, el derecho a que la Administración encomendada efectúe en su favor la prestación objeto del contrato, prestación a cuya realización queda obligada esta última en virtud del mismo convenio.

El objeto de la relación jurídica establecida entre la Administración encomendante y la Administración encomendada es la realización por esta última, en favor de la primera, de “actividades de carácter material, técnico o de servicios”. Tales actividades de carácter material, técnico o de servicios que la Administración encomendada se compromete a realizar en favor de la Administración encomendante son competencia de esta última, no suponiendo la encomienda de gestión ni la cesión de la titularidad de la competencia ni la de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad de la Administración encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad objeto de la encomienda.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto en relación con la naturaleza de la encomienda de gestión, en aquellos casos en que para la realización de su objeto la Administración encomendada deba efectuar determinadas actuaciones respecto a terceros que competen a la Administración encomendante, hay que entender que la Administración encomendada actúa frente a los referidos terceros en nombre de la Administración encomendante, dado que tales actuaciones son competencia de esta última Administración, quien no trasmite a la Administración encomendada ni la titularidad de la referida competencia ni los elementos sustantivos del ejercicio de la misma, y que, además, todo ello es de conocimiento general puesto que el convenio de encomienda, para resultar eficaz, debe publicarse en el Diario Oficial que corresponda.

Así, en el caso del convenio de encomienda de gestión que tratamos, la actuación de la Administración autonómica (FAGA), en cuanto administración encomendada frente a terceros (agricultores, ganaderos u otros empresarios) en la realización de compras y ventas de productos a estos últimos, se realiza en nombre de la Administración encomendante (Ministerio de Agricultura-Fondo Español de Garantía Agraria). Por consiguiente, a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, es la referida Administración encomendante:

- la destinataria de las entregas de bienes en las operaciones de adquisición de los productos a terceros,
- quien realiza las entregas de tales bienes en las operaciones de venta o cesión a título gratuito de dichos bienes a otras personas,
- y quién, por tanto, realiza las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas al impuesto en el ejercicio de la actividad de intervención sobre productos agropecuarios dirigida a la regulación del mercado de tales productos, a que se refiere el artículo 7, número 8º de la Ley 37/1992,

Por tanto, la Administración autonómica a través del FAGA no realiza las actuaciones de gestión a que se refiere el párrafo anterior en el ejercicio de una actividad empresarial o profesional a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido. En particular, debe tenerse en cuenta a este respecto lo previsto en la letra a) del apartado uno del artículo 5 de la Ley 37/1992, según el cual, y salvo en el caso de las sociedades mercantiles, no tendrán la consideración de empresarios o profesionales a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido quienes realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito, circunstancia esta que concurre en el caso de la actividad realizada por el FAGA en favor de la Administración encomendada, razón por la cual no procede la deducción pretendida.

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Valoraciones de suelo urbanizable. Prevalencia del acuerdo del Jurado pese a su falta de motivación.

(St de 17 de noviembre de 2009. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

Se impugna en el presente proceso sendos acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Cádiz, en sesión celebrada el día 5 de mayo de 2006, fijando en la cantidad de 60.982,74 €, incluido premio de afección, el justiprecio correspondiente a la expropiación de 16.133 m² y en 2.238,84 € el justiprecio correspondiente a la ocupación durante tres años de una parcela de 2.073 m² por parte de la Dirección General de Ferrocarriles del Ministerio de Fomento con motivo de la ejecución del proyecto denominado "Línea Férrea Sevilla-Cádiz. Tramo Aeropuerto de Jerez de la Frontera. Duplicación Vía. Subtramo El Portal".

Fundamenta el Jurado de Expropiación su valoración en el informe emitido por el Arquitecto de la Hacienda Pública del Estado que forma parte del mismo y que se ha basado en los valores catastrales, corregido su desfase respecto de los valores de mercado de la zona, dada la clasificación del suelo como urbanizable no programado. De esta forma valora el metro cuadrado

expropiado en 3,60 € y otorga un 10% de dicho valor por la ocupación temporal multiplicado por el número de años en que permaneció ocupada.

En la demanda se reprocha al acuerdo valorativo su falta de motivación y que el mismo se fundamente en el dictamen de un Arquitecto cuando su valoración atiende a la propia de un suelo no urbanizable. Su pretensión, elevando el justiprecio a la cantidad de 962.466,86 €, parte de la consideración de que aunque el suelo se encuentre clasificado como urbanizable no programado, su posición estratégica en contacto directo con el suelo urbano delimitado, determina que su valor sea muy superior. Así, cita la aprobación el 14 de noviembre de 2005 por el Ayuntamiento de Jerez de la Frontera del Avance de la Revisión-Adaptación del PGOU que prevé a ambos lados del trazado ferroviario incluir la finca de los actores dentro de una zona de crecimiento con uso global residencial, así como la firma de un Convenio urbanístico con la Gerencia Municipal de Urbanismo de fecha 2 de diciembre de 2004 considerando conveniente la incorporación de los terrenos al proceso urbanizador según las determinaciones que resulten del planeamiento general. Igualmente menciona un Acuerdo de la G.M.U de 25 de mayo de 2005 en que se aprueba la oferta pública para la adquisición de terrenos destinados a Patrimonio Municipal de Suelo, un Convenio de fecha 28 de diciembre de 2005 sobre cesión de derecho de opción de compra en el marco de la oferta referida y la circunstancia de que la aprobación inicial del PGOU-Revisado tuviera lugar por el Pleno de fecha 26 de septiembre de 2006.

Con las referencias citadas, los actores entienden que ha de estarse al informe valorativo realizado por la empresa Tasaciones Hipotecarias S.A. y que acompañó con su hoja de aprecio, al mismo tiempo que muestra su perplejidad e indefensión por el hecho de que el Arquitecto designado para la práctica de la prueba pericial propuesta por los demandantes, no haya efectuado valoración alguna del terreno expropiado sobre la consideración de que al tratarse de suelo no urbanizable, de uso agrícola, con cosechas de remolacha y trigo, no es el técnico más cualificado para determinar el justiprecio, correspondiendo dicha tarea a un ingeniero agrónomo o ingeniero técnico agrícola en cuanto profesionales de mayor cualificación.

Según resulta del expediente administrativo, y es un hecho no negado por los demandantes, en el momento de iniciación del expediente de justiprecio al que hay que referir la valoración del terreno expropiado, resultaba de aplicación la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, en su redacción dada por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, y la clasificación del suelo expropiado, situado en el Plan Área 1 "Hijuela de Pino Solete", según el planeamiento vigente (PGOU aprobado el 22 de marzo de 1995), era la de suelo urbanizable no programado de uso agrario, labor secano.

Sobre la base anterior, el art. 27.2 de la Ley 6/98 determina que el valor del suelo urbanizable, no incluido por el planeamiento en los ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su

desarrollo, y hasta tanto no se apruebe el planeamiento de desarrollo que establezca la legislación urbanística, se determinará en la forma establecida para el suelo no urbanizable, sin consideración alguna de su posible utilización urbanística. Hay por tanto una remisión a lo establecido en el art. 26 de igual norma que contiene los criterios de valoración del suelo no urbanizable y que son el método de comparación a partir de valores de fincas análogas o, en su defecto, el de capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo.

La aplicación de la normativa citada al presente supuesto determina que no puedan ser tomadas en consideración, a efectos valorativos, todas las referencias que los actores llevan a cabo en la demanda sobre acuerdos municipales de revisión del planeamiento o convenios urbanísticos que, en cualquier caso, siempre son de fecha posterior a la de referencia de la valoración de la superficie afectada por la expropiación. Esta circunstancia conduce a que el informe emitido por la empresa Tasaciones Hipotecarias S.A. no pueda considerarse idóneo en cuanto que utiliza para valorar el suelo el método residual dinámico, inaplicable al terreno expropiado que, como ya dijimos, se encontraba clasificado como suelo urbanizable no programado y, por consiguiente, con necesidad de ajustarse al método de comparación o, en todo caso, al de capitalización de rentas.

Por otro lado, el informe pericial resultado de la prueba practicada tampoco aporta valoración alguna que pueda ser tomada en consideración por este Tribunal al considerar el Arquitecto informante que no es profesional idóneo dada la clasificación del suelo. Esta prueba ha sido practicada por el profesional con la titulación que los actores han escogido y practicada con las formalidades exigidas por las normas procesales, sin que en ningún instante, pese a apuntarlo esta Sala, se hubiera solicitado por los recurrentes aclaración alguna por el perito informante, limitándose a solicitar la nulidad y cuya desestimación obra en las actuaciones.

Por otro lado nos encontramos con que el acuerdo del Jurado de Expropiación no es ciertamente completo en la exposición de los criterios seguidos para valorar el terreno expropiado, limitándose a señalar que atiende a los valores catastrales corregidos respecto del valor del mercado y, además, tal conclusión no es sino la aceptación del informe emitido por el vocal, Arquitecto de la Hacienda Pública del Estado, que ciertamente no es el profesional con titulación más cualificada para la valoración dada la clasificación del suelo, si bien tampoco la parte actora ha solicitado la declaración de nulidad de dicho acuerdo con fundamento en una defectuosa composición del mismo.

Llegados a este punto, dada la obligación de resolver, lo cierto es que por los recurrentes en ningún instante se ha aportado informe ajustado a los criterios legales de valoración contenidos en la Ley 6/98, y que el aportado con la hoja de aprecio llega a resultados de todo punto desproporcionados al valorar en cerca de un millón de euros un terreno destinado a labor de secano con una superficie de 16.133 m². De aquí que debamos confirmar el

acuerdo del Jurado de Expropiación, no obstante la falta de precisa y completa motivación de su acuerdo, dado que es la única valoración que viene a seguir el método fijado legalmente, unido al hecho de ser un órgano especializado y de composición de intereses que concluye con un resultado valorativo que puede calificarse de razonable.

XII EXPROPIACIÓN FORZOSA

Suelo urbanizable. Criterios de valoración. Valor real-Valor fiscal. Doctrina general.

(St de 3 de noviembre de 2009. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

Interponen inicialmente los actores recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla de 7 de julio de 2005 sobre valoración de los bienes expropiados en el expediente de fijación de justiprecio SE-45/04-CV, ampliándolo posteriormente al acuerdo de fecha 6 de octubre de 2005 que estimaba parcialmente el recurso de reposición formulado por el Ayuntamiento de Sevilla.

En la demanda se insta, como pretensión principal, la declaración de nulidad de los acuerdos citados así como el del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla, adoptado en sesión celebrada el 22 de febrero de 2001, aprobando definitivamente el expediente tramitado por el sistema de tasación conjunta de los bienes y derechos incluidos en el ámbito del Plan Especial, Parque de Los Bermejales. Como pretensión subsidiaria se insta la declaración de nulidad de las resoluciones de la Comisión Provincial de Valoraciones y que en su lugar se declare mayor superficie expropiada que la valorada por dicho órgano, así como un mayor justiprecio que el concedido.

Las Administraciones demandadas alegan la inadmisibilidad parcial del recurso contencioso-administrativo al entender que no cabe solicitar la nulidad del acuerdo del Ayuntamiento-Pleno de Sevilla aprobando definitivamente el expediente expropiatorio, cuando el mismo no fue objeto de impugnación en el recurso contencioso-administrativo por lo que se habría incurrido en desviación procesal.

Es cierto que el proceso contencioso-administrativo no permite la “desviación procesal”, la que se produce cuando se plantean en sede jurisdiccional cuestiones nuevas (no motivos), respecto de las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, por ser una petición o pretensión que no fue objeto de la resolución administrativa impugnada y no alterar la función esencialmente revisora de la Jurisdicción respecto de la actuación administrativa, sin que a ello se oponga lo preceptuado en los arts. 33.1 y 56.1 de la LJCA, al determinar respectivamente que: “esta Jurisdicción juzgará dentro

del límite de las pretensiones de las partes y de las alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición” y que “en los escritos de demanda y de contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de los cuales pueden alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste”, pues si dichos preceptos autorizan nuevas alegaciones o motivos nuevos, en manera alguna permiten pueda alterarse, reformarse ni menos adicionarse a la pretensión o petición, peticiones que no se discutieron en vía administrativa y que ni siquiera se formularon en ella. Sin embargo lo que la Ley Jurisdiccional sí permite es la alteración de los fundamentos jurídicos aducidos ante la Administración, de tal suerte que el escrito de demanda, dejando intacta la cuestión suscitada ante dicha vía previa, puede albergar razones y fundamentos diversos a los expuestos en el expediente de gestión y en la reclamación económico-administrativa antecedente de la litis, no produciéndose entonces una discordancia objetiva entre lo pedido, pretendido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional.

En el supuesto aquí debatido, ciertamente el objeto de impugnación, determinado en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, viene a ser el acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla fijando el justiprecio, sin que se hiciera mención alguna al del Pleno del Ayuntamiento de Sevilla aprobando definitivamente el expediente expropiatorio por el sistema de tasación conjunta. Sin embargo, si ahondamos en los motivos de impugnación y los argumentos en función de los cuales se solicita la declaración de nulidad del acuerdo de Pleno municipal advertimos que en realidad son los mismos en virtud de los cuales los actores vienen a sostener su oposición al acuerdo valorativo, o al menos a parte de él. En particular, una de las discrepancias fundamentales de los demandantes con el acuerdo del órgano de valoración radica en que éste, al estimar parcialmente el recurso de reposición formulado por el Ayuntamiento de Sevilla, considera que no debe entrar a valorar la superficie de 1.032,80 m² que menciona bajo la denominación de Subsector B), al que no constar acreditada la propiedad, valoración que sin embargo sí llevó a cabo en su primer acuerdo.

Los actores vienen a sostener que hay prueba suficiente de que son los legítimos propietarios de la superficie de terreno de 1.032,80 m² no valorada por la Comisión Provincial e instan en tal sentido la nulidad del acuerdo de dicho órgano y lo refieren también al del Ayuntamiento-Pleno de Sevilla que tampoco vino a reconocer la propiedad de los actores, entendiéndose las actuaciones con el Ministerio Fiscal. En definitiva, la cuestión se limita a determinar si hay prueba acreditativa de la propiedad de los actores sobre los terrenos del denominado Subsector B). Una respuesta afirmativa a dicha cuestión determinaría necesariamente la declaración de nulidad del acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones, entrando la Sala a determinar el justiprecio de dicho terreno, con la inevitable consecuencia de modifica-

ción del acuerdo municipal de aprobación definitiva del expediente expropiatorio que debería reconocer dicha titularidad. Existe por consiguiente una ineludible vinculación en la suerte del examen de legalidad del acuerdo de valoración y el de aprobación del expediente expropiatorio que justifica que la impugnación jurisdiccional alcance también el contenido de este último, limitado al aspecto controvertido de determinación de la superficie expropiada de la que son titulares dominicales los demandantes, y que, a su vez, imposibilita la estimación de la pretensión de declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por desviación procesal.

La finca expropiada y ubicada en Los Bermejales (Sevilla) tiene una superficie total de 1.961 m². Sobre dicha superficie total se reconoce, por ser titular registral, la propiedad de D. R.L.E. sobre 928,20 m², así como la condición de representante de la sociedad civil "C. V." que gestiona una construcción destinada a negocio de hostelería y también expropiada. El resto (1.032,80 m²) se consideran de titularidad desconocida, habiéndose entendido las actuaciones con el Ministerio Fiscal.

Los expropiados consideran que son propietarios de la totalidad de la superficie expropiada y, si bien hay reconocimiento expreso de que sólo hay inscrita registralmente la superficie de 928,20 m², del resto hay una posesión de forma pública y notoria pues la totalidad del terreno fue adquirido por D. R. L. de su madre D^a M.E. mediante contrato privado de compraventa en el año 1980, si bien dicho documento no se aporta. Igualmente refiere el actor que sobre dicho terreno tenía instalado el negocio de bar y restauración bajo la denominación de "V. C. V.", con una edificación cuya superficie construida era de 578 m², aportando diversas autorizaciones administrativas (de apertura de la actividad, de suministro de agua etc). Ya en periodo probatorio se aporta sendas copias simples de documentos notariales de fecha 29 de julio de 2002 y 26 de enero de 2006 en que por el mismo Notario se realiza un juicio de notoriedad a requerimiento de D. R.L. sobre la superficie total de la finca que dice es de 1.972,02 m² y poseída a título de dueño, quieta, pacífica e ininterrumpidamente por el requirente desde el año 1980.

Dispone el art. 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, que las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación. A continuación añade que "salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales, o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente.

De la documentación aportada se advierte que D. R.L.E., en lo que hace referencia al terreno objeto de expropiación, es titular registral de una finca cuya extensión es de 928,20 m² según resulta del auto de 20 de enero de 1995 del Juzgado de Primera Instancia en expediente de dominio y que el

dominio fue adquirido mediante contrato privado de compraventa de fecha 20 de junio de 1980 por compra a su madre D^a M.E.V. Precisamente sobre dicha parcela se ubica la construcción destinada a bar y restaurante, pero respecto del resto de terreno expropiado (1.032,80 m²) tan sólo se aporta como documento acreditativo de su posesión pública y notoria las actas de notoriedad levantadas por fedatario público, sin que se hubiera realizado actuación alguna tendente a verificar la inscripción registral a su favor. En esa situación de escasa aportación probatoria de la titularidad dominical, la decisión de la Administración expropiante de entender las actuaciones con el Ministerio Fiscal debe calificarse como correcta, siguiendo en este punto las indicaciones de los arts. 5 LEF y 51 REF, pues, al margen de que en su día pudiera afirmarse el dominio del actor adquiriendo la condición de titular registral, lo cierto es que suscita importantes dudas el hecho de que afirmando D. R. L. que adquiere de su madre la totalidad de la finca junto con el negocio de restauración, sin embargo sólo lleva a cabo la inscripción registral de 928,20 m², siendo ésta la superficie declarada a efectos impositivos y objeto del ulterior expediente de dominio iniciado a su instancia.

Entrando en la valoración de los bienes expropiados y limitada en lo que se refiere a la superficie expropiada a los 928,20 m² tantas veces citados, la Comisión Provincial de Valoraciones consideró que el justiprecio por dicho concepto, incluido premio de afección, debería ser de 62.686,92 €, calculándolo en virtud del art. 27.2 de la Ley 6/98, para el suelo urbanizable programado, por aplicación al aprovechamiento urbanístico del valor básico de repercusión en polígono deducido de las ponencia de valores catastrales.

Por su parte los expropiados, si bien refieren su pretensión a la valoración contenida en la hoja de aprecio presentada por la Sociedad Civil "C. V.", o, subsidiariamente, a la aportada por D. R.L., sin embargo, en orden a los argumentos que invocan para instar un mayor valor del suelo se remiten en exclusiva al resultado de la comprobación de valores practicada por la Junta de Andalucía a efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados con ocasión del expediente de dominio que determinó la inscripción registral de la superficie cuya valoración se trata. No es preciso por tanto entrar en un análisis comparativo de la valoración llevada a cabo por la Comisión Provincial de Valoraciones y la contenida en el informe técnico suscrito por Arquitecto que aportaron los recurrentes con su hoja de aprecio, puesto que los demandantes no fundamentan su pretensión en la más adecuada valoración de dicho dictamen, sino en la prevalencia del valor otorgado por la Administración sobre el fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones.

Planteada la cuestión en estos términos, ya la Exposición de Motivos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, señala que "en lo que concierne a los criterios de valoración del suelo, la Ley ha optado por establecer un sistema que tra-

ta de reflejar con la mayor exactitud posible el valor real que el mercado asigna a cada tipo de suelo, renunciando así formalmente a toda clase de fórmulas artificiosas que, con mayor o menor fundamento aparente, contradicen esa realidad y constituyen una fuente interminable de conflictos, proyectando una sombra de injusticia que resta credibilidad a la Administración y contribuye a deslegitimar su actuación”, añadiendo posteriormente que “a partir de ahora, no habrá ya sino un solo valor, el valor que el bien tenga realmente en el mercado del suelo, único valor que puede reclamar para sí el calificativo de justo que exige inexcusablemente toda operación expropiatoria”.

Sobre esta base, la Ley 6/98 establece distintos métodos de determinación de ese valor real o de mercado en función de la clase de suelo. En particular, en lo que hace referencia al suelo urbanizable incluido en ámbitos determinados por el propio planeamiento, se parte de los valores catastrales pero siempre que estos reflejen los valores de mercado. La determinación de cual sea el valor real o de mercado es precisamente lo que justifica que, al amparo de la previsión contenida en el art. 46 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pueda la Administración comprobar el valor declarado por el contribuyente y fijar a efectos tributarios su valor real o de mercado, base de la imposición. De aquí que, llevada a cabo la comprobación de valores, y sin que se advierte circunstancia alguna modificativa de la clasificación del suelo en el momento de la transmisión respecto al de la expropiación, el valor que a efectos expropiatorios debe adjudicarse al terreno debe ser coincidente con el fiscal, constituyendo éste último un valor de garantía o mínimo. Por tanto el valor de los 928,20 m² de suelo expropiado, en la medida en que de las alegaciones vertidas por los expropiados se infiere que solicitan que el justiprecio coincida con el valor fiscal reseñado, aunque el reflejado en el informe técnico que aporta sea inferior, debe ser, incluido premio de afección, de 205.013,34 € en cuanto que hay que considerarlo como el valor solicitado en vía administrativa por los expropiados.

En cuanto a la construcción, se discrepa del volumen edificado y expropiado así como del valor adjudicado. Respecto de la primera cuestión, consideran los expropiados que sobre el total construido únicamente habría que excluir la superficie referida a las obras judicialmente declaradas ilegales y que limita a 19,50 m² de ampliación por colmatación en planta baja, 25,50 m² por remonte sobre planta baja y cerramiento y barandilla metálica. Sin embargo, la Gerencia de Urbanismo aporta sentencia de la Sección 2ª de esta Sala que, confirmando la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Sevilla, acredita que las obras declaradas ilegales son muy superiores a las consideradas por los demandantes y junto con las reconocidas determinan que el volumen de la construcción que debe ser valorado coincide con lo que como tal considera la Comisión Provincial de Va-

loraciones. Esta circunstancia, unido a que ningún argumento se incluye en la demanda dirigido a impugnar el acierto valorativo contenido en el acuerdo impugnado, determina que debe ser confirmado el mismo en tal extremo.

El acuerdo de la Comisión Provincial de Valoraciones incluye otros conceptos a indemnizar tales como indemnización por cese de la actividad, desmontaje, carga y descarga, transporte y nuevo montaje, por pérdida de beneficios, pérdida de clientela y gastos generales y tasas, honorarios y dirección de obra, cuya cuantificación en 15.747,31 € no puede afirmarse que sea impugnada por los actores por cuanto en la demanda no se incluye argumento alguno dirigido a desvirtuar el resultado valorativo referido, salvo la genérica e imprecisa remisión a la valoración efectuada por los expropiados durante la sustanciación del procedimiento de tasación conjunta y que, examinada, tampoco puede afirmarse que sea más completa o acertada que la muy minuciosa y detallada valoración realizada por el órgano especializado que es la Comisión Provincial de Valoraciones.

Donde si muestra su desacuerdo la demandante es en la no concesión del 5% del premio de afección sobre el total de las indemnizaciones referidas. Asiente el expropiado con la afirmación del Ayuntamiento, aceptada por la Comisión, de que el premio de afección no resulta de aplicación a las cantidades fijadas como indemnización por traslado de actividad cuando el titular de la misma lo es también de la parcela expropiada en que se ubica. La discrepancia surge en la medida en que entiende que tal coincidencia no se presenta aquí por cuanto D. R.L. es propietario exclusivo del suelo en tanto que el negocio es titularidad de la Sociedad Civil "V. C. V." de la que forma parte también su cónyuge. Sin embargo, con esta afirmación viene a reconocerse precisamente la coincidencia referida de titularidades en suelo y negocio, aunque lo sea de forma parcial de modo que en su totalidad lo sea respecto al suelo y en la mitad cabe presumir que lo sea respecto al negocio. Esta circunstancia basta para considerar que el premio de afección no debe añadirse a la indemnización por traslado de la actividad comercial pues el mismo no es susceptible de aplicación proporcional en función del porcentaje de participación en el dominio, sino únicamente computable cuando existe una completa diferenciación entre propietarios de uno y otro concepto.

Como conclusión de lo expuesto, el justiprecio fijado por la Comisión Provincial de Valoraciones debe ir referido, en cuanto al suelo expropiado, a la superficie de 928,20 m² como de indubitada propiedad del expropiado D. Rafael López Ernesto, si bien el valor debe ascender a la cantidad total, incluido premio de afección, de 205.013,34 € que sumados a los 58.726,38 € de las construcciones, 15.747,47 € por traslado de la actividad, 298,76 € por plantaciones y 975,49 € por cerramiento, arroja un total s.e.u.o de 280.761,44 € incluido el premio de afección.

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Comisión de valoración. Negativa a iniciar expediente de fijación de justiprecio. La existencia de propiedad litigiosa no exime de la obligación de fijar el justiprecio de los bienes y derechos expropiados, sin perjuicio de entenderse las diligencias con el Ministerio Fiscal en los términos que resultan del art. 5 LEF. En el presente caso la cuestión no va referida a determinar quien es el propietario de los terrenos expropiados, sino a si realmente ha existido expropiación por vía de hecho en cuanto a los destinados a cementerio municipal y si se debió de iniciar el procedimiento expropiatorio respecto del resto ante la falta de ejecución del planeamiento.

(St. de 22 de septiembre de 2009. Sala de Sevilla. Ponente. Vázquez García. Se transcribe completa)

Mediante escrito remitido a la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, la entidad actora señalaba que era propietaria registral de una finca sita en el término municipal de Lora de Río, quedando de matriz 22.392 m², de los cuales, 7.714 fueron incluidos en el PGOU de dicha localidad como Sistema General adscrito al primer cuatrienio, bajo la denominación S.G. 1.2. A. G. y cuya valoración ya había sido solicitada de la Corporación municipal el 3 de octubre de 2002. Los 14.678 m² restantes fueron ocupados por vía de hecho por el Ayuntamiento dándoles el uso de cementerio municipal. De aquí que solicite que por el órgano de valoración se fije el justiprecio del terreno indicado en la cantidad de 2.912.168 €

La solicitud referida da lugar al inicio de expediente de fijación de justiprecio SE-23/06-CV, iniciado por Ministerio de la Ley a instancias de la actora y finaliza por acuerdo, en sesión celebrada el día 16 de octubre de 2006, de la Comisión Provincial de Valoraciones de Sevilla, objeto del presente proceso, y en el que se resuelve no iniciar el expediente de determinación de justiprecio a la vista de la existencia de titularidad litigiosa sobre la mayor parte de la finca objeto del expediente, siendo ésta una cuestión que excede de las competencias de dicha Comisión, requiriéndose previamente reconducir la cuestión a la jurisdicción civil a fin de aclarar la titularidad.

Considera la entidad actora que es legítima propietaria de los 22.392 m² cuya justiprecio se solicita, según se acredita por la nota simple del Registro de la Propiedad, gozando de las garantías establecidas en el art. 38 de la Ley Hipotecaria. Por otro lado, la negativa del Ayuntamiento de Lora del Río a reconocer a la demandante como propietaria de gran parte de esos terrenos, considera Cajasur S.A. que, en todo caso, convierte el tema de la propiedad en dudoso, pero no en litigioso, con la consiguiente obligación de la Comisión Provincial de Valoraciones de fijar el justiprecio, al margen de la cuestión última relativa a su entrega al legítimo propietario.

Conviene examinar separadamente la pretensión actora según se trate de la parte del terreno destinado a cementerio municipal de aquella a la que el planeamiento municipal destina a sistema general.

En cuanto a los 14.678 m² cuyo uso actual es el de cementerio municipal, el Ayuntamiento de Lora del Río afirma que desde tiempo inmemorial la Corporación local era propietaria de una finca destinada a cementerio con una superficie de 15.032 m². En febrero de 1989 se decide ampliar el cementerio, adquiriendo a D. S. G. M. unos 17.000 m² de su finca colindante de la que era propietario, cuyo acuerdo de adquisición y mandamiento de pago obra documentalmente justificado a los folios 59 a 61 del expediente administrativo. Existiría por tanto una adquisición anterior a la que Cajasur invoca con la nota simple del Registro que aporta.

Respecto del resto del terreno cuya valoración se solicita, el Ayuntamiento demanda reconozca que la propiedad de la entidad Cajasur se limita a los terrenos que, según un croquis que aporta, figuran como fincas D y E, cuya extensión es de 201,80 m² y 3.085 m², respectivamente. No obstante, incluso respecto a esos 3.287,65 m² y que nunca fueron ocupadas por el Ayuntamiento, tampoco existiría la posibilidad de su valoración forzosa en cuanto que no es sino desde la entrada en vigor el 9 de octubre de 2005 del PGOU, aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Sevilla en sesión celebrada el día 19 de octubre de 2005, cuando el terreno de la finca D se clasifica como sistema general 1.2 "Arroyo Gómez", destinados a espacios libres mediante transferencia de aprovechamientos y adscrito al Área de Reparto nº 1 de suelo urbanizable sectorizado y el correspondiente a la finca E se encontraría clasificado como suelo urbano no consolidado, integrado en la Unidad de Ejecución UE-6 "Avenida de Pleñaflor", destinado a uso de polígono comercial, previsto su desarrollo por el sistema de compensación e incluido en el primer cuatrienio de programación. De aquí que la solicitud dirigida por la actora a la Corporación local el 3 de octubre de 2002, invocando el art. 202.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 1/1992, de 26 de junio, respecto de las fincas D y E resulte inoperante pues a la fecha de vigencia de dicha norma el terreno tenía la clasificación de suelo rústico. Esta circunstancia, junto con la no ocupación de terrenos propiedad de la actora para la ampliación del cementerio municipal, es lo que determinaría la desestimación de la pretensión valorativa contenida en la demanda.

Sobre la base de lo expuesto en los fundamentos anteriores cabe concluir que la existencia de propiedad litigiosa no exime de la obligación de fijar el justiprecio de los bienes y derechos expropiados, sin perjuicio de entenderse las diligencias con el Ministerio Fiscal en los términos que resultan del art. 5 LEF.

Sin embargo, en el presente caso la cuestión no va referida a determinar quien es el propietario de los terrenos expropiados, sino a si realmente ha existido expropiación por vía de hecho en cuanto a los destinados a ce-

menterio municipal y si se debió de iniciar el procedimiento expropiatorio respecto del resto ante la falta de ejecución del planeamiento.

En relación con el terreno que en la actualidad conforma parte del cementerio municipal, la aportación por la entidad actora de una nota simple del Registro de la Propiedad no tiene más valor que el puramente informativo (art. 222-5 Ley Hipotecaria), sin garantía y no dando fe del contenido de los asientos. Hay por tanto un claro déficit probatorio de la propiedad del terreno cuya ocupación por vía de hecho se alega, justificándose así la no iniciación de un procedimiento expropiatorio y consiguiente valoración de bienes y derechos, todo ello sin perjuicio, claro está, que articulada la pretensión reivindicatoria de su propiedad por la actora en la vía civil correspondiente, de estimarse aquella, sí que existirían razones para considerar que nos encontramos ante una ocupación del terreno sin seguir el procedimiento legalmente establecido.

En cuanto a los terrenos que conforman las fincas D y E, según el croquis del Ayuntamiento demandado, lo cierto es que, además de la inaplicabilidad por razones temporales de las previsiones contenidas en el TRLS 1/1992, la falta de ejecución de las previsiones del planeamiento, con transcurso del plazo cuatrienal, sólo podrían referirse una vez aprobado el PGOU actualmente vigente, esto es, iniciando su cómputo desde el mes de febrero de 2006, con lo cual evidentemente dicho plazo no habría transcurrido y siempre, en todo caso, limitándonos a la finca identificada con la letra D y cuyo suelo se clasifica como sistema general, pues respecto de la finca E, el PGOU prevé el sistema de compensación y no el de expropiación. De cualquier forma de correcta ha de calificarse la decisión de la Comisión Provincial de Valoraciones de no iniciar el expediente de determinación del justiprecio y sin que a tal conclusión quepa oponer el hecho de que se hubiera omitido por dicho órgano el trámite de vista a los interesados previsto en el art. 14.3 del Decreto 85/2004, regulador del mismo, pues la entidad actora ha tenido la oportunidad de efectuar cuantas alegaciones ha considerado oportuno respecto de las manifestaciones del Ayuntamiento de Lora del Río, así como de proponer la prueba que hubiera estimado relevante en defensa de su derecho. Existiría, por consiguiente, una mera irregularidad que en ningún supuesto ha provocado indefensión en cuanto requisito imprescindible para la estimación de dicho motivo de nulidad.

No se aprecia temeridad o mala fe que justifique la imposición de costas.

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativo. Facultades del Tribunal para, por razones de economía procesal, que traen su causa en el derecho constitucional a la obtención de una tutela judicial efectiva, entrar a conocer del fondo del asunto, no obstante el vicio esencial de pronunciamiento

detectado o la ausencia de pronunciamiento administrativo, en aquellos casos en los que se dispone de todos los elementos de juicio necesarios para resolver el asunto y, además, no quedan afectados derechos de terceros. Apertura de farmacia. Demora administrativa en el procedimiento de resolución que lleva a la Sala a no imponer las costas de la apelación

(St de 16 de julio de 2009. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

Muestra su discrepancia la apelante con la sentencia dictada en cuanto que no se pronuncia sobre la pretensión de autorización de apertura de oficina de farmacia en la U.T.F. de Los Barrios, invocando para ello la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa que no puede quedar condicionada por el contenido del acto impugnado y que con tal limitación del contenido del fallo de la sentencia se habría vulnerado los arts. 24 y 106 CE.

Al respecto hay que señalar que, en principio, razones de economía procesal, que traen su causa en el derecho constitucional a la obtención de una tutela judicial efectiva, obligan a que los Tribunales entremos a conocer del fondo del asunto, no obstante el vicio esencial de pronunciamiento detectado o la ausencia de pronunciamiento administrativo, en aquellos casos en los que se dispone de todos los elementos de juicio necesarios para resolver el asunto y, además, no quedan afectados derechos de terceros.

En el presente supuesto ni del expediente administrativo ni de la tramitación del recurso contencioso-administrativo se extraen la totalidad de elementos necesarios para un pronunciamiento definitivo sobre la solicitud de autorización de apertura de farmacia pues no podemos dejar de tener presente que nos hallamos ante un procedimiento de concurrencia competitiva donde, junto a la apelante, pudiera haber otros solicitantes con mejor derecho. Es cierto que ha existido un incumplimiento del deber de resolver expresamente todo procedimiento administrativo mediante el dictado de acuerdo que ponga fin al mismo, y, posteriormente, inadmitiendo indebidamente el recurso de alzada formulado contra resolución presunta denegatoria de la solicitud de autorización de apertura de farmacia, la Administración ha colocado a la peticionaria en situación de largo viaje en sede judicial para llegar a ninguna parte, y que incluso se ha desconocido el mandato contenido en el art. 3 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, a cuyo tenor:

1. Corresponde a las Comunidades Autónomas la tramitación y resolución de los expedientes de autorización de apertura de las oficinas de farmacia. Los expedientes se ajustarán a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en las normas autonómicas de procedimiento.

2. La autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento específico que establezcan

las Comunidades Autónomas, en el que se podrán prever la exigencia de fianzas o garantías que –sin perjuicio del respeto a la seguridad jurídica y la correcta tramitación de los procedimientos– aseguran un adecuado desarrollo, en tiempo y forma, de las actuaciones.

Sin embargo estas circunstancias, al margen de cualquier posible reclamación de los perjuicios causados con la demora, no autorizan a este Tribunal para resolver definitivamente la cuestión planteada, esencialmente porque también merecen protección los intereses de terceros, razón por la cual debemos desestimar el recurso de apelación.

Lo expuesto en el fundamento anterior sobre el grave incumplimiento de la Administración de su obligación de resolver en tiempo y forma las solicitudes de autorización de nuevas oficinas de farmacia, justifica, al amparo del art. 139.2 que, no obstante la desestimación del recurso de apelación, no debemos imponer a la parte apelante las costas originadas en esta segunda instancia.

XIV. HACIENDA PUBLICA

IVA. Exención o reducción del tipo a guarderías por actividades de tipo social. Improcedencia.

(St. de 6 de octubre de 2009. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 27 de octubre de 2006 desestimando la reclamación nº 14-00237-2005 formulada contra la liquidación provisional practicada por la Administración de Córdoba-Oeste de la A.E.A.T. en relación con el I.V.A., ejercicio 2003, por importe de 7.911,54 € Según los Estatutos de la Sociedad Mercantil Z. S.L. de fecha 26 de junio de 2002, la misma tiene por objeto los servicios de guardería y ocio infantil, en su caso a través de los profesionales idóneos, habiendo sido modificados por acuerdo social el 22 de diciembre de 2003 en el sentido de añadir a lo anterior “los servicios de peluquería para niño, servicios de cafetería y venta de ropa y regalos para niños”.

Considera la recurrente que al ser una entidad mercantil con ánimo de lucro y no una de carácter social, la actividad que desarrolla no se encuentra exenta del IVA al no resultarle de aplicación la previsión contenida en el art. 20.Uno.8º de la Ley 37/1992. Lo que insta es que se le reconozca la aplicación del tipo reducido del 7% a que se refiere el art. 91.Uno.2.9º de dicha norma ya que la actividad de custodia y atención de niños menores de seis años de edad tienen el carácter social que el precepto exige, al margen de la naturaleza de la entidad que los presta.

Dispone el art. 91.Uno.2.º de la Ley 37/1992, que se aplicará el tipo del 7% a las prestaciones de servicios a que se refiere el art. 20, apartado uno, número 8º, cuando no resulten exentos de acuerdo con dichas normas. La norma a la que se remite declara aplicable la exención del I.V.A. a las prestaciones de servicios de asistencia social que se indican a continuación efectuadas por entidades de Derecho público o entidades o establecimientos privados de carácter social, precisando en su letra a) los servicios de protección de la infancia y de la juventud y considerando como tales las de rehabilitación y formación de niños y jóvenes, la de asistencia a lactantes, la custodia y atención a niños menores de seis años de edad, la realización de cursos, excursiones, campamentos, viajes infantiles y juveniles y otras análogas prestadas a favor de personas menores de veinticinco años de edad.

Reconociendo la recurrente que no es una entidad privada de carácter social, no obstante entiende que al realizar la labor de custodia y atención a niños menores de seis años de edad, tiene derecho a la tributación por el tipo reducido del 7% puesto que se trata de una actividad de carácter social con independencia de que los niños asistidos tengan o no necesidades sociales.

La cuestión a resolver se centra en determinar si las prestaciones de servicios (que no se limitan a la protección de la infancia y la juventud) que se contiene en el art. 20.Uno.8º son, por sí solos, mercedoras de recibir el calificativo de “servicios de asistencia social” que menciona dicho precepto, o si esta expresión exige, para la aplicación del tipo reducido o de la exención, que atiendan a una necesidad social o, como señala el TEARA, que de conformidad con el Informe de 23 de junio de 1995 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda, y según se citan en diversas resoluciones dictadas en respuesta a consultas dirigidas a la Dirección General de Tributos, se encuadren en el concepto “acción social” en cuanto conjunto de acciones y actividades desarrolladas por el sector público o por entidades o personas privadas fuera del marco de la Seguridad Social, destinando medios económicos, personales u organizatorios a atender, fundamentalmente, estados de necesidad y otras carencias de determinados colectivos (ancianos, menores y jóvenes, minorías étnicas, drogadictos, refugiados, asilados etc) u otras personas en estado de necesidad, marginación o riesgo social.

La respuesta a tal cuestión creemos que debe estar en consonancia con lo resuelto por el órgano económico-administrativo. La aplicación de la exención exige un doble requisito : prestación de servicios de asistencia social que se enumeran y que los mismos los efectúen entidades, públicas o privadas, de carácter social. La falta de uno los requisitos determina la aplicación del tipo reducido. De esto modo, por ejemplo, la prestación de un servicio de asistencia social de los citados en el precepto por una entidad con ánimo de lucro implicaría, no la exención, sino la tributación por el tipo reducido del 7%. En cualquier caso, no basta con desarrollar una de las actividades que se enumeran en el art. 20.Uno.8º para aplicar el tipo redu-

cido, sino, como exige el art. 91.Uno.2.9º, que se trate de uno de los servicios del art. 20.Uno.8º y dicho servicios han de ser de asistencia social. Este concepto de asistencia social debe, a su vez, ser integrado e interpretado conforme a un criterio, que es el citado por el TEARA y antes transcrito, que consideramos asumible. No basta con prestar servicio a los colectivos que enumera la norma (menores, minorías étnicas, refugiados y asilados etc), sino que además es necesario que dicho servicio cumpla una función de asistencia social, lo que implica necesariamente atender a necesidades sociales que supone un plus respecto a los de guardería y ocio infantil que desarrolla la entidad recurrente y que en ningún instante se acredita que lleve a cabo la actora en su condición de franquicia de la marca C. P. dentro de un gran centro comercial.

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

La tramitación del Proyecto de Ley reguladora del derecho a la vivienda en Andalucía

En el mes de junio de 2009, tuvo entrada en el Registro del Parlamento el Proyecto de Ley reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía¹. La apuesta por la profundización del Estado Social asumida en el nuevo Estatuto –que se proyecta en la asunción de específicos compromisos por parte de los poderes públicos andaluces para hacer efectivos los derechos sociales– ha recibido, pues, uno de sus primeros impulsos en un sector esencial del Estado del Bienestar especialmente castigado por la burbuja inmobiliaria, primero, y ahora por la crisis económica: la vivienda.

Que la satisfacción de las necesidades de vivienda fue concebida por el estatuyente como uno de las tareas prioritarias a perseguir por los diferentes niveles de gobierno andaluces, es afirmación que no precisa mucha argumentación. Tras declarar que “los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda”, e imponer al legislador la regulación del “acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten” (art. 25), el Estatuto incluye entre los principios rectores de las políticas públicas la promoción del “acceso de los colectivos necesitados a viviendas protegidas” (art. 37.1.22º). Y en lógico correlato con la asunción de tales compromisos, el nuevo Estatuto ratifica el absoluto protagonismo competencial que tiene en esta esfera la Comunidad Autónoma en relación con las instancias centrales de gobierno, al atribuirle en su art. 56.1 la competencia exclusiva en materia de vivienda². Y, dando un paso más, la recién citada disposición especifica las

¹ BOPA 258, de 16 de junio de 2009.

² Competencias exclusivas autonómicas que, a diferencia de la primera versión del Estatuto, se definen ahora de forma expresa como aquellas que “comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución. En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el derecho estatal carácter supletorio” (art. 42.2.1).

concretas facultades que corresponden “en todo caso” a la Junta de Andalucía a este respecto, entre las cuales se incluye “la planificación, la ordenación, la gestión, la inspección y el control de la vivienda; el establecimiento de prioridades y objetivos de la actividad de fomento de las Administraciones Públicas de Andalucía en materia de vivienda y la adopción de las medidas necesarias para su alcance”, así como “la promoción pública de viviendas”.

No por bien conocido puede, sin embargo, dejar de apuntarse que se trata de un sector material en el que, prácticamente desde el arranque del Estado Autonómico y hasta la fecha, ha venido a superponerse la actuación conjunta de los diferentes niveles de gobierno. Y ello a pesar de que la vivienda apareciera mencionada ya en el art. 148.1 3ª CE, junto al urbanismo y a la ordenación del territorio, como una de las materias competenciales propias de las Comunidades Autónomas, careciendo el Estado, por ende, de una atribución competencial directa al respecto. En efecto, el Tribunal Constitucional no ha dudado en reconocer al Estado una forma de intervención determinante en esta esfera, cual es la actividad de fomento, señaladamente el impulso de la tradicionalmente denominada “vivienda protegida”. Ya en la STC 152/1988, aun confirmando que corresponde a las CCAA el desarrollo “de una política propia en dicha materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política” (FJ 2), no tuvo inconveniente en admitir que el Estado está facultado para limitar esa competencia autonómica, habida cuenta de que también operan aquí los títulos competenciales estatales sobre la ordenación del crédito y sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica³. Línea jurisprudencial que sería, por lo demás, confirmada en la STC 59/1995. Cualquiera que pueda ser la valoración que merezca esta doctrina, que atribuye competencia al Estado sobre la base de la relevancia que tiene el sector de la vivienda en la economía, es lo cierto que ha servido para permitir una actuación concertada entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y ha facilitado obviamente que el primero dirija sus recursos económicos a la promoción de las viviendas protegidas; extremo éste que –parece obvio– se habría visto obstaculizado si, en aplicación de la acrisolada jurisprudencia doctrinal sobre el *spending power*, no se hubiese reconocido absolutamente ninguna capacidad de decisión al Estado al respecto. No obstante, desde hace ya algunos

³ M. BELTRÁN DE FELIPE, *La intervención administrativa en la vivienda*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

años, el Estado viene recurriendo a otro título competencial para fundamentar su actuación en esta esfera, a saber, la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), como lo acredita, por citar un ejemplo, el “Plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009–2012”⁴. En suma, nos hallamos en un ámbito en el que, al socaire de títulos competenciales estatales de carácter transversal, se ha desarrollado una intensa praxis cooperativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Por lo demás, desde la entrada en vigor del nuevo Estatuto, no pueden soslayarse los esfuerzos desplegados por la Junta de Andalucía en orden a implementar y llevar a efecto las previsiones estatutarias en materia de vivienda. En este sentido, cabe destacar la aprobación del “Pacto Andaluz de la Vivienda” (2008–2017), que se articula en torno al objetivo nuclear de hacer posible en ese horizonte temporal la creación de 300.000 viviendas protegidas, así como el “Plan Concertado de Vivienda y Suelo” (2008–2012). Actividad planificadora que, fiel a las pautas de la gobernanza, se ha abierto a la participación y colaboración de todos los sectores concernidos en este ámbito, a saber, una pluralidad de instituciones y agentes sociales entre los que descuellan la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, las organizaciones sindicales y empresariales y las entidades de crédito.

Éste es el contexto normativo en el que pretende insertarse el Proyecto de Ley que nos ocupa. Basta una lectura somera y apresurada del mismo para constatar que, de aprobarse en estos términos, se habrá avanzado notablemente en la institucionalización de las relaciones cooperativas entre la Comunidad Autónoma y los Entes Locales andaluces en el desempeño de una tarea que incumbe a ambos. Entramado de relaciones tan denso que, incluso tras ese examen apresurado, puede asaltar al lector la impresión de que, tal vez, se haya ido demasiado lejos y que, en lugar de cooperación –entendida como actuación concertada entre diversos niveles de gobierno que se hallan en una situación de equiordenación o, cuando menos, en una situación de no excesiva dependencia jerárquica– no viene sino a configurarse una penetrante e incisiva intervención coordinadora de la Comunidad Autónoma, en detrimento de la autonomía competencial que –como veremos– también ha de recono-

⁴ Real Decreto 2006/2008.

cerse a los municipios en virtud del propio Estatuto de Autonomía⁵. Pero de esto ya tendremos ocasión de ocuparnos; ahora, de lo que se trata es de dar cuenta de los presupuestos conceptuales básicos de los que arranca el Proyecto en cuestión.

Y lo primero que debe reclamar nuestra atención es que el Proyecto parte de una concepción amplia de lo que sea la “vivienda”. No se entiende la misma únicamente como el mero soporte físico (“habitacional”, por utilizar el neologismo que se ha abierto paso en los últimos años), sino también como el medio ambiente urbano en el que se inserta la vivienda. Se trata sencillamente, en línea con la doctrina francés desarrollada en torno al concepto de *habitation*, de abordar el problema de la vivienda en su contexto urbano y social. En esta línea, apunta el art. 10.1 del Proyecto de Ley: “El planeamiento urbanístico promoverá la cohesión social en las ciudades y pueblos de Andalucía, como garantía de una adecuada integración urbana y para la prevención de fenómenos de segregación, exclusión, discriminación o asedio...”. A nadie se le oculta, ciertamente, que las medidas que puedan adoptarse a propósito de las viviendas protegidas inciden directamente en los objetivos allí mencionados de promover la cohesión social, evitando la segregación y la exclusión de determinados colectivos. Si, en efecto, se comparte la apreciación de que la “mezcla social” constituye un buen antídoto frente a la segregación urbana y el fenómeno de la *guetización* que ha surgido en los últimos años en algunas de nuestras ciudades⁶, parece evidente que todo intento de evitar la concentración espacial de las viviendas protegidas supone un buen paso en esta dirección. De ahí que, quizá, se eche de menos en el Proyecto una referencia explícita al problema de la distribución en el territorio de las reservas de esta clase de viviendas⁷.

⁵ A veces, cláusulas como la contenida en el artículo 8 del Proyecto, lejos de tranquilizar o ahuyentar los temores de una eventual excesiva intromisión en la autonomía municipal, no vienen sino a incrementar los recelos y cautelas: “La Administración de la Junta de Andalucía contribuirá a hacer efectivo el derecho a la vivienda mediante el ejercicio de sus competencias y la cooperación y coordinación con los entes locales, con pleno respeto a los principios de subsidiariedad y de autonomía municipal”.

⁶ JULI PONCE SOLÉ (coord.), *Derecho Urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

⁷ Del tipo de la que hace el artículo 57.4 del Decreto-Legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio: “Las reservas para la construcción de viviendas de protección pública se han de emplazar evitando la concentración excesiva de viviendas de este tipo... para favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos en razón de su nivel de renta”.

Como es sabido, y entramos ya en otro orden de consideraciones, el objetivo último que está en el origen del Proyecto de Ley reside en la satisfacción efectiva del derecho a la vivienda; y para su consecución establece una serie de medidas configuradas las más de las veces como compromisos u obligaciones de las Administraciones Públicas andaluzas. Ahora bien, como no podía ser de otra manera, la titularidad de ese derecho no se configura con un alcance universal, sino constreñido a aquellas personas que reúnan determinados requisitos que aparecen mencionados en el artículo 5 del Proyecto: “a) Carecer de unos ingresos económicos que, computados conjuntamente en su caso con los de su unidad familiar, les permitan acceder a una vivienda del mercado libre en el correspondiente municipio. b) Contar con tres años de vecindad administrativa en el municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía donde se solicite la inscripción en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida (aunque los municipios podrán, motivadamente, exigir un periodo de empadronamiento menor al señalado con alcance general). c) No ser titulares del pleno dominio de alguna otra vivienda protegida o libre o estar en posesión de la misma en virtud de un derecho real de goce o disfrute vitalicio. d) Acreditar que se está en situación económica de llevar una vida independiente con el suficiente grado de autonomía. e) Estar inscritas en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida.”

Así pues, en la medida en que la inscripción en el Registro constituye condición *sine qua non* para ser titular del derecho a la vivienda protegida a los efectos de la Ley, va de suyo que el mismo desempeña un papel central en la arquitectura del Proyecto elaborado por el Ejecutivo. Como se afirma en la Exposición de Motivos, al configurar la inscripción en los correspondientes registros como un requisito de inexcusable cumplimiento, se “otorga a los citados registros la consideración de instrumento básico para la determinación de los solicitantes de la vivienda protegida y, por ende, de pieza fundamental de la política municipal de vivienda en el cumplimiento de los deberes de los ayuntamientos para la satisfacción del derecho”. Y es que, en efecto, el Proyecto ha optado inequívocamente por hacer únicos responsables de los registros mismo a los municipios: “Los ayuntamientos están obligados a crear y a mantener el Registro de manera permanente, en las condiciones que se determinen reglamentariamente” (art. 16.2); obligándoles igualmente, acto seguido, a informar del mismo periódicamente a la Comunidad Autónoma: “En la forma y con la periodicidad que reglamentariamente se determine, los ayuntamientos facilitarán información mediante copia electrónica del Registro a la Consejería con competencias en materia de vivienda, a efectos de su tratamiento estadístico” (art. 16.3).

Contrasta esta adscripción exclusiva a los municipios de la responsabilidad sobre el Registro con la decisión adoptada en otros ordenamientos, como el catalán, en el que se concibe como una tarea común de ambos niveles de gobierno. Y esto es así porque, de una parte, la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda⁸, no la configura como una obligación inexcusable de los ayuntamientos: “El Registro de Solicitantes de Vivienda de Protección Oficial es un registro público, compuesto por los registros de los ayuntamientos que dispongan del mismo y, en lo que concierne a los demás municipios, por el registro que subsidiariamente establezca el departamento competente en materia de vivienda” (art. 93.1). Con todo, antes de que la Comunidad Autónoma actúe subsidiariamente, se prevé la posibilidad de que los municipios recurran a otras administraciones en solicitud de asistencia técnica: “Los municipios que, por su dimensión o por falta de recursos, no puedan crear o gestionar su registro de solicitantes de vivienda de protección oficial pueden solicitar a la administración de ámbito territorial superior la prestación de la asistencia necesaria” (art. 93.3). Y, de otro lado, porque se atribuye la gestión del Registro al departamento competente en materia de vivienda de forma coordinada con los municipios (art. 93.2).

Como es obvio, la estrecha y exclusiva vinculación del Registro de Demandantes de Viviendas Protegidas con el nivel de gobierno local, que no con la Comunidad Autónoma, no es fruto del azar, sino que constituye, como adelantábamos, un presupuesto que articula el entero sistema de la ley. Pues, al fin y al cabo, el Proyecto viene a introducir cambios sustanciales en la lógica del planeamiento existente hasta la fecha: frente al amplio margen de maniobra del que disponen actualmente los municipios para diseñar el plan general, la futura ley pretende que la elaboración de éste esté presidida por el objetivo esencial de calificar el suelo necesario para satisfacer la necesidad de viviendas protegidas; necesidad que obviamente quedará reflejada en el Registro de Demandantes. Pero vayamos por partes.

El Proyecto contempla, de una parte, la figura del Plan andaluz de vivienda y suelo y, de otro lado, los planes municipales de vivienda y suelo. En ambos casos, el Proyecto se cuida de explicitar la necesidad de proceder en consonancia con las pautas de la gobernanza, toda vez que establece que “en la elaboración de los citados planes se fomentará la participación de los agentes económicos y sociales más representativos de la Comunidad Autónoma de

⁸ BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008.

Andalucía” (art. 11.2), y añade que “se fomentará la colaboración con las asociaciones profesionales, vecinales y de los consumidores” (art. 11.3).

Pues bien, la elaboración de los planes de vivienda se configura inequívocamente en el Proyecto como una obligación inesquivable para los municipios: “Los ayuntamientos elaborarán y aprobarán sus correspondientes planes municipales de vivienda y suelo”, lo cual “se realizará de forma coordinada con el planeamiento urbanístico general, manteniendo la necesaria coherencia con lo establecido en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo”; planes municipales que habrán de ser revisados, como mínimo, cada cinco años o cuando precisen su adecuación al plan autonómico (art. 13.1). E, incluso, el Proyecto de Ley establece, en su Disposición Final Segunda, un plazo concreto dentro del cual ha de hacerse efectiva la redacción de los reiterados planes: “Los ayuntamientos deberán aprobar en un plazo máximo de dos años, contados desde la entrada en vigor de esta Ley, sus respectivos planes de vivienda y suelo; mientras tanto ejercerán las competencias referidas en esta Ley a través de los instrumentos previstos en la normativa urbanística”. Por lo que hace al contenido de estos planes municipales, el Proyecto fija unos mínimos de entre los que cabe destacar “la determinación de las necesidades de vivienda de las familias residentes en el municipio, al objeto de concretar las viviendas protegidas que se deben promover” (art. 13.2.a); necesidades municipales de vivienda que, lógicamente, “se determinarán teniendo en cuenta los datos contenidos en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida” (art. 13.5). Y, en fin, la estructura lógica del Proyecto que ha partido de la imposición obligatoria a los municipios de los registros y planes de vivienda se cierra con la siguiente disposición: “El planeamiento urbanístico municipal se realizará en coherencia con el contenido de los planes municipales de vivienda y suelo” (art. 13.3).

También en este extremo, en el relativo al carácter obligatorio de los planes municipales de vivienda, contrasta el Proyecto de Ley con la filosofía imperante en otras Comunidades Autónomas que también han desarrollado legislativamente el derecho a la vivienda. Así, por volver al ejemplo de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, los planes de vivienda no se imponen *ex lege* a los gobiernos locales, sino que se trata de promover e instar su elaboración voluntaria utilizando para ello el “mayor Presupuesto” de la Comunidad Autónoma: “Si no existe un programa de actuación urbanística municipal con un contenido equiparable, los ayuntamientos, para concertar políticas de vivienda con la Administración de la Generalidad que supongan que ésta aporte recursos económicos, deben aprobar un plan local de vivienda” (art. 14.1). El plan de vivienda municipal, pues, se configura en Cataluña como obligato-

rio sólo si y en la medida en que los gobiernos locales decidan convenir su política de vivienda con la de la Comunidad Autónoma al objeto de acceder a los recursos librados por ésta. Frente a la lógica de la *cooperación jerárquica* (o “coordinación”, para utilizar un concepto técnicamente más perfilado en nuestra doctrina y jurisprudencia) que impregna el Proyecto de Ley que nos ocupa, la Ley catalana se inclina por la *cooperación voluntaria* (o genuina “cooperación”, sin más) en punto a la puesta en marcha de los planes municipales de vivienda.

Aquí radica, probablemente, uno de los puntos más débiles del Proyecto de Ley: frente al respeto mostrado por el Parlamento catalán hacia la autonomía local⁹, el texto remitido por el Ejecutivo andaluz adolece de cierta insensibilidad al respecto. No deja desde luego de ser significativo que la Exposición de Motivos soslaye por completo identificar las concretas atribuciones competenciales que en materia de vivienda realiza el bloque de la constitucionalidad a favor de los Entes locales, limitándose a lo sumo a hacer genéricas referencias al marco competencial en aquellos concretos asuntos en que más incisiva y penetrante es la regulación del Proyecto: “Este Título [II] resulta innovador en lo que tiene de reconocimiento en sede legal de los planes de vivienda y suelo de ámbito autonómico y los planes municipales de vivienda y suelo, residenciando en la técnica de la planificación la correlación motivada de las concretas políticas públicas, en el correspondiente marco competencial, para el cumplimiento de los deberes que para cada Administración atribuyen las distintas normas que configuran el citado marco competencial”. Y continúa más adelante: “Respetando el ámbito competencial de los ayuntamientos, en la Ley se establece la obligación para ellos de crear los ‘Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida’...”.

Ninguna referencia expresa hace, pues, el Proyecto a las específicas facultades que el ordenamiento reconoce a las Entidades locales en materia de vivienda. Silencio que, si ya se hace sentir en relación con la Ley de Bases del Régimen Local, deviene particularmente llamativo cuando del propio texto estatutario se trata. Y el nuevo Estatuto algo dice al respecto: “El Estatuto –estable su artículo 92.1– garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad”. Y a continuación precisa ese ámbito de

⁹ Que se manifiesta de múltiples maneras a lo largo de todo el texto de la Ley de 2007, como, por ejemplo, explicitando en el art. 8 las competencias locales en materia de vivienda, inmediatamente después de que el art. 7 haga otro tanto respecto de las competencias de la Generalitat.

competencias propias municipales enumerando una serie de materias, entre las cuales se incluye la vivienda: “Los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes: [...] b) Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial” (art. 92.2). Como se desprende inequívocamente del tenor literal de estos preceptos, la planificación y programación de viviendas constituye, desde la entrada en vigor del Estatuto, una competencia propia municipal y, en su condición de tal, será ejercida en régimen de autorresponsabilidad. Debe hacerse notar que la titularidad de la competencia corresponde ya, en virtud del propio Estatuto, a los gobiernos municipales, pues está fuera de discusión que es el texto estatutario la norma atributiva de competencias, que no la ley autonómica. Pues, aun siendo cierto que el alcance de las competencias mencionadas en el art. 92 EAA será fijado “en los términos que determinen las leyes”, no lo es menos que el legislador autonómico no opera con eficacia constitutiva *creando* una competencia inexistente con anterioridad, sino que “sólo” está llamado a perfilar su alcance, tratando de armonizar y conciliar las facultades inherentes a las competencias que directa e inmediatamente el Estatuto atribuye a los gobiernos locales con los títulos competenciales autonómicos que también inciden en el ámbito de la vivienda. Dicho de otro modo, en virtud del propio Estatuto –incluso soslayando, por tanto, las previsiones que puedan establecerse en la normativa básica estatal–, no está a disposición del legislador autonómico determinar a su sazón cómo debe realizarse la planificación y programación municipal de la vivienda. La intervención autonómica en este ámbito ha de rodearse de todas las cautelas que reclaman el respecto y la observancia de la autonomía local en su dimensión funcional cuando entran en juego las competencias propias municipales. Analizar con detalle si la redacción actual de este Proyecto de Ley traspasa o no ese umbral a partir del cual resulta lesionada la autonomía funcional de los entes locales protegida por el bloque de la constitucionalidad, es una tarea que obviamente excede con creces la finalidad perseguida con estas líneas.

Finalmente, el Título V, el último del Proyecto de Ley, encara frontalmente la regulación de las garantías jurídicas efectivas del derecho a la vivienda; una cuestión que plantea enormes dificultades cuando se trata, como es el caso, de derechos sociales de contenido prestacional. Con la inclusión de este Título, ciertamente, como se reconoce en la Exposición de Motivos, “se dota a la presente Ley de una fuerza material y no solamente formal, en la medida en que se articulan los mecanismos procedimentales para su efectiva aplicación”. Ahora bien, la concreción práctica de tales garantías se articula distinguiendo con nitidez entre la vertiente “financiera”, de un lado, y las actuacio-

nes que se imponen a las Administraciones (registros, elaboración de planes de vivienda, etc.). Y así se reconoce explícitamente en la misma Exposición de Motivos: “(...) en el Título V se disponen un conjunto de medios para lograr la efectividad del derecho, desvinculando las obligaciones económicas de la Administración (artículo 22 y 23) de los mecanismos individuales al alcance del titular del derecho para hacerlo efectivo (artículo 24). En este sentido, se reconocen las acciones que procedan para exigir el cumplimiento de los deberes que la Ley determina para cada Administración Pública”.

Así es, en efecto. El Proyecto establece una clara línea de separación entre los compromisos financieros que penden sobre las Administraciones públicas involucradas y la efectiva garantía jurisdiccional de los derechos, cuyo alcance no abarca, por tanto, en línea de principio, tales compromisos de naturaleza económica. Comenzando por los primeros, el artículo 22 establece lo siguiente: “La Administración de la Junta de Andalucía fijará en sus planes de vivienda y suelo las cantidades destinadas a promover el derecho a la vivienda, incluyendo la gestión de las ayudas estatales, que se distribuirán conforme a lo dispuesto en el conjunto de los planes de vivienda y suelo”. Se trata, como es palmario, de un compromiso configurado en términos sumamente difusos –como tal vez no podría hacerse de otro modo–, ya que deja un margen prácticamente ilimitado de maniobra a la hora de fijar el volumen de los recursos destinados a vivienda. Compromiso tan lábil que, en puridad, la virtualidad normativa del precepto resida más bien en la referencia a que será la Comunidad Autónoma la que se encargue de gestionar las ayudas estatales, y que la misma se canalizará a través de los planes autonómicos de vivienda y suelo. Por su parte, el artículo 23 se encarga de regular las ayudas a los municipios en los siguientes términos: “La administración de la Junta de Andalucía establecerá, en la forma que se determine reglamentariamente, un sistema de ayudas a los ayuntamientos para la elaboración, aprobación y revisión de los planes municipales de vivienda y suelo, así como para la creación y el mantenimiento de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida”. Es una previsión que no puede sino valorarse positivamente, ya que supone una manifestación del principio de lealtad institucional –exigido por el nuevo Estatuto– en su dimensión financiera: El nivel de gobierno que decida unilateralmente imponer a otro una tarea que le suponga un nuevo gasto o la ampliación de los ya existentes, ha de proveer de los recursos precisos para hacer frente a las nuevas cargas financieras¹⁰. Aunque se trate –debe apuntarse de

¹⁰ 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.

inmediato- de una forma imperfecta de cumplir con dicho principio de lealtad institucional, toda vez que el problema de las cargas financieras no se resuelve inmediatamente en el Proyecto de Ley, sino que se deja un amplísimo margen de maniobra al desarrollo reglamentario. Hasta aquí llegan todas las referencias del Título V a los compromisos financieros. Quizá no haya pasado inadvertido al lector atento que ninguna mención se hace en dicho Título a las obligaciones financieras de los municipios, puesto que el artículo 22 se circunscribe a los recursos económicos de la Junta de Andalucía y el artículo 23 contempla al gobierno local en la faceta amable de receptor o beneficiario de las ayudas autonómicas. Sin embargo, el Proyecto de Ley no silencia por completo esta cuestión, habida cuenta de que en el Título III (“De la conservación, mantenimiento y rehabilitación de viviendas”) sí se aborda un específico compromiso financiero: “Sin perjuicio de la obligación de las personas propietarias, los ayuntamientos, para hacer frente a su participación, deberán destinar a la financiación de las actuaciones recogidas en los artículos anteriores el porcentaje de ingresos del Patrimonio Municipal de Suelo que se determine en su Plan General de Ordenación Urbanística, en cumplimiento de lo especificado en el artículo 75 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía”.

Pero, como adelantábamos, en punto a las garantías del derecho a la vivienda, lo primordial es la articulación de un cauce jurisdiccional para la protección del mismo. Así se destaca en la propia Exposición de Motivos: “(...) para asegurar la realización del derecho a la vivienda como derecho social se ha previsto en el Estatuto de Autonomía un sistema general de garantías, que obligan al Parlamento andaluz a aprobar las correspondientes leyes de desarrollo que incluyan las prestaciones vinculadas para su ejercicio, a la vez que expresamente se establece la protección jurisdiccional ante los actos de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma que vulneren el ejercicio de tal derecho”. Pues bien, este aspecto crucial del Proyecto se regula en el artículo 24, en cuyo apartado primero se reconoce genéricamente a los titulares del derecho a la vivienda lo que sigue: “Las personas titulares del derecho con arreglo a las condiciones establecidas en el artículo 5 de esta Ley podrán exigir a las Administraciones Públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a una vivienda digna y adecuada, en los términos establecidos en la presente Ley, mediante el ejercicio de las acciones que procedan de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado”. Pero es el artículo 24.2 el que da la verdadera medida del cauce jurisdiccional y, en puridad, del sentido de la Ley en su conjunto: “En particular, quienes acrediten interés legítimo, transcurrido el plazo establecido en la disposición final segunda de esta Ley, podrán reclamar ante la correspondiente Administración

municipal el cumplimiento del deber de aprobar el Plan Municipal de Vivienda y Suelo y promover activamente la ejecución de la programación prevista en el mismo, en el caso de que éste haya sido aprobado”. Un par de impresiones, como mínimo, genera la sola lectura superficial de este precepto. De una parte, que la protección jurisdiccional se concibe, sobre todo, frente al nivel de gobierno local, que no frente al autonómico; al fin y al cabo, sobre los municipios recaen los compromisos y exigencias más concretos y perfilados en el Proyecto, y, por tanto, son las obligaciones impuestas a los municipios las que resultan más susceptibles de ser objeto de control jurídico en la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, como apunta el art. 24.2 de forma paradigmática, la aprobación del plan de vivienda –sujeta a un plazo máximo de dos años– y la ejecución efectiva de la programación. Y, en segundo término, que la legitimación para reclamar en estos supuestos se amplía, toda vez que se autoriza a hacerlo a los que “acrediten interés legítimo”. Con independencia de que esta extensión del ámbito de los legitimados sea, o no, fruto de la concertación previa del Proyecto de Ley con los agentes sociales y económicos (sindicatos, asociaciones empresariales, etc.), partidarios muy probablemente de que se incorporase una acción colectiva, lo que sí resulta irrefutable es que la misma no viene sino a profundizar y apuntalar la virtualidad en la práctica del cauce jurisdiccional frente a los gobiernos municipales.

Pues bien, es precisamente esta circunstancia de que se imponga a los municipios deberes concretos de actuación por parte de la Comunidad Autónoma –desplazando, así, ésta su responsabilidad hacia los Entes locales– la razón primordial esgrimida por el Grupo Parlamentario Popular en defensa de la enmienda a la totalidad con propuesta de devolución que presentó contra el Proyecto. Es, pues, en línea de principio, la defensa de la autonomía local la justificación fundamental que subyace tras la formulación de esta enmienda. Y, sin embargo, por las razones que ahora veremos, las consideraciones en las que expresamente dicho grupo argumentó su enmienda pueden conducir a un resultado radicalmente distinto al inicialmente perseguido, en cuanto parte del presupuesto de una concepción de la autonomía competencial municipal inferior a la que traza el vigente bloque de la constitucionalidad. Pero vayamos por partes, pues algún fundamento sí tienen algunas de las afirmaciones que vierte: “(...) el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida es otra imposición más a los Ayuntamientos, cuyo carácter municipal obligatorio no tiene sustento en ninguna norma legal estatal, ni siquiera en disposición general alguna del Gobierno de la Nación”. Como también está fundamentada la siguiente observación, tal y como hemos comprobado líneas arriba al traer a colación la experiencia de la legislación catalana: “El Gobierno de la Junta de Andalucía podría haber optado, como lo han he-

cho los de otras comunidades autónomas, por la constitución de un registro público autonómico, dejando a discrecionalidad de los ayuntamientos la creación de sus propios registros municipales. Ahora bien, hubiera supuesto una asunción de sus responsabilidades que chocaría frontalmente con el espíritu de la norma que ha remitido a nuestro Parlamento”. Precisamente, este *traslado* de la responsabilidad autonómica en la materia hacia los gobiernos municipales constituye el elemento central más reiterado en su argumentación para justificar la enmienda: “(...) esta Ley es tanto el resultado de décadas de incumplimientos en materia de vivienda y dejación de sus responsabilidades de los sucesivos gobiernos de la Junta de Andalucía como una adulteración de las competencias de las distintas administraciones públicas”. Y en ninguna parcela del Proyecto de Ley se pone esto más claramente de manifiesto que al abordar las específicas garantías del derecho a la vivienda: “Sobre las garantías del derecho a la vivienda que se establecen en el Título V del Proyecto de Ley, se fija la protección jurisdiccional de los derechos y dicta que se podrá reclamar a los ayuntamientos ante los tribunales el cumplimiento de la obligación de promover la efectividad del derecho a través del Plan Municipal de Vivienda. Aquí se contiene la esencia de esta Ley y creemos que la falacia de la misma, puesto que traslada la reclamación a tribunales y la responsabilidad exclusivamente a éstos, en base a esos planes municipales, cuando los mismos dependen de la Junta de Andalucía para la aprobación de los PGOU, para la calificación de viviendas protegidas, para la firma de convenios de ayudas para la rehabilitación, y sin embargo la Junta de Andalucía desaparece por completo de la exigibilidad”¹¹.

Cualquiera que sea la valoración personal que se pueda hacer de este tipo de consideraciones, parece evidente que no carecen de alguna fundamentación jurídica. Más discutible es, por el contrario, la posición en torno al ámbito competencial de los municipios andaluces que parece desprenderse de la enmienda del grupo parlamentario popular. Si, como hemos constatado líneas arriba, el Proyecto de Ley adolecía de cierta *ceguera* frente a las competencias que el bloque de la constitucionalidad atribuye a los gobiernos locales en materia de vivienda, es de justicia afirmar que la dolencia es compartida por el grupo parlamentario popular. Y es que, sencillamente, en la explicación de su enmienda a la totalidad se ciñe a argumentar en torno a la situación competencial de los municipios en materia de vivienda a la luz exclusivamente del art. 56 del Estatuto y de la Ley de Bases de Régimen Local, ignorando entera-

¹¹ BOPA 298, 16 de septiembre de 2009, pág. 3.

mente las previsiones del nuevo Estatuto en torno a las competencias municipales. En efecto, tras mencionar la competencia exclusiva autonómica en materia de vivienda *ex art. 56 EAA*, prosigue el grupo popular en la argumentación de la enmienda: “Por otra parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, a través de sus artículos 25 y 26, deja claro que la competencia municipal en materia de vivienda tiene carácter facultativo y no imperativo. Los servicios de carácter obligatorio para los ayuntamientos son los explícitamente contemplados en el artículo 26.1, entre los que no está la vivienda”. El grupo parlamentario popular parte, pues, de la tesis de que los entes locales, en el vigente marco normativo, no ostentan ninguna competencia en materia de vivienda, de tal suerte que las obligaciones, compromisos y tareas que el Proyecto impone a los municipios no pueden entenderse más que como una delegación de competencia de la Comunidad Autónoma a los gobiernos locales; delegación que, obviamente, se habría producido soslayando los requisitos que impone el bloque de la constitucionalidad: “[...] habida cuenta de que el Proyecto de Ley Reguladora del Derecho a la Vivienda determina que la Junta de Andalucía delegue competencias en materia de vivienda que le son propias (Planes Municipales de Vivienda y Registro Municipal de Demandantes), el texto es rechazable porque no contempla la aceptación previa por parte de éstos, ni, en caso de considerar dicha delegación impuesta, contempla la dotación de medios económicos para desempeñarlas”¹².

No parece preciso insistir en los riesgos que esta argumentación –pretendida defensora de la autonomía local– conlleva para la autonomía misma y para la propia virtualidad jurídica del Estatuto. Partir de la tesis de que no hay más competencias propias municipales que las relativas a los servicios obligatorios mencionados en la Ley de Bases supone dejar la cuestión a la entera disposición del legislador básico. Pero entraña, sobre todo, ignorar la fuerza normativa del Estatuto, cuyo artículo 92 “garantiza a los municipios un núcleo competencial propio”, atribuyendo inmediatamente a los Ayuntamientos competencias propias sobre un listado de materias, que incluye la vivienda. Cualquiera que sea la decisión que adopte en punto a las competencias el legislador básico presente o futuro, encuentra en el artículo 92 EAA un obstáculo inesquivable que ningún operador jurídico puede soslayar. Y en caso de antinomia al respecto entre la ley de bases y la norma estatutaria que no pueda reconducirse por vía interpretativa, habrá de dejarse de aplicar la primera

¹² BOPA 298, pág. 1.

en nuestra Comunidad Autónoma. Dicho sea más derechamente: Desde la entrada en vigor del nuevo Estatuto, los municipios ostentan *competencia propia* sobre “planificación, programación y gestión de viviendas”. Así, pues, si alguien detecta en el Proyecto de Ley una excesiva injerencia de la Comunidad Autónoma en la autonomía municipal, la misma no radicaría en el pretendido incumplimiento de las cautelas que rodean el mecanismo de la delegación competencial, sino en una cuestión de diferentes naturaleza y calado: que el Proyecto constriñe de forma desproporcionada el margen de libre y autorresponsable decisión que ha de corresponder a un ente autónomo en el ámbito de sus competencias propias.

Manuel Medina Guerrero

DOCUMENTOS



El Derecho a la atención de las personas mayores en el Estatuto de Autonomía para Andalucía: retos para los poderes públicos andaluces¹

Elsa Marina Álvarez González

Profesora Ayudante–Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

1. INTRODUCCIÓN: LA ATENCIÓN A LOS MAYORES EN LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Los cambios demográficos y sociales han dado ya lugar también en España a un aumento creciente de la población en situación de dependencia, en especial de los mayores (tanto los “convencionales”, es decir, la población con más de 65 años, como los pertenecientes al llamado “doble envejecimiento”, o sea, la población con edad superior a 80 años). La dependencia de las personas en los últimos tramos de su vida es así un fenómeno generalizado, que se une, por otra parte, a la población en situación de dependencia por discapacidad (derivada de la enfermedad, en particular, la crónica, de alteraciones congénitas o de los altos índices de siniestralidad laboral o vial, etc.) o por otras causas.

El fenómeno no es exclusivo de España. Por ello, la atención a las personas en situación de discapacidad o dependencia constituye uno de los principales desafíos de los países desarrollados, habiendo sido realizado el derecho a dicha atención por la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea. En nuestro país (con el precedente de la articulación a partir de finales de 1980 de los correspondientes servicios y prestacio-

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación de excelencia de la Junta de Andalucía P06-SEJ-1861.

nes por las Comunidades Autónomas, incorporados a sus respectivas redes de Servicios Sociales) este desafío se ha asumido en los últimos años ya de un modo sistemático. De esta manera, las iniciativas de un horizonte integral de las acciones públicas sobre la materia que cristalizaron con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, han culminado con la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, conocida como Ley de la Dependencia.

La Ley 39/2006, de Dependencia, es ambiciosa, pues contempla la instauración de un sistema global de prestación de cuidados a las personas dependientes. Partiendo de lo previsto en los arts. 49 y 50 de la Constitución Española, que prevén la atención a las personas con discapacidad y personas mayores y un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos, supera el sistema hasta ahora vigente de servicios sociales (fragmentario en sus servicios y prestaciones y disperso en la responsabilidad de las Comunidades Autónomas y el denominado “tercer sector”) para apostar por la garantía de un marco estable de recursos y servicios para la atención de la dependencia. Dicho marco se asienta en la propia regulación legal (que define tal atención como “una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de Seguridad Social”) y en la implantación de un nuevo sistema institucional: el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), en el que se contempla tenga lugar la colaboración y la participación de todas las Administraciones Públicas.

El SAAD tiene como finalidad principal establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, mediante la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado. Para ello, la Ley 39/2006, establece el carácter público de las prestaciones del SAAD y la universalidad en el acceso a los correspondientes servicios y prestaciones de todas las personas en situación de dependencia en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación.

Así, se configuran tres niveles de protección: un nivel de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado, según el grado y nivel de la dependencia², como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia, que se fi-

² La situación de dependencia se clasifica en los siguientes grados:

nancia públicamente a través de los Presupuestos Generales del Estado; un segundo nivel de protección que se acuerda entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas a través de convenios de colaboración y donde se establece la financiación que corresponde a cada una de las Administraciones; y un tercer nivel adicional de protección que puede establecer cada Comunidad Autónoma y con cargo a sus propios presupuestos.

En ese contexto, las prestaciones de atención a la dependencia pueden tener naturaleza de servicios³ y de prestaciones económicas⁴ e irán destinadas,

A) Grado I. Dependencia moderada: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día.

B) Grado II. Dependencia severa: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere la presencia permanente de un cuidador.

C) Grado III. Gran dependencia: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y por su pérdida total de autonomía mental o física, necesita la presencia indispensable y continua de otra persona.

Cada uno de estos grados de dependencia se divide en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere. El grado y nivel de dependencia de cada persona corresponde determinarlo a las Comunidades Autónomas mediante la aplicación del baremo que ha acordado el Consejo Territorial del Sistema Nacional de Dependencia y que ha sido aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto 504/2007, de 20 de abril. Ello es así porque las prestaciones y servicios se prestan desde las respectivas Comunidades Autónomas a través de la Red de Servicios Sociales autonómicos.

³ Recogiéndose en el art. 15 de la Ley 39/2006, de Dependencia, el Catálogo de servicios que comprende los siguientes servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia:

- a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal.
- b) Servicio de Teleasistencia.
- c) Servicio de Ayuda a domicilio:
 - (i) Atención de las necesidades del hogar.
 - (ii) Cuidados personales.
- d) Servicio de Centro de Día y de Noche:
 - (i) Centro de Día para mayores.
 - (ii) Centro de Día para menores de 65 años.
 - (iii) Centro de Día de atención especializada.
 - (iv) Centro de Noche.
- e) Servicio de Atención Residencial:
 - (i) Residencia de personas mayores en situación de dependencia.
 - (ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

⁴ Las prestaciones económicas pueden adoptar alguna de las siguientes modalidades:

por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria. Pero la financiación de estas prestaciones sociales no es exclusivamente pública pues se establece que los beneficiarios de las prestaciones de dependencia participarán en la financiación de las mismas, según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal.

Hay que señalar en todo caso que las diferentes Comunidades Autónomas, habían puesto ya en marcha con anterioridad a la Ley de Dependencia y, en desarrollo de su normativa general de servicios sociales o de normas específicamente dirigidas a este sector de la población⁵, una serie de servicios públicos dirigidos a asistir a las personas mayores en sus necesidades cotidianas básicas y a procurarles una adecuada calidad de vida. Así, con carácter general, las Administraciones autonómicas prestan a los mayores los siguientes servicios:

- Servicios públicos de atención al domicilio. Son servicios que facilitan las tareas domésticas cotidianas del mayor en su propio domicilio o que hacen de éste un entorno más adecuado. Así, por ejemplo, los servicios de ayuda a domicilio o las prestaciones económicas para dichas ayudas, los servicios de teleasistencia, los servicios de comida a domicilio o las prestaciones económicas para familias cuidadoras.

-
- a) Prestación económica vinculada. Esta prestación irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en su programa individual de atención, cuando no sea posible la atención mediante un servicio de los anteriores.
 - b) Prestación económica para cuidados familiares. El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores familiares, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su programa individual de atención. Esta prestación supone un apoyo directo a las familias que desean atender a sus mayores en el medio familiar.
 - c) Prestación económica de asistencia personal. Ésta tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia, menores de sesenta y años. Por tanto, queda fuera de nuestro objeto de estudio.
 - d) Ayudas económicas para facilitar la autonomía personal. Estas ayudas irán destinadas a apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria y a facilitar la eliminación de barreras arquitectónicas y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda.

⁵ Así, por ejemplo, Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano, de Asturias; Ley 2/1994, de 28 de abril, de Asistencia Social Geriátrica, de Extremadura; Ley 3/1996, de 11 de julio, de Participación de las Personas Mayores y de la Solidaridad entre Generaciones, de Canarias; Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, de Andalucía; y Ley 5/2003, de 3 de abril, de Atención y Protección de las Personas Mayores, de Castilla y León.

- Servicio de atención diurna, a través de centros de día dirigidos bien específicamente a mayores dependientes físicos o psíquicos, o bien a cualquier mayor como lugares de convivencia social con otros mayores.
- Servicios de Atención Residencial, mediante centros en los que el mayor vive y es atendido las 24 horas del día.
- Sistemas Alternativos de Alojamiento, como las viviendas públicas tuteladas, los servicios públicos de acogimiento familiar, el alojamiento de jóvenes con personas mayores, o las viviendas compartidas.

Estos servicios a los mayores prestados por los sistemas de servicios sociales de las diferentes Comunidades Autónomas son recogidos en el Sistema de Atención de la Dependencia (SAAD) creado con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, sistema en el que la atención a las personas mayores cobra, dada la estrecha relación existente entre la edad y la dependencia, un gran protagonismo. El SAAD se configura así como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados, sirviendo de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia, y optimizando los recursos públicos y privados disponibles, para contribuir así a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

2. LA ATENCIÓN A LOS MAYORES Y SU SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA

La trascendencia que a nivel estatal reviste la cuestión, se refuerza –en el reto que la misma supone y en sus implicaciones institucionales y sociales– a nivel de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por ello, el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía (L.O. 2/2007, de 19 de marzo) incluye en esta materia claros desafíos para los poderes públicos y la sociedad de esta Comunidad Autónoma⁶, al estar el Estatuto repleto de previsiones normativas deter-

⁶ Conviene precisar que la Ley 39/2006, de Dependencia, se dicta al amparo de la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1CE), pero con pleno respeto a las competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 CE.

minantes que dado su rango estatutario, han de presidir la vida institucional y social de esta Comunidad en la materia que nos ocupa.

Así, su Título Preliminar, tras consagrar la cláusula de progreso social (art. 10.1), incluye entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma (art. 10) “*la cohesión social mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar la integración plena de la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social*” (apartado 14), “*la especial atención a las personas en situación de dependencia*” (apartado 15) y “*la integración social, económica y laboral de las personas con discapacidad*” (apartado 16).

Su Título I, tras prohibir –en sus disposiciones generales– la “*discriminación por discapacidad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*” y referirse a las “*acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas*” (art.14), incluye también determinaciones fundamentales en la materia. Así, incorpora como derechos estatutarios⁷ el derecho de las personas mayores a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual; a acceder a una atención gerontológica adecuada en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a recibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes (art. 19); el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones del sistema público andaluz de servicios sociales (art. 23); y el derecho de las personas con discapacidad o en situación de depen-

⁷ Sobre el reconocimiento de derechos sociales en los Estatutos de Autonomía, pueden verse, entre otros, AGUADO ZAMORA, M. J., “Derechos sociales y políticas públicas en la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía” en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2 dedicado a los Derechos Sociales, y “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson Civitas, 2008, (dir. S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig); APARICIO WILHELMI, M. y PISARELLO, G., “El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía; ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?” en *El Clip*, núm. 42, 2007, págs. 12 y 13; CATALÁ I BAS, A. H., “La inclusión de una carta de derechos en los Estatutos de Autonomía” en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 4, 2005; ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía” en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*. Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona 2007, págs. 68 y ss.; SOUVIRON MORENILLA, J. M., “La educación y las Universidades en el marco del Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson Civitas, 2008, (dir. S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig).

dencia a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social (art. 24).

Por otra parte, y con similar relevancia, el Estatuto consagra como principios rectores de las políticas públicas (art.37), la prestación de unos servicios públicos de calidad (apartado 1º); el acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente, asegurando su protección social e incentivando el envejecimiento activo y su participación en la vida social, educativa y cultural de la comunidad (apartado 3º); la especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida (apartado 4º); la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras (apartado 5º); y la atención social a personas que sufran marginación, pobreza o exclusión social (apartado 7º).

En resumen, todo un reto para Andalucía y sus poderes públicos, enmarcado, por lo demás, en la competencia textualmente exclusiva de la Comunidad Autónoma que sin duda a partir del art. 148.1.20ª CE, específicamente consagra el art. 61 del Estatuto en materia de servicios sociales (que incluye la regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública; la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social, y las instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial) y de personas y colectivos en situación de necesidad social (recogiendo la competencia en materia de voluntariado, menores, y promoción de las familias y de la infancia).

3. LA ATENCIÓN A LOS MAYORES DEPENDIENTES COMO DERECHO ESTATUTARIO

Si bien la Constitución de 1978 no reconoce de manera expresa el derecho a la atención de la dependencia de las personas mayores, sin duda porque la necesidad de una respuesta jurídica en este ámbito se hizo evidente con posterioridad, sí que recoge tanto el derecho a la salud como el derecho a los servicios sociales, ambos fundamentales para dicho colectivo. Así, el art. 43 CE consagra el derecho a la protección de la salud con carácter universal; el art.

41 CE establece un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que les garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad; y el art. 50 CE reconoce el derecho a la suficiencia económica durante la tercera edad, mediante pensiones adecuadas y actualizadas, y a la promoción de su bienestar, mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

A diferencia de la Constitución, y con la finalidad de amparar las nuevas situaciones sociales que han ido apareciendo en los últimos tiempos, el Estatuto de Andalucía de 2007 sí reconoce ya a las personas mayores, como hemos visto, el derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, a acceder a una atención gerontológica adecuada en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes (art. 19 EA). Como también consagra el derecho de las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia, a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social (art. 24 EA).

Su reconocimiento tanto por el texto de la Constitución como por el del Estatuto de Autonomía de Andalucía, otorga a los citados derechos un valor normativo innegable que vincula a todos los poderes públicos. Ahora bien, su contenido y alcance efectivo van a depender de cómo los concreten las leyes que los desarrollen (repárese en la remisión de los arts. 19 y 24 EA a lo que establezcan las leyes). Son pues, en principio, derechos de configuración legal, que necesitan del legislador ordinario (estatal, autonómico) para su efectiva determinación y delimitación.

Ahora bien, conviene, no obstante, y como dato significativo, reparar en la diferente ubicación sistemática que estos derechos tienen en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Mientras en la CE se recogen dentro de los principios rectores de la política social y económica, lo que otorga a los mismos una debilitada protección, vista la determinación del art. 53.3 de la CE⁸; en el Estatuto se incluyen dentro del Capítulo II (“Dere-

⁸ “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

chos y deberes”) del Título I (“Derechos sociales, deberes y políticas públicas”), y sobre todo son objeto de garantía por dos preceptos del Estatuto cuyo contenido ofrece evidente interés: en primer lugar, el art. 38 EA que establece que *“La prohibición de discriminación del artículo 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”*.

Por su parte, el art. 39 EA, y en relación con su protección jurisdiccional, dispone: *“Los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulnere los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado”*.

El contenido textual de los preceptos del Estatuto andaluz transcritos revela así una clara diferencia en el tratamiento otorgado por el EA a los “principios rectores de las políticas públicas” contemplados en el art. 37 EA (cuyo alcance y garantía regula el art. 40 EA⁹ en términos similares a los del art. 53.3 de la CE) y el otorgado a los derechos estatutarios (en esencia, ese necesario respeto por el legislador autonómico del “contenido” de los derechos estatutarios establecido por el propio EA y que el art. 38 de éste proclama), y por tanto al derecho a la atención de las personas mayores en situación de dependencia, configurado así como un verdadero “derecho subjetivo” de contenido estatutario. El derecho a la atención de los mayores dependientes es así un nuevo derecho consagrado a nivel estatutario y cubierto por ende por lo previsto en los artículos 38 y 39 EA. Lo que implica una serie de consecuencias de evidente relevancia jurídica que sitúa dicho derecho ciertamente más allá del tradicional régimen de los servicios públicos asistenciales¹⁰ e incluso del modo con que los derechos sociales se configuran en la Constitución.

⁹ “1. El reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas informará las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen; 2. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas”.

¹⁰ Sobre la configuración como derechos subjetivos de las prestaciones en materia de servicios sociales, véase TORNOS MAS, J., “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales” en *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, 2005, pág. 375.

4. ALCANCE DEL DERECHO A LA ATENCIÓN A LOS MAYORES Y SUS SITUACIONES DE DEPENDENCIA COMO DERECHO ESTATUTARIO

Debemos, pues, profundizar en el alcance que las citadas previsiones del EA tengan en la configuración del derecho a la atención de la dependencia de las personas mayores como derecho subjetivo.

Conforme al art. 38 del Estatuto andaluz, el derecho a la atención de las personas mayores dependientes, como derecho social de carácter estatutario, además de vincular a los poderes públicos andaluces, tiene un contenido, previo a su configuración legal, establecido por el propio Estatuto, que debe ser respetado por el legislador autonómico. La necesaria intervención del legislador autonómico para el desarrollo del derecho a la atención de las personas mayores proclamado por el Estatuto, es obvia, en mayor medida dado el carácter prestacional del derecho y la consiguiente exigencia de cierta “cuantificación” de la correspondiente prestación, lo que, lógicamente, no puede llevarse a cabo, por su propia naturaleza en el Estatuto. Pero lo relevante es el reconocimiento por el EA no ya del derecho, sino también del contenido del mismo –el que establezca el EA– que habrá de ser respetado por el legislador autonómico ordinario, y que por tanto limita la libertad de configuración del derecho por parte de éste¹¹.

El EA sitúa así los derechos estatutarios (y por tanto el derecho a la atención de las personas mayores) en un nivel conceptual cercano al de los derechos fundamentales y su contenido esencial prevalente sobre el legislador ordinario (cfr. art. 53 CE). Ciertamente que sólo en el orden del Derecho autonómico y con la diferencia de que ese contenido del derecho, prevalente, no es el esencial o intrínseco al derecho en sí, sino el contenido establecido en el Estatuto, en concreto, en el caso de las personas mayores el derecho a “*recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes*” (art. 19 EA).

¹¹ En este sentido, RODRÍGUEZ, A. “Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm.68, 2007.

En segundo lugar, no es ya que el derecho a la atención de las personas mayores, con su contenido estatutario, deba ser respetado por el legislador ordinario a la hora de delimitarlo, sino que contra la vulneración del mismo por cualquier acto de los poderes públicos (incluido por tanto, el poder legislativo) dice el art. 39 EA podrá recurrirse ante la jurisdicción correspondiente. Es cierto que este mismo precepto determina que ello tendrá lugar “de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado”, lo que abre un horizonte de evidente indefinición y complejidad. Pero, al menos en el plano del Derecho autonómico, parece claro que tanto el derecho como su garantía judicial han de disponer, conforme a la previsión estatutaria, de aplicabilidad directa.

La efectividad del derecho podrá exigirse, pues, no sólo ante la Administración que lo vulnerara o desconociera, sino, en principio, incluso frente a un acto legislativo que lo desarrolle vulnerando el contenido estatutario del mismo (aunque ciertamente la efectividad procesal de dicha exigencia sea, hoy por hoy, y dada la remisión del art. 39 EA a las leyes procesales del Estado bien distinta en uno y otro caso: articulable en vía contenciosa en el primer supuesto, y una incógnita –que podría llevarnos incluso a la inconstitucionalidad sobrevenida– en el segundo¹²).

En lo que respecta a la titularidad de los derechos reconocidos en el Estatuto andaluz, el art. 12 EA¹³ recoge que son titulares todas las personas con

¹² En efecto, en el supuesto planteado de que una ley autonómica vulnere el derecho estatutario al desconocer su contenido, podríamos entender aplicable el control de constitucionalidad de las normas autonómicas con fuerza de ley que el propio Estatuto atribuye en exclusiva al Tribunal Constitucional (art. 115). Por tanto, al no establecerse otro tipo de control, la ley autonómica vulneradora de derechos estatutarios podría ser objeto bien de un recurso de inconstitucionalidad (art. 162.1.a) CE), o bien de una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), lo que encontraría su fundamento no sólo en el llamado “bloque de la constitucionalidad” reconocido en el art. 28.1 LOTC y del que los Estatutos de Autonomía forman parte, sino en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, al afirmar éste en su STC 247/2007, de 12 de diciembre, en su Fdto. Jur. 15: “... *tales prescripciones estatutarias, como todas las otras contenidas en los Estatutos, habrán de ser tomadas en consideración por este Tribunal Constitucional cuando controle la adecuación de las normas autonómicas al correspondiente Estatuto*”. No obstante, lo que no parece tan claro, ni siquiera con el argumento del bloque de la constitucionalidad, es la posibilidad de interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pues aunque nos encontremos ante verdaderos derechos subjetivos estatutarios, la posibilidad de amparo constitucional está limitada de manera exclusiva a los derechos fundamentales, categoría ésta reconocida por la CE, de rango superior y de la que carecen los derechos estatutarios.

¹³ “*Los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este Título son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía, sin perjuicio de lo establecido para el derecho de participación en los asuntos públicos en el artículo 30 y de acuerdo con las leyes reguladoras de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*”.

vecindad administrativa en Andalucía. Por tanto, para ser titular del derecho a la atención de la dependencia, es requisito indispensable tener la “*vecindad administrativa*” en cualquiera de los municipios de Andalucía, debiendo entenderse por tal la que se adquiere al inscribirse en el Padrón municipal¹⁴. En consecuencia, se está reconociendo también la titularidad de los derechos a los extranjeros que cumplan este requisito¹⁵.

5. LA DOCTRINA SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES ESTATUTARIOS DE LA STC 247/2007, DE 12 DE DICIEMBRE DE 2007

Como hemos visto, el derecho a la atención de las personas mayores se configura por el Estatuto de Autonomía para Andalucía como un verdadero derecho subjetivo de naturaleza estatutaria y con un contenido prevalente –en los términos fijados por el Estatuto– sobre la decisión de cualquier poder público andaluz, conclusión ésta derivable de las propias determinaciones estatutarias. Esta conclusión, tan novedosa y relevante, podría, sin embargo, quedar en entredicho, no sólo en lo que respecta a este específico derecho, sino en general a todos los derechos estatutarios, por lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre de 2007¹⁶, que

¹⁴ Este requisito de la vecindad administrativa se exige también en la legislación social de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Así, la Ley de Atención y Protección a las Personas Mayores de Andalucía, reconoce el derecho de acceso a las prestaciones y servicios previstos en la misma a las personas con “residencia” en cualquier municipio de Andalucía (art. 2.1); y el Reglamento sobre concesión y uso de la Tarjeta Andalucía Junta Sesenta y Cinco, que permite a sus titulares acceder a las prestaciones y servicios que se establezcan al efecto en el ámbito de los servicios sociales, exige a los beneficiarios, además de tener 65 años de edad, el empadronamiento en cualquier municipio de Andalucía (art. 2 Decreto 76/2001, de 13 de marzo, por el que se regula la concesión y uso de la Tarjeta Andalucía Junta Sesenta y Cinco).

¹⁵ Sobre los problemas que plantea el acceso a la asistencia socio-sanitaria de las personas mayores extranjeras en Andalucía, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., “El derecho a la asistencia socio-sanitaria de los ciudadanos europeos mayores de edad en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm.70, 2008; y sobre la titularidad de los derechos de los extranjeros con carácter general, véase RODRÍGUEZ VERGARA, A., “Ciudadanía europea, derechos sociales y Estatutos de Autonomía”, en *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, coord. por M. A. García Herrera, J. M. Vidal Beltrán, y J. Sevilla Segura, Colex-INAP, Vol. 1, 2005.

¹⁶ Dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 7288-2006, interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón, contra el art. 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, por el que se da nueva redacción a su art. 17.1.

viene a proclamar que los Estatutos de Autonomía sólo puede establecer verdaderos derechos públicos subjetivos, de eficacia inmediata, en lo que afecta a “la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias” (art. 147.2.c) CE), pero no en lo que se refiere a las competencias asumidas (art. 147.2.d) CE), en cuyo caso, los enunciados estatutarios, cualquiera que sea la fórmula con la que se expresen, nunca tendrán la naturaleza de un derecho subjetivo, sino la de directrices, mandatos o principios rectores.

En efecto, afirma el F.J. 15 de dicha Sentencia: *“Nada impide que el Estatuto de Autonomía [...] al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan... Por tanto, en el ámbito de lo dispuesto por el artículo 147.2.d) CE los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los Estatutos tales prescripciones estatutarias, han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que aunque les vinculen sólo pueden tener la eficacia señalada”*.

Los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en esta polémica sentencia y su alcance son sin duda debatibles. En ese sentido, nos parece necesario deslindar en esa doctrina del TC, sus conclusiones sobre los derechos estatutarios reiterativos o modulativos de los derechos fundamentales reconocidos en la CE, y los derechos estricta y solamente estatutarios, como sería el caso del derecho a la atención de las personas mayores. Como también sería necesario verificar las consecuencias que para el Derecho autonómico tengan tales determinaciones estatutarias al margen del “nomen” con que se las designe, pues al cabo podríamos llegar a conclusiones análogas. No obstante, sí quisiera resaltar que el Estatuto Valenciano (L.O. 1/2006, de 10 de abril), objeto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, carece de la cláusula de cierre garantista de la efectividad de los derechos estatutarios reconocidos en el mismo, que, por el contrario, si recoge el EA andaluz (arts. 38 y 39), tal y como hemos visto. Por ello, es de máximo interés el posicionamiento que adopte el Tribunal Constitucional en su esperada sentencia sobre el Estatuto de Cataluña (L.O. 6/2006, de 19 de julio). Primero, por la similitud en la configuración del catálogo de derechos estatutarios de los ciudadanos entre el Estatuto catalán y el andaluz, y segundo, porque si ante el Estatuto catalán el Tribunal Constitucional mantuviera su doctrina de que los dere-

chos proclamados por los Estatutos no son derechos en ningún caso, parece que habrá que reconsiderar el alcance jurídico de los derechos reconocidos como tales en los actuales Estatutos de Autonomía.

6. IMPLICACIONES DE LAS PREVISIONES ESTATUTARIAS PARA LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Como hemos visto, el Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce a las personas mayores, en su art. 19, el derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, a acceder a una atención gerontológica adecuada en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes. También consagra en su art. 24 el derecho de las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia, a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.

No obstante, en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza ya con carácter previo a la aprobación del nuevo Estatuto de Autonomía, e incluso de la entrada en vigor de la Ley estatal de Dependencia de 2006, existía un régimen jurídico de protección de las personas mayores. Por ello, es necesario analizar dicho régimen jurídico, para poder determinar qué implicaciones tiene para la Comunidad Autónoma de Andalucía el reconocimiento en el Estatuto de Autonomía del derecho a la protección de las personas mayores.

6.1. Protección de los mayores en Andalucía con anterioridad a la Ley de Dependencia

La política social dirigida a la protección de los mayores y especialmente, a los mayores dependientes se inicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía en el año 1999. En ese año, el legislador andaluz aprueba dos leyes fundamentales en la materia: la Ley 1/999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía y la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores en Andalucía.

La Ley de Atención a las personas con discapacidad, tiene como objetivo regular las actuaciones dirigidas a la *“atención y promoción del bienestar de las personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales con el fin de hacer efectiva la*

igualdad de oportunidades y posibilitar su rehabilitación e integración social, así como la prevención de las causas que generan deficiencias, discapacidades y minusvalías". Esta Ley, siguiendo los principios de integración, normalización, y fomento de la investigación, establece un reconocimiento del derecho a las prestaciones previstas en la misma efectuado de manera personalizada por los distintos órganos de la Administración pública competentes, previo informe o calificación, en su caso, del correspondiente equipo de valoración y orientación. Pues bien, en relación con los mayores dependientes, contempla aspectos tan relevantes como la asistencia sanitaria¹⁷ y la rehabilitación médico-funcional¹⁸; la asistencia social a través de los servicios sociales comunitarios (configurados como estructura básica y primer nivel de atención a las personas con discapacidad) y especializados (estructurados en centros de valoración¹⁹, residenciales²⁰ y unidades de día²¹); e incluso la accesibilidad urbanística, arquitectónica, en el transporte y la comunicación.

¹⁷ Entendida en sentido amplio, pues el art. 12 de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, establece: *"Quedarán garantizadas, de acuerdo con el régimen de Seguridad Social aplicable, las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y, en su caso, los tratamientos dietoterápicos complejos, para la correcta atención a las personas con discapacidad cuando sea imprescindible para su desarrollo físico y psíquico"*.

¹⁸ Se entiende por rehabilitación médico-funcional el proceso orientado a la recuperación o adiestramiento de una función o habilidad perdida, ya sea por causa congénita o adquirida, teniendo por objeto la prestación de los servicios y ayudas técnicas dirigidas a la consecución de la recuperación de las personas con discapacidad, o en su defecto la aminoración de las secuelas resultantes y del desarrollo de las capacidades residuales (art. 13.2 Ley 1/1999, de 31 de marzo).

¹⁹ Los centros de valoración y orientación se configuran como la estructura física y funcional de carácter público destinada a la valoración y orientación de las personas con discapacidad. Corresponde a estos centros en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la valoración y calificación de la minusvalía, determinando su tipo y grado (art. 31 Ley 1/1999, de 31 de marzo).

²⁰ Los centros residenciales se configuran como recursos de atención integral destinados a aquellas personas que, al no poder ser asistidos en su medio familiar, lo precisen temporal o permanentemente. A estos efectos, deberá distinguirse entre aquellos centros que atiendan a personas con una discapacidad tan grave que precisen de la ayuda de otra persona para la realización de actividades de la vida diaria, de aquellos otros que atiendan a personas con cierta autonomía personal (art. 32 Ley 1/1999, de 31 de marzo).

²¹ Los centros de día se configuran como establecimientos destinados a la atención de aquellas personas que no puedan integrarse –transitoria o permanentemente– en un medio laboral normalizado o que por su gravedad, requiriendo de atención continuada, no puedan ser atendidos por su núcleo familiar durante el día. A estos efectos deberá distinguirse entre aquellos centros destinados a personas con discapacidad tan grave que dependan de otra persona para las actividades de la vida diaria, como apoyo a la familia, de aquellos otros destinados a personas cuya capacidad les permita la realización de tareas prelaborales u ocupacionales, en aras de la normalización de sus condiciones de vida (art. 33 Ley 1/1999, de 31 de marzo).

La Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores, por su parte, establece un sistema integral de atención y protección a las personas mayores en Andalucía, en el que con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas de Andalucía y de los propios sectores sociales a los que va dirigida, aborda una acción planificada, coordinada y global en todas las áreas que afectan a las personas mayores.

Así, esta Ley atiende a la participación de las personas mayores a través de los Consejos de Mayores y la obligación de las Administraciones públicas de promover el voluntariado de mayores; determina los diferentes niveles de atención que el sistema andaluz de servicios sociales presta a las personas mayores: los servicios sociales comunitarios y los servicios sociales especializados; regula un catálogo de derechos y deberes de los usuarios de los servicios y centros de servicios sociales; recoge los objetivos de la atención sanitaria a las personas mayores dentro del marco del Sistema Público Andaluz de Salud; y establece el Sistema Sociosanitario Andaluz para las personas mayores, que tiene por finalidad la prestación, de forma integral y coordinada, de servicios propios de la atención sanitaria y de los servicios sociales, bien sean de carácter temporal o permanente para aquellas personas mayores que por su alto grado de dependencia, especialización en los cuidados e insuficiencia de apoyo sociofamiliar requieran ser atendidos conjuntamente por los recursos sanitarios y sociales.

Además, dicha Ley reconoce a este colectivo una serie de derechos específicos como son el derecho a la adaptación de su vivienda a las necesidades de las personas mayores, sobre todo para aquellas que tienen problemas de movilidad; a la promoción de la educación, del conocimiento sobre la vejez y sobre la preparación a la jubilación; en materia de cultura, ocio, turismo y deporte, mediante la necesaria integración de las personas mayores en las actuaciones destinadas a toda la población, adecuándolas a las necesidades de éstas; así como el derecho a su protección económica y jurídica en situaciones de maltrato, desvalimiento, senilidad, enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a las personas gobernarse por sí mismas, y que las hacen merecedoras de especial protección por parte de las Administraciones Públicas.

En este contexto, el Sistema Andaluz de Servicios Sociales engloba los servicios y centros de atención a las personas mayores de titularidad tanto pública como privada, y garantiza la adecuada prestación de servicios, tanto comunitarios como especializados, a las personas mayores. Los servicios sociales comunitarios son la estructura básica y primer nivel de atención del Sistema de

Servicios Sociales de Andalucía, y atienden, entre otros, al sector de mayores. Esta atención específica se desarrolla desde la red de centros de servicios sociales comunitarios. El objetivo básico de estos servicios para las personas mayores es el de promover su integración y participación en la sociedad, favoreciendo el mantenimiento en su medio habitual y evitando su marginación. Para ello, dispensan prestaciones y servicios mediante actuaciones personalizadas, polivalentes, integradoras, complementarias, técnicas y preventivas tendentes a mejorar la calidad de vida de las personas mayores, y responderán a las necesidades de las personas mayores mediante información sobre recursos existentes, gestión de prestaciones, ayuda a domicilio y, en general, mediante la atención especial a personas con problemas de integración social.

Los servicios sociales especializados, por su parte, en cuanto instrumentos para la atención a las personas mayores dirigidos a posibilitar su integración social, deben estructurarse en los ámbitos más próximos al ciudadano, evitan-do situaciones de desarraigo, y se estructuran a través de:

- Centros de día²².
- Unidades de estancias diurnas²³.
- Viviendas tuteladas²⁴.

²² Los centros de día se configuran como centros de promoción de bienestar de las personas mayores, tendentes al fomento de la convivencia, la integración, la participación, la solidaridad y la relación con el medio social, pudiendo servir, sin detrimento de su finalidad esencial, de apoyo para la prestación de servicios sociales a otros sectores de la población (art. 15 Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores en Andalucía).

²³ Las unidades de estancias diurnas están destinadas a prestar una atención integral durante parte del día a personas mayores con un grado variable de dependencia física o psíquica. Su objetivo es mejorar o mantener el nivel de autonomía personal de los usuarios y apoyar a las familias o cuidadores que afrontan la tarea de atenderlos (art. 16 Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores en Andalucía).

²⁴ Son viviendas tuteladas aquéllas destinadas a personas mayores que posean un grado suficiente de autonomía personal y se configuran como pequeñas unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o zonas de viviendas normalizadas, sometidas al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa sobre centros de servicios sociales, y supervisadas por una entidad de servicios sociales, tanto de carácter público como privado (art. 17 Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores en Andalucía).

- Centros residenciales²⁵.
- Otras alternativas²⁶.

En el acceso a estos servicios sociales, la Ley de Atención y Protección a las personas mayores de Andalucía recoge la participación de los usuarios en el coste de los servicios, siendo computados tanto las rentas y bienes de la persona mayor como los de aquéllos obligados a prestarle alimentos, sin perjuicio de que las personas que carezcan de recursos suficientes para abonar su importe tengan derecho a la exención o bonificación del pago del coste de los servicios que reciban.

Además, dada la importancia de la familia como pilar básico para las personas mayores, las Administraciones públicas deben apoyar a las familias y a otros cuidadores que tengan a su cargo la atención de una persona mayor dependiente –lo que se ha venido denominando el sistema informal de atención–, a través de medidas y programas de información y entrenamiento en las habilidades necesarias para afrontar su cuidado, así como a través de medidas de soporte sociosanitarias que compensen la dedicación familiar intensiva y eviten situaciones extremas de cansancio familiar.

Al margen de este marco legislativo, también debe destacarse el desarrollo reglamentario que ha efectuado la Junta de Andalucía adoptando una serie de medidas dirigidas especialmente a las personas mayores. Así, podemos

²⁵ Los centros residenciales son centros de alojamiento y de convivencia que tienen una función sustitutoria del hogar familiar, ya sea de forma temporal o permanente, donde se presta a la persona mayor una atención integral. Las Administraciones Públicas fomentarán las estancias temporales en centros residenciales, entendiéndose éstas como la permanencia por un período de tiempo predeterminado (art. 18 Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores en Andalucía).

²⁶ Las Administraciones Públicas fomentarán aquellos programas dirigidos a favorecer la permanencia de la persona mayor en su entorno, tales como: a) Integración Familiar, destinado a fomentar la integración del mayor en su propia familia u otras familias, en caso de que la persona mayor se encuentre sola y existan familias que deseen atenderlas e integrarlas en su propia unidad familiar; b) Alojamiento de Jóvenes con Personas Mayores, dirigido a promover la estancia de jóvenes con personas mayores que, por sus circunstancias, se encuentren solas y deseen dar alojamiento a estas personas; c) Viviendas Compartidas, destinadas a dar alojamiento a varias personas ya sean mayores o a jóvenes y mayores indistintamente, siempre que su grado de autonomía les permita esta convivencia; y d) Otros análogos (art. 19 Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores en Andalucía).

destacar, el Decreto 76/2001, de 13 de marzo, por el que se regula la concesión y uso de la Tarjeta Andalucía Junta Sesenta y Cinco, que permite a sus titulares acceder a las prestaciones y servicios que se establezcan al efecto en el ámbito de los servicios sociales; el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, que establece ayudas para las familias con personas mayores discapacitadas, en la medida en que recoge la protección y ayuda ante necesidades de las familias cuidadoras que son las principales cuidadoras de mayores con dependencia. En lo que respecta a las medidas a favor de los mayores y personas con discapacidad, establece fundamentalmente medidas sanitarias y sociales. Entre las primeras, recoge cuidados a domicilio, fisioterapia y rehabilitación, así como el Plan Andaluz de Alzheimer o el desarrollo de dispositivos socio-sanitarios de Salud Mental; y entre las segundas, medidas sociales en el domicilio, como adecuación básica de viviendas; medidas de carácter social en centros (centros de día, servicios de comedor, programas de estancia diurna y de respiro familiar, centros residenciales, dotación de equipos informáticos, etc.); y las Órdenes de 10 de enero de 2002, por la que se regula el Servicio Andaluz de Teleasistencia, y de 6 de mayo de 2002, que regula el acceso y el funcionamiento de los programas de estancia diurna y respiro familiar²⁷.

6.2. Protección de los mayores en Andalucía con posterioridad la Ley de Dependencia estatal

Tras la entrada en vigor de la Ley básica estatal de Dependencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha realizado una adaptación de su sistema jurídico de protección de las personas mayores a las condiciones básicas establecidas por el legislador estatal para garantizar el derecho a la autonomía y la protección de las situaciones de dependencia. No obstante, y como vamos a ver, esta adecuación normativa no se ha efectuado como sería deseable a tra-

²⁷ Los Programas de estancia diurna y respiro familiar inciden en el papel social de las familias y la mujer como cuidadoras de las personas en situación de dependencia. Los programas se desarrollan en Centros Específicos o compartiendo instalaciones con Centros Residenciales. Los Programas de Estancia Diurna consisten en el “conjunto de actuaciones que prestándose durante parte del día están dirigidas a una atención integral mediante servicios de manutención, ayuda a las actividades de la vida diaria, terapia ocupacional, acompañamiento y otros, que mejoren o mantengan el nivel de autonomía personal de los/las usuarios”. Y los Programas de Respiro Familiar son el “conjunto de actuaciones descritas para los programas de estancia diurna, que se prestaran, en régimen residencial, en periodos que oscilen entre veinticuatro horas y un mes, con carácter prorrogable, por motivos de descanso, enfermedad u hospitalización, emergencias y otras circunstancias análogas”.

vés de una norma de rango legal que recoja de forma unitaria el sistema jurídico de protección social de las personas mayores, y especialmente, de los mayores dependientes, sino a través de la aprobación de diferentes normas reglamentarias.

En efecto, tras la Ley de Dependencia de 2006, la primera actuación de los poderes públicos andaluces fue la aprobación del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración. Pero a partir de esta norma reglamentaria, la adecuación al marco básico establecido por el legislador estatal se ha realizado a través de Órdenes de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, y, entre otras, las siguientes:

- Orden de 3 de agosto de 2007, por la que por los que se establece la intensidad de protección de los Servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.
- Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía.
- Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Orden de 21 de diciembre de 2007 por la que se aprueba el modelo de Reglamento de Régimen Interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia que formen parte del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.
- Orden de 21 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el modelo de documento contractual para el ingreso de personas mayores en situación de dependencia en centros residenciales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Orden de 7 de marzo de 2008, por la que se modifica la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de contabilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía y la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de ayuda a domicilio.
- Orden de 22 de septiembre de 2008, por la que se modifican las Órdenes de 5 de noviembre y 15 de noviembre de 2007, antes señaladas.

En consecuencia, y como puede observarse, la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene así establecido el marco normativo en el que se insertan las actuaciones públicas y privadas tendentes a la protección y atención de las personas mayores para garantizar su bienestar y mejorar su calidad de vida en Andalucía.

No obstante, es preciso verificar si ese régimen jurídico de protección de las personas mayores instaurado por Andalucía se adecua de manera efectiva a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que establece el Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia creado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia.

Las prestaciones y servicios que oferta el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (que no son otras que las que ya venían prestando los servicios sociales autonómicos pero que ahora quedan integrados en un dispositivo único: la red de servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia), se inspiran en una serie de principios básicos como son el carácter público de las prestaciones; la universalidad en el acceso; una atención integral e integrada; la transversalidad de las políticas de atención; la colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios; la participación de la iniciativa privada y del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia; la cooperación interadministrativa; y la integración de las prestaciones en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados.

En este sentido, el Sistema Andaluz de Servicios Sociales, tal y como hemos visto, está compuesto por los servicios sociales comunitarios y especializados. Sin embargo, con la implantación del SAAD por la Ley 39/2006, de Dependencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía y su Sistema de Servicios Sociales ha tenido que adaptarse a esta nueva realidad jurídica –si bien dicho proceso de adaptación resulta cuestionable, como veremos–, pues son las Comunidades Autónomas las competentes para planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, así como gestionar en su ámbito territorial los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la de-

pendencia²⁸, a través de de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas, mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados²⁹.

La propia Administración pública andaluza al aprobar el Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, recoge en su Exposición de Motivos que “*el presente Decreto permite la puesta en marcha y el acceso de la ciudadanía andaluza al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*”. En efecto, para el acceso a las prestaciones del SAAD en Andalucía es preciso tener reconocida la situación de dependencia, lo que tiene lugar mediante la aplicación de un baremo acordado en el Consejo Territorial del SAAD³⁰ y aprobado por Real Decreto³¹, y cuya aplicación corresponde a los órganos de valoración públicos que determine la Comunidad Autónoma conforme a los criterios comunes de composición y actuación que acuerda el citado Consejo, en el seno del denominado “procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema”, cuyo criterios básicos acuerda también el Consejo Territorial³².

Pues bien, ese es precisamente el objeto del Decreto 168/2007, de 12 de junio, determinar las particularidades procedimentales para obtener el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD en Andalucía³³. Pero al margen de este contenido necesario y pri-

²⁸ Art. 11.1 a) y b) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia.

²⁹ Art. 14.2 y 16.1 Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia.

³⁰ Previsto en la Ley de Dependencia como el instrumento de cooperación para la articulación del Sistema, en cuya composición tienen mayoría las Comunidades Autónomas (art. 8.1) y que tiene atribuidas importantes funciones destinadas tanto a la configuración y funcionamiento del propio Sistema, como al alcance y efectividad de los derechos de las personas en situación de dependencia, recogidas en el art. 8.2 de la Ley.

³¹ Real Decreto 504/2007, de 20 de abril.

³² Acordados unos y otros criterios por el Consejo de 22 de enero de 2007.

³³ Véase el análisis que sobre el citado Decreto efectúa la profesora NÚÑEZ LOZANO, M.C., en el “Informe sobre el Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, así como los órganos competentes para su valoración” *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 67, 2007.

mario para la implantación del Sistema a nivel andaluz, no encontramos en su articulado ninguna disposición, salvo la integración de las prestaciones reconocidas en la Ley de Dependencia en el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía (art. 3³⁴), que regule cómo se efectúa dicha integración y se pone en marcha el SAAD dentro del Sistema Andaluz de Servicios Sociales.

Sin embargo, dónde si podemos apreciar una verdadera adaptación a las condiciones básicas para la atención de la dependencia establecidas por el legislador estatal, es en la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establece la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, modificada por la Orden de 7 de marzo de 2008³⁵, que expresamente reconoce en su Exposición de Motivos que *“la publicación de la Orden de 3 de agosto de 2007 ha permitido la aplicación en la Comunidad Autónoma de Andalucía de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y de sus disposiciones de desarrollo, avanzando en la determinación de aspectos fundamentales para la aplicación del Sistema”*. Y ello, a pesar de resultar ciertamente cuestionable que el desarrollo de una legislación básica estatal se efectúe mediante norma reglamentaria, no ya con rango de Decreto, sino de Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

En efecto, en la citada Orden de 3 de agosto de 2007 se establece que al Catálogo de servicios básicos³⁶ (art. 15 de la Ley estatal 39/2006, de Depen-

³⁴ *“La Comunidad Autónoma de Andalucía, en el ámbito de sus competencias, reconoce y garantiza la oferta de las prestaciones establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, integrándolas en el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía”*.

³⁵ Que viene a ampliar la compatibilidad de las prestaciones inicialmente prevista, con el fin de permitir de manera real y efectiva la asistencia de las personas en situación de Gran Dependencia y Dependencia Severa, en su nivel 2, al Centro de Día que le pueda ser prescrito en su Programa Individual de Atención, y como consecuencia, dicha ampliación también obliga a la modificación puntual de la Orden de 3 de agosto de 2007 y de la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía, con objeto de adaptarla a esta nueva regulación.

³⁶ Sobre las prestaciones establecidas en la Ley de Dependencia que pueden tener naturaleza de servicios y de prestaciones económicas, recoge la Exposición de Motivos: *“la presente Orden tiene en cuenta la normativa vigente aplicable a los distintos servicios que constituyen el catálogo, sin necesidad de establecer en este momento regulaciones que puedan ser objeto de futuras disposiciones que completen íntegramente el régimen normativo autonómico del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía No obstante, se establecen las disposiciones necesarias para la gestión de las prestaciones económicas que establezca el Programa Individual de Atención de las personas beneficiarias”*.

dencia), se les aplicará el régimen de ordenación, acreditación, registro e inspección de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las disposiciones vigentes en cuanto a las condiciones y régimen de prestación de los servicios (art. 2).

Además, se configura la red de centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ésta estará integrada por:

- a) Centros y servicios públicos de titularidad de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos y Entidades dependientes.
- b) Centros y servicios públicos de titularidad de las Entidades Locales de Andalucía.
- c) Centros y servicios privados concertados del tercer sector³⁷.
- d) Centros y servicios privados concertados de la iniciativa privada con ánimo de lucro.

Los centros y servicios privados concertados, así como los centros y servicios privados no concertados que colaboren con el Sistema en la atención a personas en situación de dependencia deberán estar acreditados conforme a la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma de Andalucía³⁸.

En cuanto a la intensidad de los servicios para la atención a la dependencia en Andalucía, ésta queda determinada por el contenido prestacional de cada uno de los servicios asistenciales³⁹ y por la extensión o duración del mismo según el grado y nivel de dependencia⁴⁰. En este sentido, se regula la intensi-

³⁷ Definidos en el art. 2.8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, como organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales.

³⁸ El procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía se regula por la Orden de 5 de noviembre de 2007, modificada por la Orden de 22 de septiembre de 2008.

³⁹ Entendiendo por éstos los que ha de recibir la persona dependiente para su atención y cuidado personal en la realización de las actividades de la vida diaria, así como los que tienen como finalidad la promoción de su autonomía personal, incluido el transporte adaptado para la asistencia al centro de día o de noche (art. 6.2 Orden 3 de agosto de 2007).

⁴⁰ El art. 5 establece la correspondencia de los servicios y prestaciones según el grado y nivel de dependencia. Así:

dad del servicio de Teleasistencia (art. 7); del servicio de Ayuda a Domicilio (art. 8); del servicio de Centro de Día (UED) (art. 9); y del servicio de Atención Residencial (art. 10).

Asimismo, la Orden establece las compatibilidades entre los diferentes servicios y las prestaciones económicas (art. 11)⁴¹, y regula las condiciones pa-

- a) Dependencia moderada. Grado I. Nivel 1 y 2.
 - Teleasistencia.
 - Ayuda a Domicilio.
 - Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).
 - Estancias residenciales temporales en centros residenciales.
 - Prestación económica vinculada al servicio.
 - Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.
- b) Dependencia severa. Grado II. Nivel 1 y 2.
 - Teleasistencia.
 - Ayuda a Domicilio.
 - Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).
 - Atención residencial.
 - Estancias residenciales temporales en centros residenciales.
 - Prestación económica vinculada al servicio.
 - Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.
- c) Gran dependencia. Grado III. Nivel 1 y 2.
 - Teleasistencia.
 - Ayuda a Domicilio.
 - Centro de Día (UED) y de Noche (UEN).
 - Atención residencial.
 - Estancias residenciales temporales en centros residenciales.
 - Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.
 - Prestación económica vinculada al servicio.
 - Prestación de asistencia personal.

⁴¹ En concreto, el régimen de compatibilidades para cada uno de los servicios y prestaciones económicas es el siguiente:

- El servicio de Teleasistencia es compatible con todos los servicios y prestaciones salvo con el servicio de Atención Residencial y con la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio de esta misma naturaleza.
- El servicio de Ayuda a domicilio será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción del servicio de Teleasistencia y la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.
- El servicio de Centro de Día es incompatible con todos los servicios y prestaciones económicas con excepción del servicio de Teleasistencia; el servicio de Atención Residencial cuando el Centro de Día sea de terapia ocupacional; la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente; y el servicio de Ayuda a

ra acceder a las prestaciones económicas (vinculada al servicio⁴², para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales⁴³, y de asistencia personal⁴⁴) del SAAD en Andalucía.

- Domicilio o, en su defecto, la prestación económica vinculada a este servicio, en los casos en que se determine y con carácter complementario.
- El servicio de Centro de Noche es incompatible con los demás servicios y prestaciones económicas con excepción del servicio de Teleasistencia y la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.
 - El servicio de Atención Residencial será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de Unidades de estancia diurna con terapia ocupacional y la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.
 - La prestación económica vinculada al servicio será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción del servicio de Teleasistencia, salvo cuando se trate de prestación económica vinculada para la adquisición de un servicio de Atención Residencial, y la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales durante el período vacacional de la persona cuidadora.
 - La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción del servicio de Teleasistencia y los servicios de Ayuda a domicilio, Centro de Día y de Noche y Atención Residencial, así como con la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio de esta última naturaleza, durante el período vacacional de la persona cuidadora.
 - La prestación económica de asistencia personal es incompatible con los demás servicios y prestaciones, con excepción del servicio de Teleasistencia y los servicios de Ayuda a domicilio, Centro de Día y de Noche y Atención Residencial, durante el período vacacional de la persona asistente.

⁴² La prestación económica vinculada al servicio está destinada a contribuir a la financiación del coste de los servicios establecidos en el catálogo, únicamente cuando en el correspondiente ámbito territorial no sea posible la atención a través de los servicios públicos o concertados de la Red del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía. A estos efectos, se considerará que no es posible la atención: a) Servicio de Atención Residencial: Cuando no se disponga de plaza adecuada en los centros públicos o privados concertados en el ámbito de la provincia en que resida la persona beneficiaria, si se trata de Centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia, o, en el ámbito autonómico, cuando se trate de Centros de Atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad; b) Servicios de Centro de Día y de Noche: Cuando no se disponga de plaza o de transporte adecuados para centros públicos o privados ubicados a una distancia máxima de cuarenta y cinco minutos con los medios habituales de locomoción desde el domicilio de la persona beneficiaria; c) Servicio de Ayuda a Domicilio: su inexistencia o insuficiencia se certificará por los Servicios Sociales Comunitarios del Municipio de residencia de la persona beneficiaria (art. 13).

⁴³ La prestación económica para cuidados en el entorno familiar está destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la atención prestada por la persona cuidadora no profesional, pudiendo ser reconocida en cualquier grado y nivel de dependencia, cuando se reúnan las condiciones de acceso establecidas (art. 14).

Aunque esta Orden de 3 de agosto de 2007 constituye, a nuestro entender, el desarrollo normativo más directo de las previsiones de la ley básica estatal de Dependencia, lo cierto es que el régimen normativo autonómico del SAAD en Andalucía está compuesto por una multitud de normas reglamentarias, algunas con rango de Decreto, pero en su mayoría de Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, que han ido implantando, en mayor o menor medida, el Sistema de atención a la dependencia a nivel andaluz. Esta opción normativa de los poderes públicos andaluces resulta cuestionable por la inseguridad jurídica que plantea, fundamentalmente, a los sujetos titulares del derecho que deberán estar pendientes de las diferentes Órdenes, y sus modificaciones, que sean aprobadas por la Consejería competente, lo que podría haberse evitado si el desarrollo de la ley básica estatal se hubiera realizado a través de una ley autonómica, por lo menos en lo que se refiere al marco común denominador del SAAD en Andalucía, y ello sin perjuicio, de que las prestaciones y servicios se actualicen mediante normas de rango reglamentario para ir adaptando el Sistema a las nuevas necesidades que vaya surgiendo en la Comunidad Autónoma.

En cualquier caso, el verdadero reto en estos momentos para los poderes públicos andaluces, y en particular, para el poder legislativo, deriva del propio Estatuto de Autonomía y su reconocimiento del derecho a la atención de las personas mayores. En efecto, como hemos analizado en el presente trabajo, el Estatuto de Autonomía para Andalucía configura como un verdadero derecho subjetivo la atención a las personas mayores y a los mayores dependientes (arts. 19 y 24 EA), cuyo contenido estatutario debe ser respetado por los poderes públicos, tal y como establece el art. 38 EA al regular su garantía.

Pues bien, sobre el contenido estatutario del citado derecho, podemos afirmar que tanto el derecho a recibir de los poderes públicos andaluces una protección y una atención integral para la promoción de la autonomía personal y del envejecimiento activo, que permita a los mayores una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, y a percibir las prestaciones que establezcan las leyes; como el derecho de los mayores dependientes a acceder a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesaria-

⁴⁴ La prestación económica de asistencia personal está destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la contratación de un asistente personal, que posibilite una mayor autonomía en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria a las personas con gran dependencia, facilitándoles el acceso a la educación y al trabajo (art. 15).

rios para su desarrollo personal y social, quedan garantizado con el desarrollo normativo que hemos visto que ha efectuado la Comunidad Autónoma de Andalucía. Sin embargo, el art. 19 EA también recoge el derecho a acceder a una atención gerontológica adecuada en el ámbito sanitario, social y asistencial, contenido éste del derecho estatutario aún no definitivamente implantado en Andalucía.

6.3 Derecho a una atención gerontológica adecuada en el ámbito sanitario, social y asistencial

La atención gerontológica para las personas mayores implica integrar en un mismo sistema de protección todos los servicios y prestaciones las personas mayores puedan necesitar en un momento dado, sean éstos de carácter social, sanitario o asistencial, e incluso cultural o de ocio, algo que por el momento no tiene respaldo legal en nuestro sistema jurídico de protección social, tanto estatal como autonómico, caracterizado por la diversificación de sistemas de protección en función del carácter de las prestaciones (Sistema Nacional de Salud, Sistema de Servicios Sociales, Sistema de Atención a la Autonomía y la Dependencia, etc.).

Es cierto que la primera actuación para llegar en un futuro a un sistema de atención gerontológica pasa por el reconocimiento de un sistema de atención sociosanitaria para este colectivo, ya que la atención socio-sanitaria es un factor clave en la cobertura de las necesidades que este colectivo de personas precisa, por lo que resulta fundamental que las prestaciones sociales y sanitarias estén coordinadas. Pero lo cierto es, sin embargo, que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, diferencia claramente la cobertura de los ámbitos social y sanitario. Así, cuando el art. 15 regula el catálogo de servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, lo hace señalando que se establecen estos servicios, “*sin perjuicio de las prestaciones sociosanitarias que se regulan en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*”.

Efectivamente, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud consagra en su art. 14 la atención sociosanitaria como una prestación sanitaria básica. Sin embargo, dicha afirmación legal carece de virtualidad práctica alguna, pues el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, a través de la cual se hacen efectivas las prestaciones sanitarias, no ha regulado la prestación sociosanitaria.

En el ámbito andaluz, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores, también regula el Sistema Sociosanitario Andaluz para las personas mayores, que tiene por finalidad la prestación, de forma integral y coordinada, de servicios propios de la atención sanitaria y de los servicios sociales, bien sean de carácter temporal o permanente⁴⁵.

En este sentido, los servicios sociosanitarios se configuran como una red de servicios y prestaciones que cubrirán las necesidades de cuidados entre los diversos niveles y sistemas de atención a las personas de forma integral, interdisciplinar y rehabilitadora, optimizando los recursos disponibles. Así, el sistema sociosanitario comprenderá, entre otras prestaciones, la atención domiciliaria, atención en periodos de convalecencia y rehabilitación, cuidados paliativos, atención en estancias diurnas y atención de larga duración.

En cuanto a la financiación, se establece que el sistema se financiará con los presupuestos propios de la Administración de la Junta de Andalucía y de las Entidades Locales, en función de los recursos que se integren en el mismo, así como mediante subvenciones y aportaciones voluntarias de entidades, particulares y cualquier otra forma de financiación que pueda producirse. Ello sin perjuicio, de la participación de los usuarios en el coste de los servicios y prestaciones.

No obstante, sólo son destinatarios de este sistema aquellas personas mayores que por su alto grado de dependencia, especialización en los cuidados e insuficiencia de apoyo sociofamiliar requieran ser atendidos conjuntamente

⁴⁵ Estas prestaciones sociosanitarias irán dirigidas a garantizar los siguientes principios generales (art. 25):

- a) Conseguir y mantener el mayor grado de autonomía e independencia en el entorno domiciliario, evitando el ingreso innecesario en instituciones.
- b) Impulsar los mecanismos de coordinación y actuación conjunta entre los servicios sociales y los servicios sanitarios, tanto en el nivel de atención primaria y comunitaria como en los niveles especializados.
- c) Incluir planes y programas coordinados e interdepartamentales que contemplen las innovaciones necesarias para hacer frente a las nuevas necesidades y demandas asistenciales.
- d) Establecer los criterios sociosanitarios precisos para la ordenación de los recursos tanto para la delimitación de las estructuras de atención como de sus funciones y acceso a las mismas.
- e) Potenciar programas de formación continuada, investigación e intercambio de experiencias multidisciplinares entre los profesionales implicados de manera que redunde en la mejora de la calidad de la atención a las personas mayores.

por los recursos sanitarios y sociales, y además, la configuración de la red de servicios y centros para el sistema de atención sociosanitaria en Andalucía y la definición de las estructuras y dispositivos necesarios para la correcta valoración de los casos, planificación y asignación de medidas, derivación y evaluación de los procesos, queda encomendada a un desarrollo reglamentario que no se ha producido⁴⁶. Ello unido a la ausencia de una asistencia geriátrica especializada, también reconocida como derecho estatutario en el art. 22.1.k) del EA, dificulta la puesta en funcionamiento del sistema.

En consecuencia, no podemos hablar aún de una atención gerontológica adecuada en el ámbito de Andalucía, pues no existe un sistema público de protección en el que se de cobertura a todas las necesidades de las personas mayores, sean éstas de la naturaleza que sean. Por ello, y para dar cumplimiento al mandato del art. 19 EA, los poderes públicos andaluces deben establecer los instrumentos y mecanismos necesarios para que la coordinación y cooperación entre los servicios sociales, asistenciales y sanitarios, sea real y efectiva, y podamos así hablar de una atención gerontológica adecuada en el ámbito de Andalucía.

⁴⁶ Así se establece en el art. 26 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores, al recoger que *“el Sistema de Atención Sociosanitaria quedará formado por aquellos servicios y centros de la Administración de la Junta de Andalucía que se determine reglamentariamente, así como por los de las Entidades Locales y otras instituciones públicas y privadas con las que se establezcan los adecuados mecanismos de colaboración”*.

La imposibilidad de ejecutar una sentencia que ordena la demolición de un inmueble: análisis del artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Eduardo Caruz Arcos

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Administrativo.
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA A LA ADMINISTRACIÓN Y EL PRESTIGIO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. II.- IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN Y EXPROPIACIÓN DE DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS RECONOCIDOS POR LA SENTENCIA. III.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IDENTIDAD ENTRE LO ESTATUIDO EN EL FALLO Y LO EJECUTADO. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA JURISPRUDENCIA. IV.- LA REGULACIÓN LEGAL DE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR UNA SENTENCIA EN SUS PROPIOS TÉRMINOS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. EN PARTICULAR, LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INEJECUTABILIDAD. V.- EL OBJETO DEL INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA QUE ORDENA LA DEMOLICIÓN DE UN INMUEBLE CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 105 DE LA LJCA: LA VERIFICACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE ALGUNA CAUSA QUE IMPOSIBILITE LA EJECUCIÓN EN SUS JUSTOS TÉRMINOS Y LA DECISIÓN SOBRE LA FORMA ALTERNATIVA DE LLEVAR A EFECTO EL FALLO. VI.- CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CONDENA A LA ADMINISTRACIÓN Y EL PRESTIGIO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El Profesor Ramón PARADA afirmó¹ certeramente que la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración es la “cuestión en la que la ju-

¹ Prólogo de la obra de GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Thomson-Cívitas, 2008, Pág. 24.

risdicción contencioso-administrativa se ha venido jugando buena parte de su prestigio pues ¿de qué sirve sufrir los avatares de un proceso, a veces eterno en el tiempo, si con motivo de la ejecución de la sentencia favorable se inicia un nuevo e inacabado calvario que termina en un fiasco: la imposibilidad de ejecutar la sentencia?"².

La crónica y exasperante lentitud del proceso contencioso-administrativo agrava, aún más si cabe, la indefensión del justiciable que, tras esperar durante años la notificación de una sentencia firme estimatoria de sus pretensiones, debe guardar todavía un reducto de paciencia para afrontar su dificultosa ejecución, es decir, la realización práctica y efectiva de su derecho. En algunos casos, los años de espera e incertidumbre finalizan con la adopción, por el órgano jurisdiccional que conoció en primera o única instancia, de un auto que declara la inejecutabilidad material o jurídica de lo juzgado.

Esta decisión judicial, en la medida que afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debe adoptarse con todas las garantías procesales, siendo además exigible que el juzgador imponga las medidas sustitutorias necesarias que permitan una ejecución alternativa, bien mediante la indemnización por su equivalente económico o a través de otro tipo de prestación.

La imposibilidad material o jurídica de ejecutar una sentencia condenatoria de la Administración es una cuestión procesal especialmente relevante

² También LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J. ha recalcado la importancia de la cuestión, sosteniendo: "la ejecución de las sentencias constituye la prueba crucial de la eficacia del proceso", en su colaboración "Ejecución de sentencias en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", publicada en la obra colectiva *La Ejecución de Sentencias Contencioso-Administrativas. IV Curso sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Aranzadi, Gobierno de Cantabria, 2006, coordinada por SÁNCHEZ LAMELAS, A.

RAZQUÍN LIZARRA, J.A. ha calificado la ejecución de sentencias como un "elemento crucial y a la vez espinoso del proceso contencioso-administrativo", recordando que la propia Exposición de Motivos de la Ley 29/1998 señala que "la Ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo". *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 3/2009.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. ha publicado recientemente la que sin duda es la obra de referencia en la materia, op. cit. *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*. En la introducción de este excelente trabajo el autor sostiene que, más allá de la perspectiva subjetiva del justiciable, la imposibilidad de ejecutar una sentencia "tiene importancia desde una perspectiva más general y objetiva. Efectivamente, en la medida en que la sentencia supone la aplicación del Derecho a un caso concreto, la imposibilidad de ejecutarla da lugar aparentemente a una cierta frustración no sólo del propio proceso sino también del ordenamiento jurídico, que no va a poder ser aplicado en ese supuesto", op. cit. Pág. 36.

en el ámbito de los procesos urbanísticos. La anulación de planes, proyectos reparcelatorios y de urbanización o licencias plantea frecuentemente una gran complejidad por cuanto hace a su efectiva ejecución, toda vez que la aprobación de dichos instrumentos urbanísticos crea, modifica o extingue multitud de relaciones jurídicas.

En el presente estudio se analiza la posibilidad de ejecutar una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional contencioso-administrativo que ordena la demolición de un inmueble, uno de los supuestos más relevantes en la práctica. En concreto, cuando por razones legales o materiales resulta imposible ejecutar el fallo en sus propios términos.

II. IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN Y EXPROPIACIÓN DE DERECHOS E INTERESES LEGÍTIMOS RECONOCIDOS POR LA SENTENCIA

Antes de analizar la imposibilidad de ejecutar una sentencia por razones jurídicas o materiales conviene distinguir este supuesto de la potestad que, tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial³, como la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴ reconocen a la Administración para expropiar los derechos e intereses legítimos reconocidos a un administrado por un fallo judicial. Se trata de un procedimiento expropiatorio singular previsto en los artículos 18.2 de la LOPJ y 105.3 de la LJCA que deja en manos del juez o tribunal que conozca del incidente de ejecución la determinación directa del justiprecio o indemnización expropiatoria.

En este caso la sentencia es material y jurídicamente ejecutable, es decir, su realización o cumplimiento no resulta contraria a Derecho, ni fácticamente irrealizable, pero el ordenamiento habilita a la Administración condenada para que pueda, si concurre alguna de las causas legales tasadas⁵, evitar dicha

³ En adelante LOPJ.

⁴ En adelante LJCA.

⁵ "Son causas de utilidad pública o de interés social para expropiar los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme, el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional. La declaración de la concu-

ejecución mediante la expropiación de los derechos e intereses legítimos reconocidos por la sentencia que se sustituyen por su equivalente en metálico atendiendo a razones de interés público.

En las páginas que siguen sólo va a ser objeto de análisis la posibilidad procesal de que el juzgador considere el fallo como material o jurídicamente inejecutable, es decir, cuando el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos se sustituye por otro modo de acatamiento por razones objetivas, no fundadas en el interés público legitimador de una expropiación de derechos o intereses legítimos.

En cualquier caso, es muy difícil que la declaración judicial que conlleve la demolición total o parcial de una edificación – supuesto concreto objeto de estudio–, incluso de titularidad pública y afecta a un uso o servicio público, pueda alterar de forma grave el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, genere un temor fundado de una guerra o quebrante la integridad del territorio nacional⁶.

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IDENTIDAD ENTRE LO ESTATUIDO EN EL FALLO Y LO EJECUTADO. LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional ha manifestado en reiteradas ocasiones⁷, con fundamento en los artículos 24, 117 y 118 de la CE⁸, que el derecho a la tute-

rrencia de alguna de las causas citadas se hará por el Gobierno de la Nación; podrá también efectuarse por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma cuando se trate de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el acto, actividad o disposición impugnados proviniera de los órganos de la Administración de dicha Comunidad o de las Entidades locales de su territorio, así como de las Entidades de Derecho público y Corporaciones dependientes de una y otras”.

⁶ Es muy significativa la eliminación por la LJCA del cuarto supuesto de inejecución previsto en la Ley jurisdiccional de 1956: “Detrimento grave de la Hacienda Pública”.

⁷ Para acreditar la reiteración y “solera” de esta doctrina se citan sentencias del Tribunal Constitucional dictadas con décadas de diferencia que contienen los mismos pronunciamientos: STC 22/2009, de 26 de enero; STC 86/2006, de 27 de marzo; STC 73/2000, de 14 de marzo; STC 106/1999; STC 240/1998; STC 167/1987, de 28 de octubre; STC 109/1984, de 26 de noviembre y STC 32/1982, de 7 de junio, *inter alia*.

⁸ Artículo 24 de la Constitución Española: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

la judicial efectiva incluye la ejecución de las sentencias en sus justos términos, bien de forma voluntaria por la parte condenada o, en caso de incumplimiento o resistencia, por los órganos jurisdiccionales. Evidentemente, también la Administración pública condenada está sujeta a la actividad coactiva del juez si no acata el fallo condenatorio.

Las anteriores afirmaciones comprenden dos conquistas jurídicas diferentes e interrelacionadas. En primer lugar, que corresponde en exclusiva a los juzgados y tribunales no sólo juzgar, sino también ejecutar lo juzgado, eliminándose de esta forma la preconstitucional prerrogativa de la Administración de suspender o simplemente no ejecutar una sentencia judicial condenatoria por motivos de interés público.

En segundo término, el derecho de defensa del justiciable incluye la posibilidad de exigir del órgano jurisdiccional competente el cumplimiento estricto de lo ordenado en el fallo, es decir, la realización efectiva de su pretensión que, según los casos, puede implicar conforme a los artículos 31, 32 y 71 de la LJCA la anulación total o parcial de la disposición o acto recurrido, el reconocimiento y restablecimiento de un derecho o interés legítimo, el pago de una cantidad líquida, la emisión de un acto, la realización de una actuación material o, en caso de vía de hecho, la cesación de la misma.

Esta línea jurisprudencial, que está fuertemente consolidada y es valorada muy positivamente por la doctrina científica, admite excepciones. El propio Tribunal Constitucional ha considerado que en determinadas circunstancias no es exigible el cumplimiento exacto de lo dispuesto por el fallo, imponiéndose en estos casos un cumplimiento o ejecución alternativa o sustitutoria, bien mediante una indemnización o a través de otro tipo de prestación.

El Tribunal Constitucional consideró, en la relevante Sentencia 67/1984, de 7 de junio, que a su vez remite a otra anterior de 15 de julio de 1983 (STC 58/1983), que el derecho a la tutela judicial efectiva “no alcanza a cubrir las diferentes modalidades que puede revestir la ejecución de la sentencia pues

Artículo 117.3: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

Artículo 118: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

(...) tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo establecido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación”.

Según indica el F.J. 4 de la Sentencia citada, corresponde al legislador establecer “los supuestos en que puede no aplicarse el principio de identidad y sustituirse por una indemnización”, sin que ello afecte “al contenido esencial del derecho (de defensa)”.

La trascendencia de esta doctrina jurisprudencial ha sido destacada por LOZANO⁹ y GÓMEZ-FERRER RINCÓN¹⁰. Este último autor la resume en los siguientes términos:

“En definitiva, y de acuerdo con lo que acabamos de señalar, resulta constitucionalmente admisible que la condena establecida por una sentencia pueda ser sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación cuando exista una razón atendible determinada por el Legislador”.

Muchos años más tarde, a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1997 que anuló el proyecto de la presa de Itoiz, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar qué considera una “razón atendible” a estos efectos. Para la STC 73/2000, de 14 de marzo, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando una sentencia no se cumple en sus estrictos términos si ello se hace para preservar o proteger otros valores o bienes constitucionalmente protegidos y dignos de tutela, previo el correspondiente juicio de proporcionalidad.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN analiza esta doctrina llegando a una conclusión muy relevante. Para este autor puede considerarse como una “razón atendible”, es decir, como un valor o bien constitucional digno de tutela que justifique el sacrificio del derecho a la ejecución de una sentencia en sus justos términos, el principio de legalidad reconocido en los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución.

⁹ Análisis del artículo 105, incluido en la obra colectiva, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, número monográfico y especial de la Revista Española de Derecho Administrativo nº 100, 1998, Págs. 731 y 732.

¹⁰ Op. cit. Págs. 275 y ss.

La doctrina constitucional expuesta ratifica la constitucionalidad del supuesto tradicional de inejecución de sentencia por imposibilidad legal de cumplimiento, que se produce cuando la normativa tomada en consideración por el juzgador al dictar la sentencia se ha modificado, de forma tal que su ejecución implica la vulneración del ordenamiento jurídico vigente en el momento de la ejecutoria.

Además del principio de legalidad, otros valores o principios constitucionales que pueden ser “razones atendibles” para el autor citado son la protección de la vivienda a la que todos los ciudadanos tienen derecho¹¹, la evitación de la destrucción de la riqueza¹² y la inalienabilidad del dominio público¹³.

En nuestra opinión, es discutible que la inalienabilidad del dominio público sea una “razón atendible” cuando la ejecución de una sentencia implique la demolición de una obra pública ilegal, como se expone en el epígrafe V.1.2.d) al que nos remitimos. En todo caso, en la obra de GÓMEZ-FERRER RINCÓN no se cita ninguna sentencia que haya reconocido estos principios o valores constitucionales como “razones atendibles” que justifiquen el sacrificio del derecho fundamental a la defensa.

Recapitulando, el Tribunal Constitucional considera que en estos supuestos se produce una colisión o conflicto entre un derecho fundamental y otros valores o principios constitucionales que también tienen valor normativo directo, controversia que en determinadas circunstancias, que deben ponderarse caso por caso e interpretarse de forma restrictiva y limitada, justificarían el sacrificio del derecho a la ejecución en sus propios términos por otros medios alternativos de cumplimiento de la sentencia que salvaguarden esos valores o principios constitucionales afectados.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN¹⁴ ha expresado con suma claridad las consecuencias de esta doctrina:

¹¹ Artículo 47 de la Constitución Española.

¹² Artículo 131 de la Constitución Española.

¹³ Artículo 132 de la Constitución Española.

¹⁴ Op. cit. Págs. 295 y 296.

“(...) la juridificación de los tradicionales motivos de interés público ofrece hoy una posibilidad alternativa. En efecto, la imposibilidad legal de ejecución debe ser interpretada de conformidad con la Constitución, para entender que estamos en presencia de una imposibilidad legal de ejecutar una sentencia no sólo cuando la actuación que deba realizar la Administración en cumplimiento de la sentencia sea contraria a una Ley o a un reglamento o, eventualmente a una costumbre o principio general del Derecho, sino también cuando vulnere un determinado bien o valor constitucional cuya protección, en dicho caso concreto, y de acuerdo con el correspondiente juicio de proporcionalidad, deba primar frente al derecho a la ejecución de sentencia”.

En los supuestos de imposibilidad legal o material considerados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho al resarcimiento o a otras prestaciones alternativas – ejecución sustitutoria– deriva directamente de la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus estrictos términos, pero no supone, en ningún caso, la inexecución del fallo, posibilidad inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, cuando la jurisprudencia o los autores se refieren a la inexecución de una sentencia, en puridad, aluden a un supuesto de imposibilidad de ejecutarla en sus propios y estrictos términos, lo que no impide que, en su caso, atendiendo a las circunstancias concretas y a los contenidos del fallo, pueda y deba decretarse el cumplimiento forzoso alternativo, mediante una prestación distinta, principalmente una indemnización sustitutoria¹⁵.

Conforme a lo expuesto, según la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial incluye el derecho del justiciable a exigir, siempre que material y jurídicamente sea posible, el cumplimiento del fallo en sus estrictos términos. Ahora bien, cuando ello no sea posible por las razones constitucionalmente atendibles expuestas deberá darse cumplimiento al fallo judicial por otros medios alternativos y subsidiarios. Sin perjuicio de lo anterior, y debe ser destacado, en ningún caso es admisible en términos de constitucionalidad de-

¹⁵ La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección 6ª) de 13 de diciembre de 1990 (Ar. 9.963) señala que el tenor literal del artículo 107 de la Ley de 1956 es “equivoco”, pero que “lejos de cerrar la puerta a los incidentes de inexecución por causas de imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia firme recaída, lo que hace es acomodarlos a los requisitos mínimos de procedimiento orientados no tanto hacia la misma inexecución como hacia una forma diversa de llevar a efecto las sentencias, fundamentalmente la indemnización por daños y perjuicios”.

jar un fallo inejecutado. Por tanto, desde la perspectiva constitucional, las sentencias deben ejecutarse siempre, si bien los medios para dar cumplimiento a lo establecido en el fallo dependerán de las circunstancias concretas del caso.

IV. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR UNA SENTENCIA EN SUS PROPIOS TÉRMINOS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. EN PARTICULAR, LAS CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE INEJECUTABILIDAD

El artículo 103.2 de la LJCA establece que las partes, incluida la Administración, están obligadas a cumplir las sentencias en “la forma y términos que en éstas se consignent”. Por su parte, el artículo 104.1 del mismo texto legal ordena a la Administración que luego que sea firme una sentencia la “lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo y en el mismo plazo indique el órgano responsable de su cumplimiento”.

Estos preceptos se fundamentan en lo dispuesto respectivamente en el artículo 117.3 de la Carta Magna que establece que la potestad de hacer ejecutado corresponde “en exclusiva” a los juzgados y tribunales; y en el artículo 118 que demanda la colaboración de “todas” las partes, obviamente también la Administración, en el cumplimiento de los fallos judiciales.

El artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es categórico:

“Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

Por su parte, el artículo 105.2 de la LJCA desarrolla el precepto antes citado, señalando:

“Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal

aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

Como puede comprobarse existen algunas diferencias entre los dos preceptos reproducidos. En primer lugar, destaca el empleo de dos locuciones temporales diferentes en relación con la fijación de la indemnización sustitutoria. La primera disposición emplea la expresión “en todo caso”, mientras que la Ley ordinaria señala “en su caso”.

En segundo lugar, la LJCA ha precisado en el ámbito jurisdiccional que le es propio los supuestos de imposibilidad, distinguiendo, sin mayores precisiones, entre la “material” y la “jurídica”.

En tercer lugar, la Ley de lo contencioso regula cuestiones procedimentales del incidente en el que debe decidirse la imposibilidad de ejecutar la sentencia en sus justos términos, así como la imposición de medios de cumplimiento alternativos.

En los apartados siguientes se estudian los supuestos de inexecución en relación con las sentencias contencioso-administrativas que condenan a la demolición de inmuebles. Corresponde en este momento analizar la primera diferencia de redacción entre la Ley orgánica y la LJCA. La cuestión es: ¿siempre que se declare la imposibilidad legal o material de ejecutar una sentencia hay que indemnizar al recurrente?

En primer término, parece que no procedería la indemnización si el órgano jurisdiccional puede garantizar la eficacia de lo juzgado por otros medios alternativos distintos a la indemnización económica. La mejor prueba de ello la encontramos en el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 18 de marzo de 1994¹⁶. El Tribunal niega una indemnización pecuniaria al considerar que el recurrente incurre en un “abuso formalista”, ya que “da por sentado, de modo inaceptable, una especie de automatismo legal, según el cuál la falta de ejecución de la sentencia en sus propios términos debe conducir a la indemnización de perjuicios”. El Auto establece de manera tajante:

¹⁶ Ar. 2.181.

“(...) debe señalarse que en nuestro sistema legal cabe la ejecución por el equivalente, cuando no es posible la ejecución de la sentencia en sus propios términos, según lo dispuesto en el artículo 18 de la LOPJ, sin que, por lo demás, la alternativa a la ejecución de la sentencia en sus propios términos deba ser, en todo caso, la indemnización de perjuicios, pues tanto el precepto que se acaba de citar, como el artículo 106.1 in fine de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 admiten que «fuera posible atender de otra forma a la eficacia de lo resuelto por la anterior»”.

La Sentencia de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2008¹⁷ dispone que:

“(...) la existencia de indemnización no es una consecuencia obligada y necesaria sino que la norma legal, además de facultar al órgano sentenciador para apreciar la concurrencia de las causas de imposibilidad le faculta también para adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria «fijando en su caso la indemnización que proceda...» (artículo 105.2 citado). La redacción del precepto indica que no es preceptivo que la indemnización exista en todo caso; y, en efecto, no lo habrá cuando nadie la solicite”.

La jurisprudencia viene exigiendo que el recurrente sólo sea indemnizado si demuestra que la imposibilidad de ejecución le ha ocasionado un perjuicio patrimonial cierto y evaluable. En reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo, como el último citado, se cita expresamente el artículo 105 de la LJCA, recalcando la expresión “en su caso” contenida en el mismo. Es más, se ha reconocido abiertamente en la Sentencia de la Sección 5ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007 que la referencia del artículo 18.2 de la LOPJ a que procede la indemnización “en todo caso” debe ser interpretada conforme a lo dispuesto en el art. 105.2 de la LJCA, norma de fecha posterior y carácter especial aplicable en el orden procesal contencioso-administrativo. El fallo citado sostiene literalmente:

“No deja de ser significativo que si bien el artículo 18.2 de la LOPJ, genérico y anterior en el tiempo, se refiere a la indemnización para este supuesto «en todo caso», sin embargo, el posterior artículo 105.2 de la LJCA, se refiere al mismo supuesto, para este orden jurisdiccional, señalando su procedencia sólo «en su caso»; expresión de la que ya nos hemos ocupado en la STS de 10 de marzo de 2004 (Ar. 2.836)”.

¹⁷ Ar. 2.866.

La jurisprudencia¹⁸ considera que la carga de la prueba de los daños y perjuicios recae en quien los reclama, que deberá acreditarlos fehacientemente, aplicando razonamientos semejantes a los formulados en relación con los requisitos del daño de la responsabilidad aquiliana o extra-contractual de la Administración establecidos en el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Es decir, que los daños deben ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados. El Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala Tercera, Sección 5ª, de 26 de mayo de 2008) afirma que los perjuicios indemnizables previstos en la legislación administrativa general “son trasladables en lo sustancial («esencialmente aplicables») al caso que nos ocupa (inejecución de sentencia)”.

En la Sentencia antes citada se diferencian tres tipos posibles de daños indemnizables cuando una sentencia sea inejecutable en sus propios términos, distinguiendo, los “gastos procesales”, los “daños morales” y los “perjuicios tangibles”, ya sean “daños emergentes o lucro cesante”.

Los daños morales se reconocen abiertamente por el Alto Tribunal que señala: “no requiere un especial esfuerzo probatorio pues sin dificultad se comprende que, al margen del concreto valor material de las cuestiones y pretensiones objeto del litigio, comporta un perjuicio el hecho mismo de haber obtenido una sentencia favorable cuya ejecución queda luego frustrada”¹⁹.

En relación con los gastos procesales, la Sentencia comentada indica que son unos perjuicios “fácilmente objetivables y cuya existencia puede en buena medida darse por supuesta”²⁰.

Los “perjuicios tangibles” deben ser “debidamente acreditados por quien los alega”, doctrina reiterada que ya se ha comentado. Respecto de estos per-

¹⁸ SSTS de 26 de mayo de 2008 (Ar. 2.866); 4 de marzo de 2008 (Ar. 1.608); 24 de enero de 2007 (Ar. 5.383); 11 de marzo de 2002 (Ar. 4.301); 18 de marzo de 1994 (Ar. 2.181) y 18 de noviembre de 1987 (Ar. 9.232).

¹⁹ Este pronunciamiento tiene especial relevancia por cuanto la jurisprudencia, tanto civil como contencioso-administrativa, es muy restrictiva a la hora de estimar los daños morales.

²⁰ En cambio, la Sentencia de 18 de noviembre de 1987 (Ar. 9.232) no considera como indemnizables los que denomina “gastos judiciales”.

juicios, son cuestiones debatidas, por un lado, si pueden considerarse como tales la depreciación que sufre una vivienda por la ejecución de una construcción ilegal en sus proximidades; y, en segundo lugar, si el recurrente puede exigir como indemnización una parte de los beneficios obtenidos por quien edificó al amparo de una licencia posteriormente anulada.

Sobre la primera cuestión pueden encontrarse respuestas judiciales contradictorias. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de noviembre de 1987²¹ reconoce como perjuicio patrimonial indemnizable que los nuevos apartamentos construidos conforme a una licencia anulada “modifica el concepto inicial del conjunto residencial en cuanto introducen un cambio en las condiciones de calidad de vida del mismo al elevarse la densidad habitable, lo que modifica a la baja el precio de la propiedad”.

Por su parte en, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 11 de marzo de 2002²² se afirma:

“El aprovechamiento urbanístico de la finca de los recurrentes no ha sufrido merma alguna como consecuencia de las modificaciones urbanísticas que han permitido legalizar el edificio de viviendas de protección oficial en el solar del Ayuntamiento. No se ha formulado ningún reparo contra la nueva ordenación ni contra la legalización (...) La inadmisibilidad del concepto depreciación del edificio de los recurrentes, que se alega como consecuencia de la simple construcción del otro inmueble, ya que la causa del demérito, caso de existir, no deriva de la licencia que se anuló, sino de una ordenación urbanística no discutida que permite la edificación litigiosa”.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha admitido las solicitudes de reclamación de indemnizaciones sustitutorias exigidas por terceras personas que pretenden participar en las plusvalías o ganancias obtenidas por quien se benefició de una actuación urbanística posteriormente anulada, especialmente en supuestos en los que se ejercita la acción pública. En la última sentencia citada, el Tribunal Supremo llega a afirmar que el exceso de aprovechamiento obtenido por una licencia declarada nula, posteriormente legalizada, “nunca

²¹ Ar. 9.232.

²² Ar. 4.301.

ha pertenecido a las recurrentes y no ha sido obtenido a cargo de sus derechos urbanísticos”. Por su parte, la Sentencia de 24 de enero de 2007²³ señala que el recurrente “lo único que solicitó fue hacerse con, o por lo menos participar de los beneficios que el constructor hubiera obtenido con las construcción en su día ilegal, reconocimiento palmario de que no hubo daño emergente ni lucro cesante, y sí sólo un deseo de obtener una recompensa a costa de aquella ilegalidad, concepto no indemnizable en derecho”.

Esta doctrina se opone al uso abusivo e interesado de la acción pública por quienes esgrimen el cumplimiento de la legalidad como coartada de sus verdaderas intenciones, la obtención de lucro o ganancia económica.

Conforme a lo expuesto en este epígrafe, la indemnización prevista en el artículo 18.2 de la LOPJ no es ni mucho menos automática, debiendo el recurrente acreditar la naturaleza de los perjuicios sufridos y su cuantía.

V. EL OBJETO DEL INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA QUE ORDENA LA DEMOLICIÓN DE UN INMUEBLE CONFORME A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 105 DE LA LJCA: LA VERIFICACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE ALGUNA CAUSA QUE IMPOSIBILITE LA EJECUCIÓN Y LA DECISIÓN SOBRE LA FORMA ALTERNATIVA DE LLEVAR A EFECTO EL FALLO

El incidente previsto en el artículo 105, en conexión con el artículo 109, ambos de la LJCA, debe abarcar, según explica con suma claridad la Sentencia de 24 de enero de 2007²⁴, tres aspectos diferentes:

“1.- La concurrencia o no de la causa material o legal de imposibilidad de ejecución de la sentencia.

2.- En segundo lugar, si se apreciare la concurrencia de esa causa de imposibilidad, el órgano judicial deberá adoptar las «medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria».

²³ Ar. 5.383.

²⁴ Ar. 5.383.

3.– En tercer lugar, habrá de proceder a la fijación «en su caso de la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno» la sentencia dictada”.

V.1. Las causas que imposibilitan la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa que ordena la demolición de un inmueble

Con carácter general, la imposibilidad de ejecutar una sentencia que anula un acto o disposición de contenido urbanístico, principalmente licencias de obras, que permite la ejecución de una edificación deriva de los cambios fácticos o jurídicos que se producen desde su aprobación administrativa (siguiendo con el ejemplo, la concesión de la licencia) hasta que se interesa la ejecución de la sentencia.

Los cambios en las circunstancias fácticas y jurídicas determinan, en muchos casos, la imposibilidad sobrevenida de llevar a puro y debido efecto lo juzgado, aplicando la máxima jurídica de que no puede realizarse un acto imposible²⁵.

La LJCA reconoce dos causas distintas que imposibilitan la ejecución de un fallo judicial en sus propios y estrictos términos que a continuación se analizan en relación con las sentencias que ordenan la demolición de una edificación.

V.1.1. La imposibilidad material

GONZÁLEZ PÉREZ²⁶ explica con suma claridad cuando una sentencia es materialmente inejecutable, indicando que ello acontece siempre que es “físicamente imposible cumplir los pronunciamientos del fallo”, ya que por mu-

²⁵ El Auto del Tribunal Constitucional 621/1985, de 25 de septiembre, recuerda que el “presupuesto indiscutible para proceder a la ejecución consiste en que la resolución judicial controvertida sea, en efecto, susceptible de tal ejecución”.

LORENZO JIMÉNEZ, *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, CGPJ, 1993, Pág. 114 y ss. señala que “ningún precepto legal o constitucional puede exigir de nadie y, por tanto, de los órganos judiciales, la realización de un acto imposible”.

²⁶ *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Volumen II, tercera edición, 1998, Pág. 1.801.

cho que se esfuerce el juzgador no podrá adoptar ninguna medida eficaz pues no “podría lograr lo que no es posible”.

Por su parte, LÓPEZ GIL²⁷ sostiene que hay imposibilidad material cuando existe un obstáculo físico que impide el cumplimiento de los pronunciamientos judiciales tal y como se contienen en el fallo.

Un ejemplo típico de esta modalidad de imposibilidad es el fallo que ordena ocupar o demoler un inmueble cuando éste ya ha sido derribado.

V.1.2. La imposibilidad legal

Esta causa de imposibilidad presenta mayor complejidad. En relación con la demolición de inmuebles se pueden distinguir cuatro supuestos principales:

a) Que se produzca la convalidación de lo actuado por un cambio en la ordenación urbanística de aplicación

Es el supuesto clásico de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia dado que, como consecuencia del cambio normativo, la Administración viene obligada a realizar algo que resulta contrario al nuevo ordenamiento jurídico, poniendo en cuestión el principio de legalidad constitucionalmente consagrado²⁸.

No es infrecuente que la misma Administración que concedió una licencia posteriormente anulada en sede judicial pretenda convalidar sus efectos modificando, con este único y exclusivo objeto, el ordenamiento urbanístico.

El Tribunal Supremo²⁹ viene sosteniendo que sólo es admisible evitar la ejecución de una sentencia es sus justos términos por esta causa cuando

²⁷ *Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración*, Aranzadi, 2005, Pág. 88.

²⁸ Un análisis riguroso y exhaustivo de esta causa de imposibilidad legal en la obra de GÓMEZ-FERRER RINCÓN, op. cit. Capítulo Primero, apartado II y Capítulo Tercero, apartado IV.1.

²⁹ SSTs de 23 de julio de 1998 (Ar. 5.883); 30 de enero de 2001 (Ar. 1.724), 5 de abril de 2001 (Ar. 3.030); 10 de diciembre de 2003 (Ar. 107 de 2004); 4 de mayo de 2004 (Ar. 5.298); 27 de octubre de 2004 (Ar. 7.204) y 9 de julio de 2007 (Ar. 8.072).

el cambio normativo no se ha realizado con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia pues, de lo contrario, en aplicación del artículo 103.4 de la LJCA, puede incluso declararse la nulidad del instrumento de planeamiento³⁰.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2009, de 26 de enero, dictada en un recurso de amparo por infracción del artículo 24 de la CE tampoco ha admitido la suspensión de la ejecución de una sentencia que ordenaba la demolición de un inmueble construido al amparo de una licencia que había sido anulada hasta la aprobación de la revisión del Plan General en tramitación que podía dar lugar a la legalización de lo ilegalmente construido. El Tribunal señala (FJ 3):

“(...) debe concluirse que la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del artículo 24 de la CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. En efecto, tomando en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que sólo, de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inexecutar o suspender su cumplimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta”.

Una línea jurisprudencial³¹ ha cuestionado la doctrina anteriormente expuesta aplicando un argumento de raigambre constitucional (artículo 47 y 131 de la CE). Según estos pronunciamientos cuando la ejecución estricta del fallo se opone a la demolición de un inmueble previsible o hipotéticamente legalizable, se produciría una destrucción sin sentido y gratuita de la riqueza

³⁰ Esta jurisprudencia es analizada pormenorizadamente por GÓMEZ-FERRER RINCÓN, op. cit. Págs. 57 y ss.

³¹ SSTs de 30 de noviembre de 1987 (Ar. 9.334) y 25 de junio de 1998 (Ar. 4.561). GÓMEZ-FERRER RINCÓN, op. cit. Págs. 72 a 75.

construida, pues dicho edificio podría ser otra vez ejecutado conforme a la nueva ordenación.

El argumento presenta un punto débil, la nueva ordenación en tramitación que justifica su mantenimiento sólo tiene eficacia jurídica desde su aprobación definitiva y publicación, mientras tanto no puede desplegar los efectos sanadores pretendidos. Otro argumento crítico con esta tesis es de naturaleza temporal: ¿hasta cuándo debe suspenderse la ejecución? ¿y si la aprobación de la nueva ordenación se retrasa, como por otra parte no es infrecuente en la práctica?

En los últimos años, el Tribunal Supremo viene exigiendo que la declaración de imposibilidad jurídica de ejecutar una sentencia que implique el derribo de una edificación se adopte cuando, además de producirse un cambio normativo, se haya procedido a legalizar la construcción mediante la oportuna licencia urbanística³². De esta forma, se requiere que la edificación esté ya “legalizada” y ajustada a la nueva ordenación urbanística vigente, aprobada tras la resolución del procedimiento judicial.

b) Que la demolición sea sólo parcial y ello ponga en peligro la estabilidad de lo edificado legalmente

En ocasiones, la ilegalidad de una construcción es sólo parcial, es decir, no afecta a la totalidad del inmueble. En estos supuestos, el cumplimiento estricto del fallo implica derribar sólo la parte discordante con el ordenamiento. Sin embargo, puede suceder que técnicamente sea complejo o incluso imposible demoler sólo la parte ilegal y conservar en condiciones de seguridad el resto. En este supuesto no existe una imposibilidad material, pues la demolición es posible, pero sí jurídica, ya que la Administración vendría obligada a lesionar un derecho amparado por el ordenamiento, el derecho de propiedad de lo edificado legalmente.

La jurisprudencia se guía en estos casos por el principio de proporcionalidad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2006³³ señala:

³² SSTS de 13 de junio de 2006 (Ar. 10.047), 26 de septiembre de 2006 (Ar. 6.665), 4 de octubre de 2006 (Ar. 4.579 de 2005) y 6 de febrero de 2007 (Ar. 4.587). GÓMEZ-FERRER RINCÓN, op. cit. Págs. 75 y ss.

³³ Ar. 6.665.

“(...) aunque la sentencia de cuya ejecución se trata haya ordenado tan sólo el derribo de una parte de la edificación ello no impide que en ejecución de sentencia pueda optarse por el derribo total y permita, tras él, levantar la nueva construcción ya acomodada en su totalidad a esas normas. Al contrario, si el derribo total es la solución técnicamente necesaria o técnicamente más conveniente para restablecer la legalidad urbanística que la sentencia ordena, por no ser posible o no ser aconsejable el mero derribo parcial, y si el derribo total no conlleva una carga de todo punto desproporcionada, bien en comparación con el beneficio inherente al derecho que la sentencia tutela, bien por comparación entre lo ilegalmente construido y lo que se acomoda a la legalidad, esa solución – la del derribo total– no supone contradecir los términos del fallo que se ejecuta, ni la necesidad o conveniencia técnica de ella obliga a apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad material de ejecutar dicho fallo”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2001³⁴ admite la inejecución en estos términos:

“En el presente caso la imposibilidad material de ejecución que ha apreciado la Sala de La Coruña no es, en modo alguno, superficial, arbitraria o irrazonada. Se han aportado al incidente de inejecución, que ha sido tramitado cuidadosamente, abundantes elementos de prueba entre las que destacan diversos dictámenes periciales, que coinciden en la imposibilidad material de ejecutar la sentencia. El Auto recurrido atiende especialmente a la pericia de un Arquitecto Superior designado por insaculación, señalando que ha sido emitida con pleno respeto a los principios de publicidad y contradicción con relación a las posibles causas de recusación y ha sido sometida a todas las preguntas y aclaraciones que las partes tuvieron a bien hacerle, por lo que le merece mayor credibilidad. Pues bien, de dicha prueba destaca la afirmación tajante –que no se desvirtúa ni se critica adecuadamente en el motivo de casación– de que la única solución técnica viable en este caso sería la demolición total del edificio. Dicha afirmación se apoya en cálculos precisos de estructuras que vienen a demostrar que la demolición del fondo del edificio dejaría al mismo tan profundamente afectado que sería totalmente inviable no sólo para garantizar en lo sucesivo la seguridad de las personas residentes en el inmueble, sino para permitir la ocupación del mismo. Objeciones de calibre semejante se oponen a la demolición de las plantas superiores, que dejaría temporalmente fuera de servicio elementos comunes que obligarían al desalojo total del edificio y que, en apre-

³⁴ Ar. 8.327.

ciación de la Sala «a quo», repercute también en las plantas inferiores ya que los armados de los pilares que pasan a serlo de la última planta serían insuficientes. En tal estado de cosas resulta obligado corroborar el criterio de la Sala de La Coruña de que nos encontramos en un caso de imposibilidad material de ejecución del fallo. La sentencia no ordena la demolición total del edificio para reducirlo a solar, sino una demolición parcial del mismo que se ha revelado como técnicamente inviable. El derecho fundamental de los recurrentes a la ejecución se debe ver satisfecho por ello, en este caso, por un cumplimiento por equivalencia, que es el que se establece pormenorizadamente en los Autos recurridos”.

Esta doctrina es mantenida por el Tribunal Supremo en otros pronunciamientos como el de 11 de abril de 1990 (Ar. 3.639), 13 de diciembre de 1990 (Ar. 9.963), 27 de julio de 2001 (Ar. 8.327) y 22 de noviembre de 2005 (Ar. 4.140).

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha sostenido el criterio opuesto, es decir, que procede la demolición total del inmueble, pese a que sólo haya sido declarada ilegal una parte del mismo. Este planteamiento se contiene en las sentencias de 11 de julio de 1989 (Ar. 5.741), 22 de noviembre de 2005 (Ar. 3.003), 12 de mayo de 2006 (Ar. 10.190), 26 de septiembre de 2006 (Ar. 8.712) y 9 de julio de 2007 (Ar. 6.317).

En la última sentencia citada se afirma:

“Basta ahora con reiterar que el destino, natural y legalmente obligado, de lo construido con base en una licencia declarada ilegal es su demolición (...).

Por tanto, si de la prueba pericial se deduce que técnicamente la demolición parcial es posible, aunque tecnológicamente sería compleja y costosa, evidente es que ninguna causa puede existir para la demolición total de lo edificado, ya que las puntualizaciones del perito sobre la complejidad de la demolición parcial (derivada, fundamentalmente, de la afectación al denominado núcleo de comunicaciones verticales del edificio: ascensores y escaleras) perderían toda su consistencia. En consecuencia, ninguna causa de imposibilidad material podemos apreciar para proceder al, que hemos denominado, destino natural de lo indebidamente edificado; esto es, su derribo o demolición”.

Por su parte, la temprana Sentencia de 11 de julio de 1989 resuelve:

“Existen dos valores legítimos claramente enfrentados, uno es el que representa la ejecutividad de la sentencia y el otro el interés del particular afectado

de no sufrir mayores perjuicios que los que la sentencia le impone, teniendo que tolerar el derribo de aquellas partes de la edificación que la sentencia ordena demoler. Imperativos técnicos impiden dejar a salvo ambos, los valores y el problema es el de decidir cuál ha de sacrificarse (...) la ejecución de la sentencia demoliendo las partes ilegalmente construidas es material y jurídicamente posible; lo que no lo es, es conservar las otras partes de la edificación, pero esta conservación de lo no ilegal no es un mandato de la sentencia, ni un derecho del constructor, sino simplemente algo que le está permitido. Por ello ha de concluirse que si para cumplir lo ordenado el interesado ha de privarse de lo que estaría permitido queda sujeto a esa privación sin lesión de ningún derecho”.

En la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, el Tribunal Supremo realiza la ponderación de los intereses enfrentados en estos términos:

“(...) el número de plantas a demoler excluía la aplicación del principio de proporcionalidad, que podría tenerse en cuenta en supuestos de demoliciones de menor envergadura, y que, en su caso, los perjuicios causados por la demolición debería afrontarlos el Ayuntamiento o quién en derecho proceda, sin que tales daños puedan ser razón para quebrantar la legalidad urbanística y dejar de ejecutar una sentencia que impone el restablecimiento de aquélla”.

Finalmente, la Sentencia de 12 de mayo de 2006, señala que el derribo total en el caso enjuiciado “no supone contradecir los términos del fallo que se ejecuta, ni la necesidad o conveniencia técnica de ella obliga a apreciar la concurrencia de una causa de imposibilidad material de ejecutar dicho fallo. Es así, porque el derribo total no es entonces más que el cauce técnico necesario o conveniente para dar estricto y cabal cumplimiento a lo que la sentencia ordena; como tal cauce técnico, que además no comporta una carga desproporcionada (...)”.

La contraposición de los dos grupos de sentencias comentados puede provocar una sensación desalentadora de inseguridad jurídica. En realidad, como se ha señalado, los tribunales se guían fundamentalmente por el principio de proporcionalidad y deciden si procede el derribo total o la declaración de imposibilidad de ejecución en función de las características concretas y particulares de cada caso. Esta conclusión demuestra la importancia de la actividad probatoria que las partes deben desplegar en el incidente de ejecución que, en ocasiones, reviste mayor complejidad que la practicada en los autos principales de los que trae causa.

c) Que la ejecución afecte a terceros de buena fe

A diferencia del supuesto anterior, la jurisprudencia no considera inejecutable una sentencia que ordena la demolición de un inmueble cuando éste se ha transmitido a un tercer adquirente de buena fe. El argumento principal de esta consolidada doctrina es que, en estos casos, no resulta de aplicación el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino la normativa urbanística sobre transmisión de fincas y deberes urbanísticos³⁵.

Desde el conocido Auto de 29 de abril de 1977³⁶ el Tribunal Supremo sostiene que la protección registral no ampara el supuesto que nos ocupa porque:

“la sentencia no se refiere a ningún tipo de invalidación del título dominical protegido por la inscripción registral ni menos a ningún supuesto de restitución de la cosa por la Administración demandada, sino pura y simplemente a la anulación (frente a la Administración que la otorgó) de la licencia en que la construcción se había amparado con la consecuencia (de interés público y valedera erga omnes) de que lo construido, por haberlo sido en contra de las normas limitativas existentes, no podrá prevalecer; consecuencia de que otro lado afecta, no al alcance jurídico del título inscrito sino a la realidad material y contenido físico del mismo que por sí no es objeto de la protección del Registro”³⁷.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 12 de mayo de 2006³⁸ declara:

“No están protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria porque éste protege el derecho real, que pervive aunque después se anule o resuelva el del otorgante o transmitente; pero no protege la pervivencia de la cosa objeto de derecho

³⁵ Artículos 228 de la Ley del Suelo de 1956; 45 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril; 21 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, y 19 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo.

³⁶ Ar. 2.667.

³⁷ GÓMEZ-FERRER RINCÓN, op. cit. Págs. 134 y ss.

³⁸ Ar. 10.190.

cuando ésta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998”.

Cuestión distinta es que los adquirentes de los inmuebles sean considerados interesados en la ejecutoria y deban ser emplazados para defender sus derechos en el incidente, pese a no haber sido parte en los autos principales. Debe recordarse que el artículo 105.2 de la LJCA es explícito al respecto, señalando que deberá darse audiencia a las partes y a quienes se considere “interesados”.

d) Que lo construido sea una obra pública

Este supuesto tiene una regulación específica en el Derecho francés que, ya desde el siglo XIX, ha admitido una regla jurisprudencial, actualmente en proceso de revisión, denominada principio de intangibilidad de la obra pública (“ouvrage public mal planté ne se détruit pas”)³⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de intangibilidad no tiene respaldo legal ni jurisprudencial, aunque son evidentes las especiales dificultades que conlleva la demolición de una obra pública como consecuencia de la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa.

En el Derecho español las obras públicas no son intangibles, es decir, cuando son declaradas ilegales no sólo es posible, sino obligado, proceder a su demolición en ejecución de sentencia, por exigirlo así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, siendo de citar a estos efectos la Sentencia de 22 de diciembre de 2008⁴⁰, en cuyo Fundamento de Derecho X (apartado 2º) se expresa lo siguiente:

³⁹ BARCELONA LLOP, J. “La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad”, RAP nº 154, 2001, Págs. 464 y 478; y “Nuevas tribulaciones del principio de intangibilidad de la obra pública en Francia”, RAP nº 164, 2004, Págs. 371 y ss.; y GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., op. cit. Págs. 145 y ss. y 363 y ss.

⁴⁰ Ar. 365 de 2009.

“La razón que da el Ayuntamiento para propugnar la imposibilidad de ejecución, y que ha aceptado la Sala de instancia, es la de que en la finca que, en virtud del Convenio, recibió el Ayuntamiento de Suances, se han construido una plaza pública y un polideportivo, y que existe un interés público en que estas instalaciones no sean demolidas. Sin embargo, este argumento no puede ser aceptado.

Ningún interés público puede oponerse por principio al interés público de que las sentencias se ejecuten, (artículos 117.3 y 118 de la C.E. y 18 de la L.O.P.J. Sólo por la vía y con los requisitos sustantivos y formales establecidos en el artículo 105, 2 y 3 de la L.J. 29/98 puede decretarse la imposibilidad de ejecución (material o legal) de una sentencia o hacer prevalecer contra ella la utilidad pública o el interés social.

En torno a las cuestiones aquí suscitadas esta Sala ha recordado en repetidas ocasiones –sirvan de muestra nuestras sentencias de 10 de marzo de 2008 (casación 6558/05) y 23 de junio de 2008 (casación 3975/06)– el obligado respeto a las resoluciones judiciales, que incumbe a todos y muy especialmente a los poderes públicos (artículo 118 de la Constitución, y artículo 17, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial), así como el derecho del litigante que obtuvo una sentencia favorable a que lo resuelto en ella se cumpla, por ser este derecho a la ejecución parte integrante y esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución. Por tanto, todos los argumentos y datos que se aduzcan para sustentar en ellos una posible declaración de imposibilidad de ejecutar la sentencia han de ser interpretados y valorados a la luz de aquellos postulados, lo que inevitablemente conduce a una concepción restrictiva de los supuestos de imposibilidad.

La demolición de un polideportivo municipal y de una plaza pública no puede constituir en absoluto un supuesto de imposibilidad de ejecución de una sentencia, ni material (pues, obviamente, la demolición como operación técnica es sin duda posible, de la misma manera que lo es la demolición de parte de un hotel) ni legal (pues el carácter de unos bienes municipales como bienes de uso o servicio público o general no impide su demolición cuando, como aquí, se han erigido ilegalmente y así lo ha declarado una sentencia firme; en absoluto puede aceptarse que los bienes municipales de propios, comunales o de dominio público, sean inmunes a las decisiones judiciales; si el origen de esos bienes es ilegal, se impone su desaparición).

Aceptar la tesis de la Sala de instancia (a saber, que la mera existencia de unas instalaciones o edificaciones de uso o servicio público, aunque sean ilegales,

les, impide sin más la ejecución de las sentencias en sus propios términos) significaría abrir una brecha de incalculables consecuencias en el sistema de ejecución de las sentencias, que carecería de cualquier apoyo legal”.

Un supuesto frecuente es la declaración de nulidad de un procedimiento expropiatorio que se produce cuando la obra pública está totalmente ejecutada. En este caso, la jurisprudencia no declara la imposibilidad de ejecución, sino que modifica las consecuencias que naturalmente se derivan de la declaración de nulidad, la reposición de los bienes a su estado originario, optando por la indemnización patrimonial⁴¹ y el mantenimiento de la infraestructura.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN sostiene que cuando la obra pública se identifica con un bien demanial, supuesto habitual en la práctica, la primera recibe la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al dominio público por lo que la restitución de un bien ilegalmente ocupado sobre el que se haya construido una obra pública sería de ejecución imposible, “en la medida en que las cosas no podrían reponerse a su estado primitivo por no poderse demoler la construcción realizada”⁴². Concluye el autor, señalando: “La imposibilidad de demoler un bien de dominio público puede entenderse implícita, sin mayores problemas, en el artículo 132 de la Constitución y en el principio de inalienabilidad que en el mismo se contienen y que trata, precisamente, de proteger los bienes de dominio público”.

Las reflexiones transcritas aluden a un supuesto concreto, la expropiación ilegal de un bien sobre el que se construye una obra pública. Pero puede ocurrir que la demolición venga exigida no por razones patrimoniales relacionadas con el modo o forma de adquisición de los bienes, sino por razones urbanísticas o medioambientales. Por ejemplo, cuando la obra pública se localice en suelos no edificables, ni siquiera para usos dotacionales; o la ordenación urbanística que amparaba la ejecución de la misma sea anulada judicialmente. En estos casos, es difícil mantener que la intangibilidad del demanio justifique la imposibilidad de ejecutar la sentencia, haciendo prevalecer el

⁴¹ SSTS de 27 de enero de 1996 (Ar. 1.689); 4 de marzo de 2000 (Ar. 2.456), 27 de enero de 2001 (Ar. 1.362) y 25 de enero de 2005 (Ar. 1.622). Vid. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, op. cit. Págs. 157 y ss.

⁴² Op. cit. Pág. 374.

artículo 131 de la CE sobre el derecho fundamental a la defensa y principios rectores como la protección del medio ambiente o la ordenación urbanística.

Resumiendo, la inalienabilidad del dominio público no puede esgrimirse en los casos comentados como una “razón atendible” que justifique la limitación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y otros principios o valores constitucionales, como la protección del medio ambiente, el patrimonio histórico o la ordenación del territorio. En cualquier caso, la jurisprudencia no ha reconocido la “intangibilidad” de la obra pública, todo lo contrario, se ha manifestado de forma contundente en contra de su aceptación, señalando que la misma puede suponer *“abrir una brecha de incalculables consecuencias en el sistema de ejecución de las sentencias, que carecería de cualquier apoyo legal”*.

V.2. La imposición de una forma alternativa de ejecutar el fallo

Cuando el juzgador en única o primera instancia, competente para ejecutar el fallo, aprecie que concurre una causa de imposibilidad material o jurídica deberá adoptar “las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria”.

Como se ha expuesto con anterioridad en relación con los fundamentos constitucionales, el órgano judicial debe buscar fórmulas alternativas de cumplimiento que permitan satisfacer por otras vías el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva.

Sólo cuando no sea posible el cumplimiento alternativo de la sentencia, deberá decidir si corresponde abonar una indemnización al recurrente por haber resultado acreditado la causación de un daño indemnizable, es decir, real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Los tres juicios analizados –existencia de causa de imposibilidad de ejecución, medio alternativo de cumplimiento e indemnización sustitutoria– deberán adoptarse, en su caso, en el seno de la misma ejecutoria, conforme disponen los artículos 105 y 109 de la LJCA, sin que sea admisible obligar al recurrente a iniciar un incidente ejecutorio distinto para la determinación del medio alternativo de cumplimiento de la sentencia o para, en su caso, cuantificar la indemnización sustitutoria.

VI. CONCLUSIONES

Primera.- El Tribunal Constitucional considera que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye la ejecución en sus justos términos de las sentencias de condena a la Administración.

Segunda.- El Tribunal Constitucional ha considerado que, en determinadas circunstancias, no es exigible el cumplimiento exacto de lo dispuesto en el fallo por “razones atendibles”, imponiéndose en estos casos un cumplimiento o ejecución alternativo o sustitutorio, bien mediante una indemnización o a través de otro tipo de prestación.

Tercera.- Puede considerarse como una “razón atendible” valores o bienes constitucionales dignos de tutela que justifiquen sacrificar el derecho a la ejecución en los justos términos de una sentencia por una ejecución sustitutoria o alternativa, incluyendo el principio de legalidad, la protección del derecho a la vivienda y la prohibición de destruir la riqueza construida, previa valoración ponderada de las circunstancias concretas del caso enjuiciado.

Cuarta.- En los supuestos de imposibilidad legal o material de ejecutar una sentencia, el recurrente tiene derecho a ser resarcido mediante otras prestaciones alternativas, incluyendo, en su caso, la indemnización patrimonial.

Quinta.- La jurisprudencia viene exigiendo que el recurrente sólo sea indemnizado si demuestra que la imposibilidad de ejecución de la sentencia le ha ocasionado un perjuicio patrimonial cierto o efectivo, evaluable económicamente e individualizado. Por consiguiente, no existe el derecho a la indemnización “en todo caso”, tal y como literalmente establece el artículo 18.2 de la LOPJ.

Sexta.- El incidente de ejecución previsto en el artículo 105, en conexión con el artículo 109 de la LJCA, debe abarcar, en su caso, tres aspectos diferentes: determinar si concurre o no la causa material o legal de imposibilidad de ejecución de la sentencia; en segundo lugar, si se apreciare la concurrencia de esa causa de imposibilidad, el órgano judicial deberá adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y, en tercer lugar, habrá de proceder a la fijación, en su caso, de la indemnización que proceda por la parte en que la sentencia no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

Séptima.- Una sentencia es materialmente inejecutable si es físicamente imposible cumplir los pronunciamientos del fallo.

Octava.- La sentencia que ordena la demolición de un inmueble es jurídicamente inejecutable en dos supuestos: si se produce la convalidación de lo actuado por un cambio en la ordenación urbanística de aplicación que no se haya aprobado con ese exclusivo objeto y previa legalización de la edificación; la demolición impuesta es sólo parcial pero ello pone en peligro la estabilidad de lo edificado legalmente. En cambio, la transmisión a terceros de buena fe de una edificación ilegal o la ejecución de una obra pública “mal planté” no impiden la ejecución de una sentencia firme.

Novena.- En el ordenamiento jurídico español, el Tribunal Supremo ha negado expresamente el principio de “intangibilidad” de la obra pública, dando prevalencia al derecho a la tutela judicial efectiva.

El acceso a los Cuerpos Docentes Universitarios: Una visión desde la jurisprudencia¹

Irene M. González Peinado

Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN DE ACCESO A LOS CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS. 1. *El ámbito de aplicación del EBEP y sus excepciones: el personal docente y su legislación específica.* 2. *El principio de autonomía universitaria y la legislación específica de Universidades.* 3. *Régimen jurídico del Personal Docente Universitario.* 4. *La reformada normativa sobre el acceso a los cuerpos docentes universitarios.* 4.1. Principios rectores y requisitos generales. 4.2. El nuevo sistema de selección: la acreditación y el concurso. III. LA JURISPRUDENCIA DEL PROCESO SELECTIVO. 1. *La Convocatoria y las Bases.* 1.1 la redacción del barómetro o criterios a aplicar por la comisión juzgadora. 1.2. La interpretación de los criterios. 2. *Los méritos alegados.* 2.1. Sobre la prueba o acreditación de los méritos y documentación aportada. 2.2. Evaluación de los méritos. 2.3. La necesaria correlación de la valoración de los méritos presentados con las categorías establecidas en la convocatoria. 2.4. Valoración y puntuación de los méritos. 2.5. Sobre el lapso de tiempo para evaluar la documentación aportada y duración de las pruebas. 3. *Los órganos de selección: recusación y abstención.* 4. *La impugnación de las decisiones de las comisiones en vía administrativa y judicial.* 4.1. La revisión de las resoluciones de las respectivas comisiones: la resolución de la Comisión de acreditación y la propuesta de nombramiento de la Comisión del concurso. 4.2. La revisión jurisdiccional de la resolución. Alcance y discrecionalidad técnica. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 dedica dos preceptos, el artículo 23.2 y el 103.3, al acceso a la función pública, proclamando el derecho fundamen-

¹ Trabajo dirigido por Federico A. Castillo Blanco en el marco de la Beca de Iniciación a la Investigación del Plan Propio de Investigación de la Universidad de Granada (2008).

tal a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, con los requisitos que establezcan las leyes, y declarando que la Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, cuya selección se efectuará de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

En cumplimiento del mandato constitucional, fue promulgada la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) marcando un hito en la regulación de la función pública. Sin embargo, la autonomía universitaria reconocida y proclamada en el artículo 27.10 de la Constitución, configurada como un derecho fundamental de configuración legal y definida como «la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra» (STC 26/1987, de 27 de febrero) ha sido el fundamento de la legislación universitaria, desde la Ley de Reforma Universitaria, de 25 de agosto de 1983 hasta la actual vigente Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre y su normativa de desarrollo, en la cual se han regulado las cuestiones de personal y, como máximo exponente del personal al servicio de las Universidades, evidentemente, el profesorado.

Con estos presupuestos, el objeto de este trabajo será al análisis del tratamiento jurisprudencial del acceso a los cuerpos docentes universitarios. Para ello, en primer lugar será necesario referirse al marco normativo resultante del Estatuto Básico del Empleado Público y los problemas que suscita, debido a la necesidad de conjugar la normativa general y básica de la función pública y el ordenamiento jurídico universitario emanante de la autonomía universitaria. A continuación se pasará a realizar un examen de la jurisprudencia que sobre el acceso a dichos cuerpos han ido elaborando los Tribunales de Justicia y que puede ser aplicable a la vigente regulación.

II. LA INCIDENCIA DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN DE ACCESO A LOS CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS

1. El ámbito de aplicación del EBEP y sus excepciones: el personal docente y su legislación específica

El objeto del EBEP no es otro que el establecimiento de «las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación» (art. 1.1), su ámbito general de aplicación (art. 2.1) comprende a la Administración General del Estado; las Administraciones de las Comunidades

Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla; las Administraciones de las Entidades Locales; los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas y, por supuesto, las Universidades Públicas. Por su parte, el artículo 4 se refiere al personal con legislación especial propia, enunciando un listado al que sólo se aplicará directamente el EBEP cuando así lo disponga su legislación específica², sin perjuicio del carácter supletorio del EBEP según el art. 2.5 del mismo. Sin embargo, el listado del art. 4 no tiene carácter exhaustivo. De hecho, hay otros grupos de empleados públicos que tienen legislación específica y a los que el EBEP se les va a aplicar de manera peculiar. Esos empleados no son otros que el personal docente, tanto universitario como no universitario, y el personal estatutario de los Servicios de Salud. A ellos se refiere el art. 2.3 en los siguientes términos: «El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84».

Esta exclusión que realiza el EBEP provoca que el personal docente, que es el conjunto que nos interesa, junto con el personal estatutario de los Servicios de Salud, se rija tanto por su legislación específica como por el EBEP, con excepción de todo lo relativo a la carrera profesional y a la promoción interna (capítulo II del título III aunque sí le es aplicable lo dispuesto en el artículo 20 en cuanto a la evaluación del desempeño), a las retribuciones complementarias (artículos 22.3 y 24) y a lo que se refiere a la movilidad entre Administraciones Públicas (art. 84). Esto significa grosso modo que la legislación específica no podrá estar en contradicción con el EBEP.

Dicha legislación específica propia del personal docente de las Universidades se encuentra recogida en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre,

² El personal con legislación específica al que se refiere el EBEP en el art. 4 es el siguiente: a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas. c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia. d) Personal militar de las Fuerzas Armadas. e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. f) Personal retribuido por arancel. g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia. h) Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito.

de Universidades (en adelante LOU), concretamente en su título IX, Ley que se vio reformada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, reforma a todas luces necesaria y obligatoria a consecuencia del cambio originado por la promulgación del EBEP. De ese modo, aquel cuerpo legal ha producido un gran número de cambios en la regulación específica de este personal y es de señalar que su Disposición adicional sexta establece el mandato al Gobierno de que, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley, apruebe mediante Real Decreto «el estatuto del personal docente o investigador universitario, que incluirá la regulación de una estructura de carrera funcional que esté basada en la obtención de méritos docentes o investigadores, así como las condiciones en las que los profesores o investigadores funcionarios universitarios podrán participar en la gestión y explotación de los resultados de su investigación», estatuto que actualmente está en tramitación. Por otro lado y respecto al tema que nos interesa, que no es otro que el del acceso a los cuerpos docentes universitarios, esta Ley ha producido grandes reformas, a las que posteriormente nos referiremos.

2. El principio de autonomía universitaria y la legislación específica de Universidades

El artículo 27.10 de la Constitución reconoce «la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca» y el artículo 2.1 de la LOU remarca que «Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas.» En este sentido, la jurisprudencia (por ejemplo la STC 55/1989, de 23 de febrero y de la misma manera la sentencia 130/1.991, de 6 de junio) ha declarado que:

«la autonomía universitaria, reconocida en el art. 27.10 CE, se configura en la CE como un derecho fundamental, por su inclusión en la Secc. 1.^a Cap. 2 Tit. I, por los términos utilizados en la redacción del precepto, por los antecedentes constituyentes del debate parlamentario que llevaron a esa concepción y por su fundamento en la libertad académica, que reconoce y protege el art. 20.1 c) CE y que la propia Ley de Reforma Universitaria proclama. El fundamento último de la autonomía universitaria se halla, en efecto, en el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza, estudio e investigación; y la protección de estas libertades frente a todos los poderes públicos constituye la razón de ser de dicha autonomía, la cual requiere, cualquiera que sea el modelo organizativo que se adopte, que la libertad de ciencia sea garantizada tanto en su vertiente individual cuanto en la colectiva de la institución.

Ahora bien, la autonomía de la Universidad aparece reconocida en el mencionado precepto constitucional «en los términos que la ley establezca». Ello significa, de una parte, que el legislador puede regularla en la forma que estime más conveniente, si bien siempre dentro del marco de la CE y del respeto a su contenido esencial; no puede, así, en virtud de esa amplia remisión contenida en el art. 27.10 CE, rebasar o desconocer la autonomía universitaria introduciendo limitaciones o sometimientos que la conviertan en mera proclamación teórica, sino que ha de respetar «el contenido esencial» que como derecho fundamental preserva el art. 53.1 CE. Pero supone también, por lo que aquí importa, que, una vez delimitado legalmente el ámbito de su autonomía, la Universidad posee, en principio, plena capacidad de decisión en aquellos aspectos que no son objeto de regulación específica en la ley, lo cual no significa –como ha precisado la referida Sentencia– que no existan limitaciones derivadas del ejercicio de otros derechos fundamentales o de un sistema universitario nacional que exige instancias coordinadoras.»

Desde este punto de vista, la LOU dota a las Universidades de una serie de potestades que constituyen el contenido de su autonomía (art. 2.2 LOU) y que en lo que nos afecta disponen como contenido propio de éstas, las siguientes: en primer lugar, la elaboración de los Estatutos y demás normas de funcionamiento interno (apartado a); en segundo lugar, la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades (apartado e) y, por último, el establecimiento y modificación de las relaciones de puestos de trabajo (apartado i). Y añade, en su artículo 6.1 dedicado al régimen jurídico de éstas, que las Universidades se registrarán por la presente Ley y por las normas que dicte el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, añadiendo, en su apartado 2, que las Universidades públicas se registrarán, además, por la Ley de creación y por sus Estatutos.

En este orden de ideas, es necesario precisar que las Universidades forman tradicionalmente parte de lo que se ha dado en llamar la Administración Institucional. A estos efectos, la LOU actúa como norma de cabecera (norma estatal a la que se remite expresamente la Constitución) y habilita a las Universidades para la aprobación de sus propios Estatutos que no son normas dictadas exclusivamente para su desarrollo sino reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la Ley. De esta forma, la antes mencionada STC 55/1989, de 23 de febrero (en el mismo sentido la sentencia 130/1991, de 6 de junio) se refería a que:

«la competencia de las Universidades para elaborar sus Estatutos y demás normas de funcionamiento interno supone una potestad de autonormación o capacidad de dotarse de un ordenamiento específico y diferenciado, sin perjuicio de su coordinación con los ordenamientos en los que ha de integrarse, en el caso específico el bloque legislativo referido a la función pública, operando ello como garantía de la autonomía universitaria».

En síntesis, a diferencia de los reglamentos ejecutivos de leyes que para ser legales deben seguir estrictamente el espíritu y finalidad de la ley habilitante que les sirve de fundamento, los Estatutos se mueven en un ámbito de autonomía en que el contenido de la Ley no sirve sino como parámetro de control o límite de la legalidad del texto. Y, en consecuencia, sólo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, y como correlato lógico de lo anterior ha de considerarse válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal (SSTC 130/1991 y 55/1989).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el reconocimiento de la autonomía universitaria y la posición especial de los Estatutos de las Universidades implican no sólo facultades ejecutivas de lo dispuesto en la normativa legal, ya sea la LOU y sus disposiciones de desarrollo o el bloque normativo de función pública, sino también una potestad de desarrollo normativo más amplia que la de un simple Reglamento Ejecutivo. Es decir, se admite que el bloque legislativo en la materia organizativa y de empleo público que nos ocupa desempeña un papel delimitador del ámbito de la autonomía dentro del cual puede desarrollarse por las Universidades sus capacidades autoorganizativas y de autonormación siempre que no se vulnere aquél (Sentencia de 7 de junio de 2000 del TSJ de Extremadura). Y, precisamente por ello, dentro de las facultades atribuidas a éstas, como reconoce la propia LOU, han de incluirse la posibilidad de establecer previsiones específicas sobre la cobertura de los puestos de trabajo y la potestad de aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo, instrumento organizativo donde la Universidad ha de decidir las formas de provisión y las principales características de los puestos de trabajo, adscripción a clases de personal, etc. como integrante de su capacidad organizativa en ejercicio de su autonomía (STC 187/1991, STS de 7 de marzo de 1995 y STSJ de Extremadura de 26 de julio de 2000) y que, por esta razón, exclusivamente encuentran su límite en los preceptos legales que disciplinan esta materia y sólo en la medida que vulneren, hemos de reiterarlo, frontalmente éstos, pero no cuando es posible encontrar un fundamento legal a las decisiones adoptadas.

3. Régimen jurídico del Personal Docente Universitario

Una vez que conocemos las fuentes del ordenamiento específico universitario, hay que poner en relación con las normas de función pública a las que también hemos hecho referencia anteriormente para poder determinar el juego que se va a producir entre ellas en orden a su prelación o jerarquía en la materia concreta del acceso a los cuerpos docentes universitarios.

El EBEP contiene una regulación general y uniforme del régimen del personal al servicio de las Administraciones públicas. Esa regulación general y uniforme puede convivir con regulaciones sectoriales anteriores como es el caso de la LOU respecto del personal docente e investigador. Así lo declara expresamente el artículo 2.3 del EBEP que, como hemos visto, establece que este personal se regirá por su legislación específica dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III (derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, no así lo establecido respecto de la evaluación del desempeño que será plenamente aplicable), y los artículos 22.3 y 24 (retribuciones complementarias) y el artículo 84 (movilidad voluntarias entre Administraciones públicas)³. Precisamente, y por esta razón, existen colectivos, como el personal de las universidades, que, por su singularidad, tiene un orden de fuentes especial.

Concretamente, respecto al personal docente e investigador perteneciente a Cuerpos docentes universitarios, la LOU, tanto en su original versión como en la modificaciones operadas en ésta en virtud de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, hace especial hincapié en que el orden jerárquico de las fuentes viene presidido, en este concreto aspecto, por dicha Ley y sus disposiciones de desarrollo dictadas por las Comunidades Autónomas⁴, por la le-

³ Como indica SÁNCHEZ MORÓN, M., en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, pág. 63, aunque con una dicción más confusa que la recomendada por la Comisión, lo que ha querido decirse es que las especialidades de la legislación específica del personal docente, que permiten excepcionar o excluir la aplicación del EBEP, han de referirse a estos aspectos excluidos, cualquier otra peculiaridad que pueda contemplarse en la legislación específica no puede estar en contradicción con el EBEP.

⁴ Andalucía ha aprobado a estos efectos la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades, la cual dedica el Capítulo II de su Título II (De la comunidad universitaria) al profesorado de las Universidades públicas. Más concretamente, en la sección primera (artículos 35 a 37), que es la que se refiere a estas cuestiones, no se encuentra ninguna norma en cuanto al ac-

gislación general de funcionarios (en su doble ámbito de legislación estatal y autonómica hay que entender)⁵, y por los estatutos de cada Universidad (artículo 56.2). De esta forma, ciertamente el EBEP y las disposiciones de desarrollo de éste serán de aplicación a este personal, pero lo serán siempre que la legislación universitaria no haya dispuesto previsiones específicas al respecto. La declaración del EBEP referida a su aplicación a las Universidades públicas ha de ser entendido en este marco (artículo 2.1) y, así resueltas también las contradicciones que pudiese suscitar la aplicación de la normativa referida.

4. La reformada normativa sobre el acceso a los cuerpos docentes universitarios

Como señalábamos al inicio, la importancia de las normas sobre acceso a la Función Pública en el conjunto de las que integran el estatuto jurídico aplicable a los funcionarios públicos queda bien patente teniendo en cuenta que la Constitución dedica dos preceptos, el art. 23.2 y el art. 103.3. De hecho, la selección para el ingreso en la Función Pública es un elemento esencial del régimen estatutario de los funcionarios y de la estructuración de los recursos humanos de una Administración Pública⁶. Así lo afirma expresamente el artículo 72 del EBEP, el cual establece que «En el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones Públicas estructuran sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a lo previsto en este Capítulo». Y la Exposición de Motivos del EBEP ya se refiere a que «En materia de acceso al empleo público ha sido preocupación esencial garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su agilidad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección.

De este modo, el EBEP dedica el Capítulo I del Título IV a regular “El acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio”, el cual

ceso. En cuanto al régimen jurídico, el artículo 33 se establece que «Los funcionarios y funcionarias de los cuerpos docentes universitarios y los funcionarios y funcionarias interinos se regirán por la Ley Orgánica de Universidades y disposiciones de desarrollo, por la legislación general de funcionarios que les sea de aplicación, así como por los Estatutos de la Universidad respectiva».

⁵ Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía.

⁶ MARTÍNEZ CORRAL, J.A., MANZANA LAGUARDA, R. S.: Adquisición y pérdida de la condición de funcionario. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008. pág. 13.

tiene carácter básico y, con las reservas hechas anteriormente, son de directa a inmediata aplicación. Siguiendo a MARTÍNEZ CORRAL, concretamente se regulan una serie de extremos que podrían sintetizarse como sigue: se recogen los principios constitucionales que rigen el acceso a las funciones públicas: igualdad, mérito y capacidad (artículo 55.1), así como diversos principios de elaboración doctrinal y jurisprudencial aplicables también en estos procedimientos (art. 55.2); se establecen los requisitos generales para poder participar en los procesos selectivos, posibilitando que se exijan otros requisitos específicos (artículo 56); se contempla el acceso al empleo público de nacionales de otros Estados (art. 57), así como la reserva de plazas vacantes y la adaptación de los procesos selectivos para personas con discapacidades (artículo 59); se regulan los órganos de selección incluyendo diversas medidas para garantizar su independencia, imparcialidad, profesionalidad, especialización y composición paritaria (artículo 60), así como diversos aspectos de los sistemas selectivos (artículo 61) y, finalmente, se establecen los requisitos para la adquisición de la condición de funcionario (artículo 62).

Sin embargo, la LOU es más parca que el EBEP en cuanto a la regulación del acceso a los cuerpos docentes universitarios, refiriéndose a esta cuestión en la Sección 2ª del Capítulo I del Título IX bajo la rúbrica “Del profesorado de los cuerpos docentes”⁷, sección extensamente modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, como ya se expuso anteriormente. Así, tras dicha reforma, esta norma se refiere a aspectos como: los cuerpos docentes, que serán de Catedráticos de Universidad o de Profesores Titulares de Universidad (artículo 56); los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso y otros tantos de suma importancia (artículo 57); la acreditación nacional, primera fase en el acceso a los distintos cuerpos (artículos 57, 59 y 60); los concursos para el acceso a plazas (artículo 62); garantías de las pruebas (artículo 62); nombramientos (artículo 65); comisiones de reclamaciones (artículo 66) y relaciones de puestos de trabajo del profesorado (artículo 70).

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 138/2000, de 29 de mayo, ha tenido oportunidad de precisar que:

⁷ En este punto conviene recordar lo ya expuesto en cuanto al orden de prelación de fuentes, pues el artículo 56.2 LOU se refiere tras la modificación de 12 de abril de 2007 a que «El profesorado funcionario se regirá por las bases establecidas en esta Ley y en su desarrollo, por las disposiciones que, en virtud de sus competencias, dicten las Comunidades Autónomas, por la legislación general de funcionarios que les sea de aplicación y por los estatutos».

«La reserva de Ley en la regulación de las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los indicados principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad no puede considerarse como absoluta, de modo tal que la Ley formal no pueda recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación. En lo que atañe al acceso a cargos y funciones en las Administraciones públicas, la remisión a las Leyes que efectúa el art. 23.2 CE debe ponerse en relación con lo que al respecto se establece en el art. 103.3 CE, no pudiendo afirmarse, sin más, que el límite de la reserva de Ley previsto en el mencionado art. 103.3 CE impida, en términos absolutos, todo tipo de remisión legislativa al reglamento. Por el contrario, las disposiciones reglamentarias, cuando así lo requiera la Ley, pueden colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, si bien la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí ignorando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva [SSTC 99/1987, de 11 de junio, F. 3; 47/1990, de 20 de marzo, F. 7; 48/1998, de 2 de marzo, F. 7 a); 73/1998, de 31 de marzo, F. 3 a)].

La colaboración reglamentaria a la que alude el Alto Tribunal vendrá encarnada en materia de acceso a los cuerpos docentes universitarios por los Reales Decretos 1312 y 1313/2007, de 5 de octubre, a los que nos referiremos más adelante. Ahora, y antes de entrar a examinarlos, conviene hacer una breve mención a los principios rectores y requisitos comunes para el acceso a la función pública.

4.1. Principios rectores y requisitos generales

Con la expresión principios rectores se alude a una serie de referencias comunes al conjunto de la selección de empleados públicos y, por tanto, aplicables al conjunto del ámbito del mismo⁸, que se derivan fundamentalmente de los artículos 23.2 y 103.3 CE y han sido concretados por el artículo 55 del EBEP refiriéndose expresamente a ellos en los siguientes términos:

«1. Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad,

⁸ PALOMAR OLMEDA, A.: Derecho de la Función Pública: Régimen jurídico de los funcionarios públicos. Ed. Dykinson. Madrid, 2009.

y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el artículo 2 del presente Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.»

Por su parte, el artículo 57.1 párrafo 2º de la LOU establece que el procedimiento de acreditación «estará regido por los principios de publicidad, mérito y capacidad, en orden a garantizar una selección eficaz, eficiente, transparente y objetiva del profesorado funcionario, de acuerdo con los estándares internacionales evaluadores de la calidad docente e investigadora.»

A estos principios nos iremos refiriendo a medida que vayamos desgranando las decisiones judiciales recaídas en materia de acceso a los cuerpos docentes universitarios debido a su dimensión esencialmente específica. No obstante, conviene detenerse algo más en principios constitucionales por ostentar éstos un carácter más general, pudiendo servir de punto de partida para analizar el resto de jurisprudencia. Los principios constitucionales para el acceso a la función pública son tres, a saber: derecho a acceder en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), principio de mérito y principio de capacidad (art. 103.2 CE). El primero se encuadra dentro de la Sección Primera del Capítulo II del Título I lo que conlleva que su vulneración otorga, en virtud del artículo 53.2 CE, la posibilidad de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, como ha reiterado el Alto Tribunal (STC 138/2000, de 29 de mayo), es posible recurrir en amparo «Aunque sólo el artículo 23.2 se refiere a la igualdad, bajo la invocación conjunta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las Leyes (art. 23.2 CE), en relación con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE)». Por su parte, el principio de igualdad en el acceso a la función pública con los requisitos que señalen las Leyes se reconoce en el artículo 23.2 CE. El Tribunal Constitucional ha reiterado que se trata de una concreción del genérico derecho a la igualdad proclamado en el artículo 14 de la CE. De la misma manera, ha sido calificado jurisprudencialmente como un derecho reaccional.

En este sentido, cabe invocar, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1993 (FJ 3) que asimismo se refiere a la jurisprudencia constitucional:

«Alegan los actores la infracción de los arts. 14 y 23.2 de la Constitución, por lo que habrá de recordarse que, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, cuando se trata de cuestiones relacionadas con el acceso a las funciones y cargos públicos, el art. 14 de la Constitución sólo puede invocarse en conexión con alguna de las discriminaciones que en él explícitamente se prohíben [SSTC 36/1990, de 1 marzo (119/1990, de 21 junio; 149/1990, de 1 octubre; 74/1991, de 8 abril; 110/1991, de 20 mayo], y ello porque la exigencia de que el ejercicio del derecho a acceder a las funciones y cargos públicos, reconocido en el art. 23.2, sea «en condiciones de igualdad», configura tal derecho como una concreción o especificación del principio que, con carácter general, se consagra en el art. 14 [SSTC 75/1985, de 21 junio; 27/1991, de 14 febrero, entre otras], por lo que el Tribunal Constitucional ha declarado la prevalencia de la invocación y aplicación del art. 23.2 sobre el art. 14, cuando se trata de materias como la que aquí nos ocupa, ya que «la infracción de este precepto absorbe la de la vulneración del principio general de igualdad de los ciudadanos ante la Ley del art. 14» [SSTC 84/1987, 10/1989, 24/1989, 133/1989, entre otras]».

Esta doctrina se completa con otros pronunciamientos como el de la STC 138/2000, de 29 de mayo (FJ 6):

«El art. 23.2 CE, al reconocer a los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las Leyes, concreta el principio de igualdad en el ámbito de la función pública. No confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio y otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante este Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 50/1986, de 23 de abril, F. 4; 148/1986, de 25 de noviembre, F. 9; 193/1987, de 9 de diciembre, F. 5; 200/1991, de 13 de mayo, F. 2; 293/1993, de 18 de octubre, F. 4; 353/1993, de 29 de noviembre, F. 6, por todas).»

Por otro lado, el artículo 23.2 reconoce el derecho de todos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, con los requisitos que señalen las leyes. En consecuencia, el artículo 56 del EBEP se encarga de establecer esos requisitos generales para poder participar en los procesos selecti-

vos siguiendo, en lo esencial, el esquema utilizado por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. Así, dispone que es necesario tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57⁹; poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas; tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa¹⁰ (sólo por Ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público); no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos y, finalmente, poseer la titulación exigida.

Además, en el apartado 2 del mismo artículo se hace una referencia de un modo un tanto ambiguo a las lenguas oficiales distintas del Castellano, mandando a las distintas Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, a prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados en este sentido para cubrir los puestos de trabajo¹¹. Por último, el artículo 56.3 se refiere a que «Podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abs-

⁹ El artículo 57 EBEP se refiere al acceso al empleo público de nacionales de otros Estados. En este precepto se incluyen una serie de reglas entre las que destaca la de su apartado 1: «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas». En el siguiente apartado se extiende esta previsión a los familiares.

¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (pág. 407) recuerda que «la edad máxima para el acceso es la de jubilación forzosa, pues cualquier otra inferior podría considerarse discriminatoria e inconstitucional, de acuerdo con la STC 27/2004, de 11 de marzo».

¹¹ SÁNCHEZ MORÓN en *Derecho de la función pública* (pág. 123) considera que «como viene entendiendo el Tribunal Supremo (SSTS de 22 de julio de 1996, 20 de marzo y 10 de octubre de 1998, 24 de mayo y 6 de junio de 1999 y 18 y 16 de enero de 2000, 6 de marzo de 2006) el conocimiento de las lenguas cooficiales como elemento eliminatorio del acceso a puestos de trabajo sólo puede exigirse en relación con concretas plazas vinculadas a la utilización por los administrados de esas lenguas cooficiales, circunstancias que pueden estimarse concurrente en las zonas en que exista un predominio de población que utilice normalmente esas lenguas cooficiales en sus relaciones con la Administración.».

tracta y general», cuestión que reviste una especial importancia en este tema y que hay que ponerlo en conexión con la LOU, puesto que, aunque el artículo 56 tiene carácter básico y es de inmediata aplicación, el Estatuto hace una remisión a la regulación de la normativa específica o de desarrollo.

En este orden de ideas, el siguiente paso comprende analizar los requisitos que se establecen en la legislación universitaria. Pues bien, a priori no parece que haya ninguna novación, puesto que el art. 56.3 se remite a la legislación general de funcionarios. Sin embargo, para acceder a los cuerpos docentes universitarios se establece el requisito de la acreditación, antigua habilitación, y, tal como se ha configurado hoy a partir de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, parece discutible su naturaleza jurídica, pudiendo tratarse más bien de un requisito de la legislación específica para el acceso a los cuerpos docentes que una parte del proceso de selección en sí mismo. Por tanto, para acceder a los cuerpos docentes universitarios (que según el art. 56 de la LOE son ya únicamente Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad) no sólo habrá que cumplir los requisitos básicos del artículo 56 del EBEP, sino también estar acreditado conforme a los artículos 57, 59 y 60 de la LOU. No obstante, al margen de esta discusión y en aras a la claridad expositiva, trataremos el requisito de la acreditación en sede del procedimiento selectivo, como tradicionalmente se ha dado.

4.2. El nuevo sistema de selección: la acreditación y el concurso.

El sistema selectivo que instaura la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de reforma de la LOU disocia nitidamente la acreditación, en tanto que obtención de la aptitud o idoneidad para poder participar en los procesos de selección, de la convocatoria de los concretos concursos para cubrir las plazas en cada Universidad. Dicho binomio ha merecido su desarrollo mediante dos Reglamentos aprobados por los Reales Decretos 1312 y 1313/2007, ambos de 5 de octubre (BOE de los días 6 y 8), refiriéndose, el primero, a la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y, el segundo, regulando el régimen de los concursos de acceso a cuerpos docentes universitarios.

El EBEP incluye en su artículo 61, bajo el epígrafe genérico de “Sistemas selectivos”, un conjunto de disposiciones en las que, por una parte, se especifican los sistemas selectivos de funcionarios de carrera y del personal laboral de las Administraciones Públicas y, por otra, se relacionan diversas normas generales aplicables a todos los procesos selectivos; las cuales recogen exigencias y principios que forman parte del acervo común de la regulación de los procesos de selección de funcionarios, contenidos en las normas antecedentes y

en la doctrina elaborada por la jurisprudencia dictada en la materia. Solamente mencionando aquello relevante para la selección del profesorado universitario y siguiendo a MARTÍNEZ CORRAL y A MANZANA LAGUARDA¹², podemos agruparlas de la manera siguiente: 1.- Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia; 2.- Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos; 3.- Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados; 4.- Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la exposición curricular por los candidatos. Por último, los órganos de selección no podrán proponer el acceso a la condición de funcionario de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, excepto cuando así lo prevea la propia convocatoria. No obstante lo anterior, siempre que los órganos de selección hayan propuesto el nombramiento de igual número de aspirantes que el de plazas convocadas, y con el fin de asegurar la cobertura de las mismas, cuando se produzcan renunciaciones de los aspirantes seccionados, antes de su nombramiento o toma de posesión, el órgano convocante podrá requerir del órgano de selección relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos, para su posible nombramiento como funcionarios de carrera.

Respecto a los sistemas selectivos en concreto, el artículo 61.6 señala que «Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Sólo en virtud de Ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos». Y, como ya hemos visto, respecto al acceso a los cuerpos docentes universitarios existe habilitación legal en la LOU.

Tras la última reforma de la LOU operada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, el anterior sistema de “habilitación” ha sido sustituido por el de “acreditación”. De este modo, la nueva redacción del artículo 57.1 LOU reza que «El acceso a los cuerpos de funcionarios docentes universitarios mencionados en el artículo 56.1 [Catedráticos y Profesores Titulares de Universi-

¹² MARTÍNEZ CORRAL y MANZANA LAGUARDA: *Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008. pág 134.

dad] exigirá la previa obtención de una acreditación nacional que, valorando los méritos y competencias de los aspirantes, garantice la calidad en la selección del profesorado funcionario». Este artículo tiene su complemento en los artículos 59 y 60 LOU y en la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril¹³, que remite a la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación en virtud de la cual se ha dictado el Reglamento que Establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios, aprobado por Real Decreto 1312/2007, de 5 octubre.

Cabe hacer aquí una mención al sistema de habilitación (por ser el inmediatamente anterior y referirse gran parte de la jurisprudencia a él). Este sistema fue aprobado por la Ley Orgánica de Universidades de 2001 y por el Real Decreto 774/2002, de 26 julio¹⁴. Grosso modo, podemos enunciar unas diferencias para luego entrar en el fondo del sistema de acreditación que, siguiendo a del VALLE PASCUAL, en tanto que la habilitación versaba sobre pruebas, la acreditación se ocupa del examen y juicio sobre la documentación presentada. Por otro lado, la habilitación, definida por la categoría del cuerpo y el área de conocimiento, era juzgada por siete profesores del área de conocimiento correspondiente o, en su caso, afines. En tanto que la acreditación lo será por al menos siete profesoras y profesores de reconocido prestigio docente e investigador de cuerpos docentes o expertos de reconocido prestigio internacional o pertenecientes a centros públicos de investigación. Mientras las pruebas de habilitación eran públicas y eliminatorias, en la acreditación ha de garantizarse una selección eficaz, eficiente, transparente y objetiva, de acuerdo con los estándares internacionales evaluadores de la calidad docente e investigadora. La competencia para acordar la habilitación la tenía el Consejo de Coordinación Universitaria, y ahora la LOU la concede a la Agencia

¹³ Disposición final séptima. «Habilitación para el desarrollo reglamentario. 1. Corresponde al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y la aplicación de esta Ley. 2. En el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno aprobará el reglamento por el que se regula la práctica de la acreditación y los concursos de acceso regulados en los artículos 57 y siguientes de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, en la redacción efectuada por esta Ley».

¹⁴ SOSA WAGNER, en *El mito de la autonomía universitaria* (Cuadernos Civitas. Thomson. Civitas, 2004. Pág. 104) ha dicho que «Ambos han partido de una evidente realidad: la desconfianza hacia la Universidad convocante de la plaza y a lo que ésta pudiera hacer con sus tersos y bien planchados poderes autónomos. De ahí las limitaciones a sus facultades y las cautelas de publicidad, pruebas nacionales, composición de las comisiones juzgadoras y demás».

Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación. Por otro lado, es interesante señalar que el número de habilitados por convocatoria en el anterior sistema estaba en función de las plazas creadas por las Universidades. Sin embargo, ahora parece que no va a haber un límite en las acreditaciones y que, por tanto, todo el carácter competitivo de la selección va a desplazarse a la fase de concurso.

Asimismo, los cuerpos docentes universitarios a los que venimos refiriéndonos también han sufrido modificaciones a raíz de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril. En efecto, se ha producido una nueva ordenación del profesorado universitario funcionario, ahora organizado en sólo dos cuerpos de funcionarios: el de Catedráticos de Universidad y el de Profesores Titulares de Universidad ex artículo 56.1 LOU. A consecuencia de ello, hay que hacer unas menciones al régimen transitorio del sistema selectivo. Así, la Disposición adicional primera de la LOU prevé la integración, previa solicitud dirigida al Rector, de los funcionarios doctores del cuerpo de catedráticos de escuelas universitarias en el de profesores titulares de universidad, «en las mismas plazas que ocupen, manteniendo todos sus derechos y computándose la fecha de ingreso en el Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad la que tuvieran en el cuerpo de origen». En todo caso, pueden solicitar la acreditación para Catedrático de Universidad en los términos del artículo 60 LOU¹⁵. Asimismo, la Disposición adicional segunda se refiere a que los profesores titulares de escuelas universitarias que estén en posesión del título de doctor, o lo obtengan posteriormente, y previa obtención de la acreditación para profesor titular de universidad, según lo previsto en el artículo 57 LOU «accederán directamente al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, en sus propias plazas». La Disposición adicional décima, sobre los habilitados, precisa que quienes

¹⁵ El artículo 60 LOU se refiere a la acreditación para Catedráticos de Universidad en los siguientes términos: «1. Los funcionarios del Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad podrán presentar una solicitud para obtener la acreditación para Catedrático o Catedrática de universidad a la que acompañarán, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, una justificación de los méritos que aduzcan.

Quedarán eximidos del requisito de pertenecer al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad quienes acrediten tener la condición de Doctor con, al menos, ocho años de antigüedad y obtengan el informe positivo de su actividad docente e investigadora, de acuerdo con el procedimiento que establezca el Gobierno.

2. Las comisiones nombradas conforme indica el artículo 57.2 examinarán los méritos presentados por los solicitantes y podrán recabar de ellos aclaraciones o justificaciones adicionales que se entregarán por escrito en el plazo que se establezca».

hayan obtenido una habilitación al amparo del sistema que ahora se deroga poseen la acreditación que regula actualmente la LOU, entendiéndose que los habilitados para catedrático de Escuela Universitaria lo están para profesor titular de Universidad.

Por lo que se refiere al concurso, podemos definirlo como la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos. La fase de concurso en el acceso, regulada actualmente, como ya se ha indicado, por el RD 1313/2007, de 5 de octubre, viene a completar la forma bicéfala del acceso a los cuerpos de funcionarios docentes universitarios y que regula los concursos para el acceso a las plazas convocadas por las Universidades, cuya superación determina la adquisición de la condición de funcionario y la pertinente incorporación cuerpo docente del que se trate. Esta normativa parte del artículo 62 de la LOU y, como dice la Exposición de Motivos del Reglamento, «si bien la obtención del certificado de acreditación a que se refiere el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, anteriormente citado, se constituye como requisito imprescindible para concurrir posteriormente a los concursos de acceso, se trata de dos regulaciones normativas diferenciadas que vienen a romper con el sistema hasta la fecha vigente de acceso en dos fases a los cuerpos de funcionarios docentes.»

Considerando que el anterior sistema de selección se componía de dos fases, siendo la primera la fase de habilitación y la segunda la de concurso, la Exposición de motivos de este nuevo reglamento viene a confirmar que ya no estamos ante dos fases sino ante dos cosas distintas: la acreditación se debe configurar como un presupuesto para poder participar en el procedimiento de selección, es decir, estaríamos ante un requisito general establecido por la normativa específica para estos concretos cuerpos. Siendo esta nuestra hipótesis, la jurisprudencia establecida por los Tribunales de Justicia en su justa medida deben poder ser aplicables a este nuevo reglamento y no, de la misma manera a la regulación de la acreditación. No obstante, no podemos adoptar una actitud tan extrema puesto que, en lo sustancial, el requisito de acreditación requiere de un procedimiento que en lo esencial poco difiere del procedimiento de concurso. Por eso, la jurisprudencia surgida de todas las anteriores legislaciones universitarias y más aún de la antigua regulación de habilitación más concurso pueden ser extendidas no sólo al concurso sino también a la acreditación. En lo que sigue nos referiremos a la jurisprudencia que ha ido surgiendo cuando los Tribunales han conocido de controversias relativas al acceso a los cuerpos docentes universitarios, tratando de ponerla en conexión con la legislación vigente.

II. LA JURISPRUDENCIA DEL PROCESO SELECTIVO

Bajo esta rúbrica se va a englobar un conjunto de resoluciones de los Tribunales de Justicia que tienen como denominador común haber conocido del acceso a los cuerpos de funcionarios docentes universitarios. No pretendemos en esta sede hacer un recorrido exhaustivo por todas las fases y momentos del proceso selectivo ni tampoco recoger toda la jurisprudencia que sobre otros tipos de procesos selectivos semejantes haya recaído. Por tanto, únicamente referiremos resoluciones que vengan a tratar directamente del profesorado universitario y que, a la luz de la nueva regulación, pudieran continuar siendo relevantes. Para una mayor sistemática, se organizará la jurisprudencia por los elementos del proceso selectivo que han ido apareciendo en las decisiones judiciales.

1. La Convocatoria y las Bases

El proceso selectivo se iniciará con una Convocatoria a la que se adjuntarán las Bases de la misma, las cuales se deberán ajustar a los principios de mérito y capacidad establecidos en nuestra Constitución. Así lo ha declarado repetidamente la jurisprudencia:

«los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad imponen, entre otras exigencias, la obligada adecuación de los méritos exigidos a las tareas a desarrollar (...) y ello puesto que, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de febrero de 2000, «...el artículo 23.2 CE garantiza a todos los ciudadanos el derecho a acceder a las funciones públicas «en condiciones de igualdad», lo que supone concurrir al proceso selectivo de acuerdo con unas bases adecuadas a los principios de mérito y capacidad, que deben inspirar el sistema de acceso y al margen de los cuales no es legítimo exigir requisito o condición alguna para dicho acceso (por todas, STC 73/1998)». Sentencia TSJ de Cataluña 407/2004, de 2 de abril, FJ 4.

En el mismo sentido, el artículo 2 del RD 1313/2007, sobre el concurso, indica que «Los concursos de acceso a los cuerpos docentes universitarios a los que se refiere el artículo anterior se regirán por las bases de sus respectivas convocatorias, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, así como en el presente Real Decreto, en los Estatutos de la Universidad convocante y en las demás normas de carácter general que resulten de aplicación.»

La predeterminación normativa de las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los indicados principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional

en la su Sentencia 138/2000, de 29 de mayo, «tiene también trascendencia, por lo que aquí interesa, desde la perspectiva estricta del principio de igualdad que incorpora y especifica el art. 23.2 CE como contenido del derecho fundamental que reconoce y garantiza, en cuanto el mismo puede resultar vulnerado cuando por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la Ley o de las normas reguladoras de los procedimientos de acceso se introduzcan nuevos requisitos o condiciones que limiten el acceso a la función pública a determinados ciudadanos o grupos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa, excluyendo del goce de un derecho a aquellos a los que la Ley no excluyó. De modo que resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la Ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen o añadan nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios innovativos de diferenciación donde el legislador no había diferenciado, desconociendo de esta forma el criterio igualatorio sancionado por éste (SSTC 47/1990, de 20 de marzo, F. 7; 185/1994, de 20 de junio, F. 5 y ATC 1035/1986, de 3 de diciembre)¹⁶».

Es un principio general consagrado desde antiguo en nuestro Derecho que la convocatoria es la ley del concurso. Podemos citar, por ejemplo, las SSTS de 9 de junio de 1948; de 8 y 28 de marzo, de 8 de mayo y de 9 de julio de 1947; de 25 de febrero y de 1 y de 21 de marzo, de 27 de mayo y de 2 de julio de 1946, en todas las cuales se repite una fórmula de este tenor: «las bases de la convocatoria para la provisión de vacantes por concurso u oposición constituyen su ley, a la que quedan sometidos los concursantes, como la propia Administra-

¹⁶ La misma Sentencia en el fundamento jurídico 6 declara que «una verdadera predeterminación ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un indiscriminado arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el art. 23.2 CE, lo cual, por otra parte, es lo que hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el Juez –que lo es de la legalidad– tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas, sin que ello pueda implicar tampoco, como es obvio, la sustitución de la discrecionalidad técnica de la Administración –la calificación técnica del órgano calificador– por la judicial. Desde esta perspectiva, por otra parte, se entiende que la preexistencia y predeterminación de las condiciones de acceso, aunque no pueda ser cuestionada automáticamente en este proceso, forme parte del derecho fundamental en cuanto constituye su soporte y puede ser aquí invocada cuando vaya inescindiblemente unida a la posible vulneración de las condiciones materiales de igualdad, mérito y capacidad [SSTC 48/1998, de 2 de marzo, F. 7 a) y 73/1998, de 31 de marzo, F. 3 a)].

ción»¹⁷. Asimismo, la jurisprudencia ha proclamado la inmutabilidad de la convocatoria. En este sentido, SERRANO GUIRADO¹⁸ considera que no es sino una aplicación estricta de la doctrina de los actos propios, según la cual a nadie le es lícito volver sobre sus actos. Las primeras sentencias que se encuentran en este sentido pueden ser la STS de 28 de octubre de 1921 que declaraba ya, que la Administración es la primera obligada a no ir contra sus propios actos y a observar los preceptos que previamente dictó por constituir una norma de ineludible cumplimiento para quien voluntaria se la impuso.

Otro de los principios que pregona el artículo 55 EBEP es la publicidad tanto de la convocatoria como de sus bases. Pues bien, ambas deben publicarse en el Boletín Oficial del Estado o Boletín de la Administración correspondiente aunque la STSJ de Galicia de 26 de abril de 2000 ha afirmado el carácter subsanable de este requisito.

1.1 La redacción del barómetro o criterios a aplicar por la comisión juzgadora

Dentro de las bases, deberán constar el barómetro o criterios a aplicar por la comisión juzgadora para otorgar la plaza. Por lo pronto, el mismo barómetro puede ser recurrido mediante la impugnación del acto que contiene la convocatoria y bases del concurso (TSJ de Galicia en la Sentencia 997/2003, de 19 noviembre). En este orden de ideas, uno de los temas sobre el que más se ha discutido ha sido sobre los requisitos de redacción de tales criterios y, entre los casos que se han planteado, está aquel en el que el recurrente consideraba los criterios establecidos demasiado generales, amplios y vagos, de tal modo que podrían determinar que la Convocatoria de que se viene haciendo mérito adolezca de una gran indefinición, posibilitaría actuaciones incontralables, y en cuanto tales arbitrarias, como alegan ciertos recurrentes». Ello ha dado lugar numerosos pronunciamientos que sistematiza la Sentencia del TSJ de Madrid en Sentencia de 22 enero 2000:

«Del art. 23.2 de la Carta Magna deriva, en palabras del propio Alto Tribunal, el que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones «se

¹⁷ PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson. Madrid, 2009. pág. 214.

¹⁸ SERRANO GUIRADO, E: *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*. Madrid, 1956. Pág. 137.

establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas» (STC 50/1986, de 23 abril). Ello significa dar relevancia constitucional a un criterio que había venido siendo exigido por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, desde la muy conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1971, que aplicó la teoría de la desviación del poder a un concurso establecido con el «preconcebido propósito» de nombrar a determinada persona. De ahí que se exija que los requisitos o méritos se establezcan «con carácter general» (STC 42/1981), siendo constitucionalmente inaceptable que «se produzcan acepciones o preferencias “ad personam” en el acceso a las funciones públicas» (STC 148/1986, de 25 de noviembre). «Lo que el art. 23.2 CE prohíbe es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de las funciones públicas se establezcan no mediante términos generales y abstractos sino mediante referencias individuales y concretas» (STC 18/1987, de 16 de febrero). Es obvio que lo anterior no significa que la regla del art. 23.2 no opere como límite a la acción del legislador pues, en este sentido, resultaría contrario al derecho enunciado en este precepto, en primer lugar cualquier reserva, explícita o encubierta, de funciones públicas «ad personam» y, en segundo, la alteración del régimen jurídico establecido para la provisión de determinadas plazas funcionariales por medio de una Ley singular (STC 148/1986, de 10 de diciembre).» (FJ 3).

Con la anterior justificación, el Tribunal en el caso concreto resuelve la duda de la hipotética vaguedad de la redacción de la convocatoria que, bajo el epígrafe «Normas y criterios generales de valoración», disponía, entre otras cuestiones y en su punto 2, que «las Comisiones [...], para la valoración de los méritos de los candidatos, habrán de considerar necesariamente los siguientes criterios generales a cada uno de los cuales asignarán una puntuación porcentual en relación con el total, antes de comenzar la sesión y que harán constan en la correspondiente acta. Criterios Generales: 1º.-Formación Académica; 2º.-Actividad Docente; 3º.-Actividad Científico-Investigadora; 4º.-Otros méritos, que nunca podrán exceder del 15% de la puntuación total». Estos criterios, a juicio del Tribunal, «responden fielmente a la idea de generalidad, en cuanto opuesta a la especificidad, y tienen su concreto sentido si se tiene en consideración que la Convocatoria sometida a nuestra consideración no sólo convocaba a concurso de méritos la adjudicación de la plaza de que se viene haciendo mención, sino que muy al contrario ofertaba un sinfín de plazas de diversas áreas y especialidades tales como medicina, derecho, economía, informática, electrónica, enfermería, ciencias sociales, etc.». No obstante, este caso concreto no puede ser definitivo puesto que el tribunal al final parece apoyarse en otro argumento –la existencia de una variedad de plazas–, que, aunque parece ser que no es esencial nos alerta de la precaución con la que hay que proceder en el caso concreto.

A pesar de lo anterior, de esta Sentencia del TSJ de Madrid podemos inferir una suerte de requisitos que los criterios de valoración han de poseer para no incurrir en un vicio de nulidad. Podríamos sistematizarlos de la siguiente manera: en primer lugar, se deben establecer en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas; en segundo lugar, no pueden producir acepciones o pretericiones «ad personam»; en tercer lugar, no pueden suponer en ningún caso alteración del régimen jurídico establecido para la provisión de las plazas en cuestión por medio de una Ley o norma singular y, en cuarto lugar, y de modo general, no pueden resultar en absoluto incompatibles con los principios de mérito y capacidad.

Por último en este apartado, debe apuntarse el caso, no infrecuente, de que el aspirante recurrente aprecie que el baremo ha sido calculado en función de unos resultados deseados. La actora del recurso que dio lugar a la STSJ de Galicia 997/2003, de 19 de noviembre, alegaba que el baremo aplicado por la comisión juzgadora «adolece de precisión y que, a tenor de los resultados, ha sido calculada.» A lo que el Tribunal responde que «Conviene puntualizar previamente que cuando se aprobaron los criterios de valoración (folios 4 a 10 del expediente) ninguna impugnación se dedujo por parte de la recurrente, quien sólo después de la celebración de la primera prueba del proceso selectivo, y a la vista de que no la había superado, decidió mostrar su disconformidad.»

Cuando queda probado que se ha hecho coincidir el baremo de méritos con las circunstancias de una persona concreta, el TS ha declarado la existencia de desviación de poder definida en el artículo 70.2 de LJCA como «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico» (STS de 14 de octubre de 1994).

1.2. La interpretación de los criterios

En primer lugar hay que entender que no hay requisitos excluyentes, como manifiesta la STC 138/2000, de 29 mayo al hacer un recorrido jurisprudencial sobre la cuestión:

«el Tribunal Supremo en una reiterada jurisprudencia ha venido revocando aquellas Sentencias que en supuestos como el presente consideran un requisito como excluyente, reiterando la obligación de valorar todos y cada uno de los méritos de los candidatos para poder inferir la resolución justa (STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 4 de marzo de 1992). Es más, el propio Tribunal Supremo ha afirmado que no es posible dejar de lado el examen

de la actividad investigadora de los candidatos por ser el criterio más importante, de forma que hacer lo contrario, esto es, primar la docencia, no ya convertirla en requisito excluyente como se hace en la Sentencia impugnada en amparo, subvierte los criterios legales y se convierte en una forma de primar a un candidato lesionando el derecho del art. 23.2 CE (STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 11 de diciembre de 1995). Asimismo, ha dejado claro, en un supuesto especialmente significativo en cuanto atañe al concurso para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Escuela Universitaria para la que la Ley formalmente no exige actividad investigadora, que establecer como criterio exclusivo y excluyente la docencia es causa suficiente para revocar la actuación administrativa (STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 15 de enero de 1996).»

Concretamente lo que esta sentencia viene a tratar es el caso en que se establecía en las bases varios méritos a valorar unidos por la conjunción copulativa “y” (formación académica y actividad docente e investigadora). Pues bien, la sentencia impugnada en amparo anuló el nombramiento de la recurrente en amparo y declaró desierta la plaza objeto del concurso para su posterior provisión. Decisión que el órgano judicial fundó, tras declarar la necesaria vinculación de la propuesta de la Comisión a los criterios de valoración por ella fijados y publicados, en la consideración de que los tres parámetros contenidos en el primero de los criterios de valoración –«formación académica y actividad docente e investigadora»–, al aparecer «unidos copulativa y no disyuntivamente», debían de ser interpretados en el sentido de que «la no concurrencia de cualquiera de ellos impediría haber entrado en la valoración del conjunto», de modo que siendo la experiencia docente uno de los parámetros del referido criterio y carecer de la misma la demandante de amparo procedía anular su nombramiento y declarar desierta la plaza objeto del concurso. Sin embargo, el TC termina otorgando el amparo puesto que al estar enunciados esos parámetros de esa manera, parecen tratarse más bien de requisitos o condiciones de acceso no previstos legalmente y vulnerarían el artículo 23.2 CE, es decir, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas con los requisitos que señalen las Leyes. Este criterio del Tribunal Constitucional viene a refutar la posición del TSJ de Andalucía mantenida en la Sentencia recurrida (STSJA de 1 de julio de 1996) que venía a decir que:

«En el primero de los criterios de valoración la Comisión aunque efectuando una valoración conjunta de los tres parámetros contenidos en el criterio, debió valorar, como se efectuó por alguno de los miembros, de forma separada cada uno de los tres apartados que contiene, que aparecen unidos copulativamente y no disyuntivamente, de tal forma, que se ha de interpretar que la no concurrencia de cualquiera de ellos impediría haber entrado en la

valoración del conjunto, todos que están claramente definidos como: formación académica y actividad docente e investigadora».

2. Los méritos alegados

2.1. Sobre la prueba o acreditación de los méritos y documentación aportada

El artículo 12.1 del RD 1312/2007, de 5 de octubre, que establece el sistema de acreditación nacional, se refiere a que «Para optar a la acreditación para profesor o profesora titular de universidad es requisito indispensable estar en posesión del título de Doctor. A tal efecto, los candidatos y candidatas deberán presentar la correspondiente solicitud a la que acompañarán la justificación de los méritos que aduzcan de carácter académico, profesional, docente e investigador y de gestión académica y científica». Algunas sentencias han tratado sobre la prueba de determinados méritos en particular, es decir, sobre la forma en que han de ser justificados. Así sobre los cursos de doctorado, pueden ser probados mediante la correspondiente certificación, aunque puede llegar a admitirse una simple declaración jurada por parte del concursante (si ello no se impugna), según el FJ 2 de la Sentencia 468/2003 de 15 abril del TSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª). Respecto al mérito descrito como “Oposiciones obtenidas a cuerpos de la Administración relacionadas con la plaza” el FJ 3 de la misma sentencia alega que es necesario probar la efectiva relación si no, no queda destruida la presunción de validez de los actos administrativos. Parecido es lo que ocurre con la acreditación de la relación con la plaza de un master realizado (FJ 4), que debe ser directa, lo cual debe probarse por el interesado. En caso contrario, serán de aplicación las reglas de la carga de la prueba, lo cual le será perjudicial. A efectos de prueba, no es suficiente la relación entre los nombres del master y de la plaza. Por lo que se refiere a los cursos de aptitud pedagógica (CAP), no basta con la mera acreditación de haber sido profesor de los cursos. Por otro lado, cuando el mérito “perfil de plaza” aparezca en la convocatoria, normalmente se especificarán ciertos criterios que lo concreten aunque es probable que sean conceptos jurídicos indeterminados pero que servirán como parámetro para la ponderación discrecional de la comisión. No obstante, para determinar en el caso concreto qué se entienda por “perfil de plaza” habrá que estar al tenor literal de la convocatoria. Por último, la Sentencia del TSJ de Andalucía de 1 de julio de 1996 ha manifestado que «la valoración de la experiencia docente se determina en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas (SSTC 50/1986, 148/1986 y 18/1987)».

Por otro lado, cuando la convocatoria no se oponga, puede ser suficiente la mera declaración de los concursantes relativa a la acreditación de los méritos alegados cuando sean requeridos por la Administración para ello.

«la pretendida manipulación de los méritos achacada por la demanda a la codemandada, no puede ser acogida por la Sala, por cuanto, atendido que los méritos en este concurso se manifiestan por los concursantes con el compromiso de acreditarlos, si son requeridos para ello, como reza el curriculum normalizado que ambos –actor y codemandada– suscriben y que obran en el expediente, es lo cierto que se ha acreditado en autos que la codemandada es coautora de la publicación a que se refiere la demanda». (STSJ de la Comunidad Valenciana 1477/2002, de 26 noviembre, FJ 7).

Otra cuestión es la obligación de la Comisión para fijar un plazo durante el cual los concursantes puedan ejercer su derecho a revisar la documentación aportada por el resto de candidatos. Esta obligación, que se circunscribe a la publicación del plazo, no queda infringida cuando a pesar de la no publicación, efectivamente se ha dado la posibilidad de ejercer el derecho y los interesados no lo han ejercido (STSJ de Aragón 131/2001, de 12 de febrero, FJ 4).

2.2. Evaluación de los méritos

En otros casos se ha tratado la falta de adecuación de los méritos del aspirante propuesto al referido perfil de la plaza. Concretamente, es el caso de la Sentencia 407/2004, de 2 de abril, del TSJ de Cataluña, en el que los méritos del candidato que había obtenido la plaza tenía una débil relación con el perfil mismo de la misma. Pues bien, en el FJ 2 indica el tribunal que esa falta de adecuación no puede ser revisada por los tribunales de justicia por entrar dentro de la discrecionalidad técnica de los Tribunales calificadores¹⁹. No

¹⁹«la naturaleza y alcance técnico (no tanto discrecional) de las atribuciones administrativas cuyo resultado se examina, que, precisamente, en garantía de la efectividad de los principios que tratan de tutelarse, sólo pueden ser revisadas en los aspectos objetivos a los que viene sujeta la actuación de los órganos que las ostentan, todo ello, según doctrina jurisprudencial reiterada, de la que puede verse una muestra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991, según la cual «...los Tribunales calificadores de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas, pues en principio los Tribunales de justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o por los que le pueda aportar una prueba pericial especializada, en segundos Tribunales calificadores que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación los que en

obstante, a la cuestión de la discrecionalidad técnica y el alcance de la revisión jurisdiccional nos referiremos posteriormente.

En el mismo sentido, respecto a la falta de adecuación y, una vez que ésta ha sido estimada, y, por tanto, ha dado lugar a una evaluación negativa o falta de cómputo positivo, no puede alegarse que la comisión se haya declarado “incompetente” para examinar dichos trabajos de investigación y publicaciones, como se ha pretendido por algún recurrente (STSJ de Galicia 997/2003, de 19 de noviembre). Por otro lado, el acto dictado a consecuencia de una valoración de los méritos que se aparte de las bases de la convocatoria pero que se haga respetando los criterios de valoración establecidos por la Comisión en virtud de dichas bases, no puede ser causa de nulidad y ni siquiera, de anulabilidad (STSJ de la C. Valenciana 1477/2002, de 26 de noviembre, JF 8).

Se ha discutido sobre la valoración de los distintos méritos en particular, alegando que una distinta valoración de los mismos entre los distintos concursantes daría lugar a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) y conllevaría la nulidad de la resolución fundada en el art. 62 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (STSJ C. Valenciana 1477/2002, de 26 de noviembre, FJ 6). No obstante, cuando lo que se ha pretendido que se infringe el principio de igualdad porque un mérito no ha sido valorado (tanto a actor como a demandado), en el caso de la anterior sentencia, el Tribunal ha señalado que no concurre esa infracción ya que «el que no se consigne específicamente tal mérito en la justificación de las valoraciones de la comisión de selección en ambos casos, no acredita que no se les haya valorado a ambos –actor y codemandada– la dicha tesina de licenciatura, pues dicho informe sólo destaca lo que se valora especialmente, pero no determina las puntuaciones por la Comisión dentro de sus atribuciones de valoración y en expresión numérica de su juicio técnico».

Es preciso detenerse sobre la valoración del mérito de la experiencia docente, puesto que ello ha provocado numerosas controversias. Entre ellas destaca la relativa a si se obtuvo en centro público o privado, respecto a lo cual la jurisprudencia ha hecho una distinción, principalmente debido a acusadas di-

virtud de esa discrecionalidad técnica corresponden al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas, lo que no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos en que concurren defectos formales sustanciales o que se ha producido indefensión, arbitrariedad, desviación de poder, etc....».

ferencias de régimen jurídico, no resultando este criterio contrario al artículo 23.2 CE.

«El segundo motivo de impugnación del Real Decreto incide en la diferente puntuación asignada a la experiencia docente previa, según sea pública o privada, al ser superior la de la primera a la de la segunda, en una proporción que los demandantes estiman desmesurada y, en todo caso, injustificada porque, afirman, no es más valiosa por su calidad técnica y profesional una que otra; diferencia de valoración que, por ello, juzgan lesiva del derecho reconocido en el art. 23.2 de la Constitución.

Como hace notar el Ministerio Fiscal la selección del profesorado responde a distinto régimen jurídico según se trate de centros públicos o privados: si los centros son privados, con la autonomía que les reconoce el art. 25 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio; si son públicos, la selección del profesorado constituye un área del acceso a la función pública, sujeta a la Ley y su desarrollo reglamentario, sin que los servicios previos en centros privados, supongan derecho alguno a su reconocimiento, con carácter preferente, a la hora de fijar las condiciones y requisitos del acceso a la función pública docente, entrando en los poderes del legislador y, en su caso, de la Administración, el atribuir o no, y en la medida que se estime adecuada, una valoración a la experiencia previa en los centros privados, como éstos podrían hacerlo cuando seleccionen su profesorado, respecto de la experiencia previa en centros públicos. Recuérdese que en las pruebas de idoneidad para acceder a las categorías de Profesor Titular de Universidad y Profesor Titular de Escuela Universitaria, previstas con carácter transitorio –como en el presente caso– por la Ley Orgánica 11/1983, de 25 agosto, de Reforma Universitaria, no entran en juego otros servicios previos que los prestados en centros docentes estatales.

Por consiguiente, existen acusadas diferencias de régimen jurídico entre ambos tipos de experiencia docente, entre las que no es menor la de que en la pública ha mediado ya una previa selección por la Administración para el nombramiento de los Profesores interinos y contratados.»(STS de 15 de diciembre de 1993 por la que se resolvía un recurso contra el Real Decreto 574/1991, de 22 abril que regula transitoriamente el ingreso en los Cuerpos a que se refiere la Ley Orgánica 1/1990, de 3 octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo).

Igual criterio ha quedado claramente definido en sentencias como la del TS de 23 enero 1992 (FJ 3):

«no cabe invocar una situación de igualdad con el Profesorado que desempeñaba sus funciones docentes en la Universidad Pública para acceder mediante pruebas restringidas de idoneidad a Cuerpos Docentes de nueva

creación, en tanto que las Universidades Privadas siguen conservando sus propios sistemas de selección del profesorado, estructuración del mismo, régimen retributivo etc».

2.3. La necesaria correlación de la valoración de los méritos presentados con las categorías establecidas en la convocatoria

En este punto surge el tema de la correlación de la valoración de los méritos presentados con las categorías señaladas en la convocatoria que podría considerarse una concreción del principio del art. 55 EBEP de adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. Respecto a este tema, antes de todo, hay que poner de manifiesto que varios méritos de la misma categoría deben ser valorados atendiéndose a la misma clasificación para todos los candidatos, es decir, tiene que valorarse en el mismo apartado (así se deriva de la STSJ de Castilla y León 468/2003, de 15 abril, FJ 2).

Sobre la puntuación otorgada por los miembros de la Comisión a los diversos elementos o apartados que debían ser objeto de valoración, se ha dicho que no todo mérito alegado y justificado tiene que ser necesariamente valorado si no se refieren a las materias enjuiciables (STS de 30 de abril 1991, FJ 2º). En el mismo sentido se ha pronunciado la STS 28 de septiembre de 1989 cuando la recurrente pretendía que, supliendo tanto la Administración como los Tribunales de Justicia las tareas y facultades de la Comisión evaluadora de las pruebas de idoneidad –sistema de acceso entonces vigente–, se reconociera su derecho y se la nombrara Profesora Titular de Escuela Universitaria, en el área especificada, «porque la Comisión no ha razonado su inidoneidad, debiendo de prevalecer, en consecuencia, la presunción legal de su aptitud derivada de reunir las exigencias de todo orden, que la convocatoria requiere, así como del hecho de venir desempeñando la expresada función docente en méritos de sucesivos contratos administrativos de duración limitada desde el curso 1975/76, ello con independencia, además, que la evaluación básica de los candidatos ha de ser, preferentemente se dice, la capacidad docente y el historial académico». A lo que el TS respondió que (FJ 2º):

«No cabe confundir los requisitos o circunstancias mínimas para participar en unas pruebas de idoneidad, con los necesarios para alcanzar la misma, respetando los principios de mérito y capacidad, puesto que no basta reunir los requisitos para poder concurrir sino que se ha de obtener la calificación suficiente, dado que, aquéllos únicamente aperturan la vía de la ponderación, análisis y valoración de los alegados –cuyo cometido se encuentra atribuido a la Comisión–, y dan lugar a la calificación correspondiente, de modo tal que

la reunión de los requisitos para concurrir y participar en las pruebas no da derecho «per se» a la calificación de idóneo».

A pesar de lo anterior, hay sentencias posteriores como la del TSJ de Cataluña 407/2004, de 2 de abril, que consideran que:

«Sin embargo, también es verdad que la necesaria relación entre la plaza a proveer y los méritos alegados no puede llegar a exigir que todos esos méritos guarden relación con el perfil de la plaza ni, por descontado, que esa circunstancia funcione como presupuesto para la intervención en el concurso de los posibles aspirantes, exigencia que, en términos generales, pugna con el sistema de acceso establecido para el Cuerpo de Profesores Titulares Universitarios, que si bien se articula a través de procedimientos de provisión de plazas concretas, en realidad culmina con la incorporación del aspirante propuesto a la estructura orgánica e institucional que constituye el Área de Conocimiento a la que pertenece la plaza, que (como así confirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 26/1987, F. 12) a tenor de lo que puede extraerse del artículo 37 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria (más explícitamente ahora en el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre), constituye el elemento básico del sistema selectivo y, una vez producido el ingreso el Profesor Titular, del desarrollo de su función docente, que tendrá lugar sin adscripción concreta a una determinada asignatura, ni tan siquiera a la que dentro del Área justificó la convocatoria del concurso [...].

En definitiva, aunque en el proceso selectivo debe considerarse la relación de los méritos y capacidades de los aspirantes con el perfil concreto de la plaza, lo cierto es que ese elemento, no se contempla como presupuesto de admisión de los aspirantes ni, por lo tanto, tiene necesariamente que presentarse en todos y cada uno de aquellos méritos y capacidades, apareciéndose en realidad como un elemento más a tener en cuenta en la valoración de los aspirantes y en el resultado final que deba obtenerse, y que, por descontado, debe perseguirse y hacerse efectivo en la medida que sea posible, de acuerdo además con lo que establece el artículo 153 de los Estatutos de la Universidad al indicar que el aspirante propuesto responda al perfil señalado.» (FJ 4).

2.4. Valoración y puntuación de los méritos

Los nuevos reglamentos reguladores del sistema de acreditación y concurso utilizan el término “valoración” y “valorar”²⁰ para referirse a la forma de

²⁰ En el artículo 3 del RD 1312/2007, de 5 de octubre, se proclama que «La acreditación [...] tiene por objeto la valoración de los méritos y competencias de los aspirantes a fin de garantizar

evaluación en el seno de las respectivas comisiones. Otros términos semejantes, como “puntuación”, no son mencionados. Sin embargo, sí se hace referencia en el reglamento de acreditación a determinados “informes” que contendrán la evaluación. Este tema que parece baladí, ha tenido importancia en otras reglamentaciones anteriores, como en el Real Decreto 1888/1984, de 26 de Septiembre, por el que se Regulan los Concursos para la Provisión de Plazas de los Cuerpos Docentes Universitarios, el cual ha provocado una intensa interpretación. La doctrina que en su virtud se ha producido puede, no obstante, seguir siendo muy útil para interpretar cada uno de los conceptos que pudieran aparecer tanto en las bases reguladoras de los concursos como en cada uno de los Estatutos de las Universidades.

En primer lugar, hay que hacer una referencia a la distinta significación de “puntuar” y “valorar”, conceptos que muchas veces los Tribunales de justicia utilizan como sinónimos pero que sus distintas connotaciones determina el ámbito de revisión de los Tribunales de Justicia. Grosso modo, podemos ya enunciar que los Tribunales entrarán a conocer de la puntuación, no haciendo lo mismo para el caso de la valoración. Es decir, revisarán la puntuación otorgada por los Tribunales calificadores pero no entrarán a conocer de la valoración que la misma haga de los méritos aportados. En este orden de ideas, ha habido resoluciones de los tribunales que han adjudicado la plaza directamente después de entrar a conocer de los méritos aportados y de su puntuación cuando la parte recurrente no sólo pedía la nulidad de la resolución impugnada (que concedía la plaza a otro concursante) sino también que se le declarara su derecho a ser adjudicatario de la plaza. Un ejemplo es la Sentencia 468/2003, de 15 de abril del TSJ de Castilla y León de la cual podemos inferir que procede la revisión jurisdiccional de la puntuación cuando concurren una serie de requisitos: primero, que los conceptos parciales del baremo y su puntuación estén detallados en la convocatoria; segundo, que la comisión haya omitido la puntuación de alguno de esos méritos aportados por el concursante; tercero, que el interesado alegue dicha omisión y, por último, que el interesado pruebe los méritos. Es más, en este caso concreto en que efectivamente se concede la tutela solicitada estimando el recurso interpuesto, no

una posterior selección del profesorado funcionario eficaz, eficiente, transparente y objetiva». Por su parte, el artículo 7 del RD 1213/2007, de 5 de octubre establece que «Los Estatutos de cada Universidad regularán el procedimiento que ha de regir en los concursos, que deberá valorar, en todo caso, el historial académico, docente e investigador del candidato o candidata, su proyecto docente e investigador, así como contrastar sus capacidades para la exposición y debate ante la Comisión en la correspondiente materia o especialidad en sesión pública».

sólo se procede a adjudicar la plaza al actor sino que se condena a la Administración a abonar «las diferencias retributivas dejadas de percibir, descontando las que haya obtenido en puestos incompatibles con la plaza referida».

Además de la diferencia conceptual entre puntuación y valoración, otra jurisprudencia ha distinguido el concepto de votación, valoración e informe razonado a partir de Real Decreto 1888/1984, de 26 de Septiembre, por el que se regulaban los Concursos para la Provisión de Plazas de los Cuerpos Docentes Universitarios (STSJ de Castilla y León 200/2007, de 30 abril y STSJ de Aragón 131/2001, de 12 febrero, que siguen a la STS de 26 de octubre de 1994):

«En este sentido, el TS diferencia entre las “votaciones” del candidato, las “valoraciones” y los “informes razonados”.

La “votación”, en palabras del Ato Tribunal, tiene manifestación formal expresa en relación con la calificación del primer ejercicio, ya que como se sabe, el artículo 9.3 del Real Decreto establece que “... esta prueba tendrá carácter eliminatorio para todos aquellos concursantes que no obtengan en la misma, al menos, tres votos”. Asimismo, se reitera este requisito para la formalización de la propuesta de nombramiento, estableciéndose que “se procederá a la provisión de las plazas convocadas cuando haya concursantes valorados favorablemente, al menos por tres de sus miembros”.

Sigue diciendo ese Tribunal que la “valoración” (entendida en sentido restringido de cuantificación numérica del mérito), es un factor de inexcusable utilización para dar racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas, dado que al margen de los informes iniciales previos, las referidas pruebas se realizan en dos escalones sucesivos; el primero es de carácter eliminatorio pero no así el segundo, por lo que la calificación definitiva, a salvo los criterios aprobados y hechos públicos por la Comisión juzgadora, habrá de obtenerse acudiendo al sistema de las medias o promedios de puntuaciones parciales obtenidas.

Esta necesidad de cuantificación que tiene manifestación formal explícita en el Real Decreto (artículo 8.2 redacción 1986) y aunque es cierto que, como allí argumentaba el apelante en sus alegaciones, no tiene aplicación directa a los Profesores titulares de Escuelas Universitarias pues la norma se refiere específicamente a “concursos a plazas de Catedrático de Universidad o de Escuela Universitaria y de Profesores Titulares de Universidad” –caso que ahora nos ocupa–; pero, en cualquier caso, dice el TS, es un exponente corroborador de la racionalidad de dicho sistema.

Añade, que es desde esta perspectiva de la puntuación acumulada y de las votaciones a que se refiere el artículo 11.1 del Real Decreto como adquiere su

real significado y justificación el informe razonado conjunto a que se refiere el artículo 9.7 del Real Decreto. Es claro, por otra parte, que visto bajo esta dimensión no cabe confundirlo, ni menos sustituirlo con los informes específicos realizados sobre cada ejercicio en particular, concluyendo que la omisión del informe a que se refiere la resolución de la Comisión de Reclamaciones afecta sustancialmente a la legalidad del procedimiento seguido para la formalización de la propuesta e incide en su validez, con los efectos declarados en la citada resolución».

Otro concepto muy similar que aparece en la práctica es el de “valoración cuantitativa” o “cuantificación numérica”. El TS se ha planteado si la falta de valoración cuantitativa, puede acarrear la nulidad de la resolución, de tal modo que podría retrotraerse el procedimiento a la fase de valoración, concluyendo que así debe ser y que no le corresponde al Tribunal entrar a valorar los méritos concretos:

«cabe concluir que esa falta de cuantificación numérica, conlleva un defecto de motivación causante de indefensión, que ha de conducir a declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, procediendo retrotraer el procedimiento a la fase de valoración de la primera prueba practicada, a fin de que la Comisión de Selección cuantifique numéricamente las puntuaciones obtenidas por cada uno de los candidatos en la realización de tal prueba, y cuantificada que sea tal valoración, proceda a efectuarse la media o promedio con las valoraciones concretas obtenidas por cada uno de los candidatos en la segunda prueba realizada, y tras los informes razonados conjuntos, proponga al concursante que proceda para cubrir la plaza del concurso, de conformidad con lo dispuesto el art. 11 del RD 1888/1984, sin que sea admisible entrar a examinar en esta vía jurisdiccional los méritos de cada uno de los concursantes, pues es el Tribunal Calificador llamado a juzgar el concurso de méritos el que goza, como todo órgano de selección de su misma naturaleza, de discrecionalidad técnica para valorar los méritos de los candidatos, sin que el juicio que éstos emitan, pueda ser sustituido, con desconocimiento de la discrecionalidad técnica propia de los Tribunales» (STS de 26 de octubre de 1994 y, en el mismo sentido, la STSJ de Aragón 131/2001, de 12 febrero).

Y, de la misma forma, la STSJ de Castilla y León 200/2007, de 30 abril, concluye:

«Pues bien, aplicando la precedente doctrina al caso que nos ocupa, nos encontramos con que la falta de cuantificación numérica por parte de la Comisión de Selección del resultado de la primera prueba del concurso, ha incurrido en un defecto de “valoración”, que como dice el TS es un factor inexcusable utilización para dar racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas, máxime cuando esas pruebas se realizan en dos escalones sucesi-

vos, el primero de carácter eliminatorio, pero no así el segundo, en el que la calificación definitiva se obtiene acudiendo al sistema de medias o promedios de puntuaciones parciales obtenidas».

Una excepción a la doctrina jurisprudencial anterior, es el caso en que todos los candidatos han obtenido todos los votos a favor sin especificar cuantificación numérica por parte de la Comisión, puesto que hay que entender que han obtenido igual puntuación y, entonces, ya no sería nula la resolución. Así se deriva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2000 (FJ 4):

«invoca la recurrente que se ha infringido lo dispuesto en el art. 8.2.a) del Real Decreto 1888/1984 en la realización de la primera prueba, por cuanto no se efectuó una valoración cuantitativa específica de cada uno de los concursantes, a diferencia de lo ocurrido en la segunda prueba, en la que cada miembro de la Comisión puntuó a los participantes, a lo que se opone de contrario que aunque es cierta esa falta de cuantificación numérica, no obstante la misma carece de relevancia práctica, pues si ambos candidatos obtuvieron el voto favorable de todos los miembros de la Comisión, habrá que entenderse que ambos obtuvieron idéntica puntuación».

Acorde con los criterios del TS expuestos, es también contrario al ordenamiento jurídico que, estableciéndose los criterios de valoración con anterioridad, no se determine sobre qué base numérica se puntuará, (STSJ de Aragón 131/2001, de 12 febrero, FJ 5).

Se puede sintetizar todo lo anterior como lo hace la STSJ de Aragón 1102/2002, de 11 diciembre (FJ 2) proclamando que, de la doctrina del TS ya referida, derivan dos conclusiones «la primera, que las puntuaciones son la materialización de las calificaciones y votaciones previas, que dan racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas; y, la segunda, que su ausencia, da lugar, necesariamente, a una retroacción de actuaciones administrativas.»

2.5. Sobre el lapso de tiempo para evaluar la documentación aportada y duración de las pruebas

El art. 55 EBEP establece como un principio rector del acceso a la función pública la agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección. Se trata de un principio que presenta una doble perspectiva. La primera, supone la organización de los procesos selectivos de la forma que resulte más rápido posible siempre que esta ordenación no suponga una afección al principio de objetividad. La segunda, se refiere a la propia ordenación y realización de las pruebas selectivas.

Con esta premisa, en el vigente reglamento sobre el concurso nada se dice respecto al plazo máximo de resolución de las pruebas del mismo o sobre el tiempo que ha de mediar entre una prueba y otra. Parece lógico que estos plazos vengan fijados por la convocatoria realizada por cada Universidad. Pero, aparte de formalismos, en la práctica se han dado casos en los cuales ha llamado la atención la pronta resolución de los tribunales, lo cual ha merecido alguna sospecha de los interesados que les ha llevado a recurrir.

De este asunto trata el fundamento jurídico 3 de la TSJ de Aragón 131/2001, de 12 febrero, en cuyo caso «la Comisión sólo tuvo 17 horas 30 minutos para examinar más de mil páginas para la prueba que más puntos teóricos tiene asignados», cuando la normativa aplicable en ese momento permitía a dicho fin hasta 20 días hábiles. Según el tribunal, «dicha alegación carece de eficacia a los efectos pretendidos [nulidad de la resolución] ya que (...) no supone la vulneración de precepto alguno, debiendo tenerse en cuenta, frente a dicha alegación, que la Comisión obviamente no está compuesta por personas ajenas a la especialidad a la que se circunscribe el concurso, para quienes el lapso referido por la recurrente sería claramente insuficiente, sino que son especialistas en la misma (dos catedráticos y tres profesores titulares), los cuales además en sus informes a la reclamación formulada ponen de manifiesto que fue un tiempo suficiente para examinar la documentación, por lo que dicha alegación carece de eficacia alguna» (la misma jurisprudencia se aplica en la STSJ de Aragón, 1102/2002, de 11 de diciembre, JF 4). No obstante, la celebración en el mismo día de dos pruebas puede suscitar sospechas razonables de ausencia de una verdadera valoración, como manifestaba la STSJ de Castilla y León 200/2007, de 30 de abril.

Por otro lado, cuando una de la pruebas en fase de concurso consista en una defensa ante el tribunal o comisión, es normal que los tiempos de duración del debate con cada aspirante no sean exactamente iguales sino aproximados. No obstante, un concursante en una ocasión recurrió por considerar una mayor duración de la prueba como un trato lesivo a su dignidad, lo que dio lugar a la STSJ de Galicia 997/2003, de 19 de noviembre:

«no se desprende que por parte de los miembros de tribunal haya existido hacia la recurrente trato que entrañe lesión de su dignidad o derecho a su propia imagen, pues no existe prueba alguna de la existencia de observaciones inapropiadas o desconsideradas, y tampoco de acoso, en el curso de la defensa del curriculum y del proyecto docente. El mero hecho de la mayor duración del debate con esta aspirante nada significa en ese sentido, por lo que no puede darse por demostrado lo que carece de respaldo probatorio».

3. Los órganos de selección: recusación y abstención

La STC 26/1987, de 27 de febrero, que moderó alguno de los impulsos del legislador de 1983, desapoderó a la legislación estatal de la «libertad para determinar el sistema general de designación de las Comisiones que han de juzgar la provisión de las plazas. La limitación de esta libertad, en lo relativo al problema que aquí se trata, no puede establecerse como regla general, sino exclusivamente cuando la impongan exigencias inexcusables del sistema funcional [...] esta exigencia no requiere necesariamente, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata del ingreso en los citados cuerpos, una regulación unitaria que en razón de su carácter interuniversitario impone el acceso a los mismos» (FJ 5.c).

Asimismo, el artículo 55 del EBEP hace referencia a la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. En el ámbito concreto de la selección, la aplicación del principio de imparcialidad debe asegurarse con el cumplimiento de las obligaciones correspondientes, las causas de abstención y recusación y, en general, con la búsqueda de una actitud profesional que supone la utilización de las propias capacidades para conseguir seleccionar aquellos que tienen mayores méritos y demuestran mayor capacidad²¹. Pues bien, sobre la abstención, en el Reglamento del concurso no se dice nada, pero el artículo 10.2 del Reglamento de acreditación se remite al artículo 28.2 Ley 20/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC). Además establece otra causa de abstención en los siguientes términos: «En todo caso, los miembros de la Comisión de acreditación deberán abstenerse de actuar en los procedimientos de acreditación de solicitantes que estén vinculados funcional o contractualmente con la misma institución en la que desarrollen su actividad principal. La actuación de los miembros de la Comisión de acreditación en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido». Respecto a la recusación, apartado 3 del artículo 10 paralelamente se remite al artículo 29 LRJPAC y establece que podrá tener lugar en cualquier momento del procedimiento, manifestando el recusado, en el día siguiente a aquel en el que haya tenido conocimiento de su recusación, si se da o no en él la causa alegada. Cuando se dé un supuesto de abstención o recusación, aquellos miembros serán sustituidos por suplentes. El artículo 29 LRJPAC prescribe que se planteará por escrito y se ex-

²¹ PALOMAR OLMEDA, op. cit. pág. 219.

presará la causa en la que se funde. Sobre este último punto se pronunció acertadamente la STSJ de Galicia 997/2003, de 19 de noviembre al no considerar válida la recusación hecha en forma oral. Sin embargo, también se refiere al momento de promoverla, considerando que no puede prosperar cuando se promueve tras conocer el resultado de la primera prueba, lo cual podría parecer lógico, pero quizá no acorde con el tenor literal del artículo 29 LRJ-PAC que permite que se haga en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

4. La impugnación de las decisiones de las comisiones en vía administrativa y judicial

4.1. La revisión de las resoluciones de las respectivas comisiones: la resolución de la Comisión de acreditación y la propuesta de nombramiento de la Comisión del concurso

Debido a que las resoluciones de las comisiones, tanto de acreditación como de concurso, no ponen fin a la vía administrativa y, por tanto, son susceptibles, en primer lugar, de impugnación en vía administrativa²², vamos a tratar en este epígrafe las cuestiones que se han planteado a los Tribunales a causa de la actuación de las Comisiones de revisión.

– Respecto al tiempo de interposición y la extemporaneidad. Irregularidades

Un motivo frecuente de impugnación que se ha dado en la práctica ha sido la reclamación por irregular proceder de la Comisión debido a la extemporaneidad en reclamación o la presentación de documentos. Sin embargo, los Tribunales no la han apreciado cuando el recurso se presentó en plazo y luego, posteriormente, se fueron presentando otros documentos. Ello lo han fundamentado en el artículo 79.1 LRJPAC en virtud del cual «Los interesados

²² Así lo admite en fase de acreditación, los arts. 16 y 10 de los RD 1312/2007 y 1313/2007 respectivamente. A partir de aquí, el Reglamento de la acreditación se refiere a que «La resolución de la Comisión de reclamaciones podrá ser recurrida en alzada ante la presidencia del Consejo de Universidades» (art. 16.5). Por su parte, el reglamento del concurso señala que «Las resoluciones del Rector a que se refiere el apartado anterior de este artículo agotan la vía administrativa y serán impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (art. 10.2).

podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución». Ejemplo de esta postura es la STSJ de Castilla y León de 200/2007 de 30 abril:

«En cuanto al primer motivo de impugnación es cierto que el inicialmente reclamante tuvo la posibilidad de presentar diversos escritos ante la Comisión del Garantías, pero no es cierto que se trate reclamaciones extemporáneas, existió una primera reclamación dentro de plazo el 14 de julio de 2000, que con posterioridad, primero antes de que la recurrente efectuase las alegaciones al primer traslado que se le confirió, se presentó nuevo escrito de alegaciones y aportaba nuevos datos, lo cual no puede rechazarse al amparo del art. 79.1 de la Ley 30/1992».

Otro caso es el de la STSJ de C. Valenciana 330/2006, de 15 de marzo:

«Entiende este Tribunal que las pretendidas anomalías procedimentales que se imputan por la parte recurrente a los trámites seguidos ante la Comisión de Apelaciones, tales como admisión de la reclamación pese a su extemporaneidad, reiteración de trámites o falta de traslado de sus alegaciones, carecen de la eficacia invalidante que se les atribuye y, o bien son inexistentes –la extemporaneidad no lo es tal si se tiene en cuenta el mes de agosto–, o se trata de trámites justificados –nada impide en el seno del procedimiento administrativo ordinario, que se recaben alegaciones de las partes cuantas veces se estime preciso– o, por último, intrascendentes, pues no han impedido materialmente a la actora, introducir sus alegaciones y motivos de discrepancia frente a los criterios de la Comisión de apelaciones, por lo que no se le ha generado, en definitiva, ninguna situación de indefensión para sus derechos e intereses legítimos».

– ¿Puede la comisión de reclamaciones dar audiencia a la comisión juzgadora?

El art. 10.1 del Reglamento de concurso en su párrafo 2º indica que “La comisión de reclamaciones oirá a los miembros de la comisión contra cuya propuesta se hubiera presentado la reclamación”. Sin embargo, el art. 16.2 del Reglamento de acreditación únicamente se refiere a que «Esta Comisión examinará el expediente relativo a la acreditación para velar por las garantías establecidas». Pues bien, poniéndolo en relación con el artículo 84 LRJPAC que hace referencia al trámite de audiencia, cierta jurisprudencia, ha dicho que la comisión de selección o juzgadora no puede ser oída en el procedimiento ante la comisión de reclamaciones por el cual se resuelva la reclamación inter-

puesta frente a la resolución de aquélla, fundamentándolo en que no goza de la condición de interesado del art. 31.1 LRJPAC y, apoyándose en que en el entonces RD regulador no se preveía dicha posibilidad. Sin embargo, hoy, como hemos visto, sí está previsto para el caso del concurso y, por tanto, esta cuestión puede plantear dudas (STSJ de Castilla y León 200/2007, de 30 de abril).

Otra cosa es que se oiga a los miembros de la comisión de selección de modo individual, como dice el tenor literal del reglamento del concurso. De este modo, la STSJ de C. Valenciana 330/2006, de 15 de marzo:

«Como tampoco supone vicio anulatorio la petición, por parte de la Comisión de Apelaciones, de informes complementarios individualizados a los miembros integrantes de la Comisión que juzgó el concurso, pues estos vienen encaminados a la adecuada comprobación de la posible existencia –luego constatada– de una aparente irregularidad, que a su juicio constituyó un vicio en la formación de la voluntad del órgano colegiado del que aquellos eran parte integrante. Todo ello lleva al rechazo de estos motivos del recurso.»

– ¿Es relevante el precedente administrativo?

Otra cuestión sumamente interesante es si se puede alegar satisfactoriamente el precedente administrativo, el cual se define por la jurisprudencia como “la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos”, siendo la regla que no puede entrar en juego y que, por tanto, no vincula a la Administración y mucho menos a los Tribunales, que han de pronunciarse únicamente sobre la legalidad del acto que es objeto del recurso. Queda corroborado, entre otras, por la STSJ de Castilla y León 200/2007, de 30 de abril que resume parte de la jurisprudencia sobre este tema:

«Por otro lado no se puede perder de vista que frente a las previsiones legales no vincula necesariamente el precedente administrativo como consagra con rotundidad la sentencia del Tribunal Supremo de 24 octubre 2003 cuando dice: “El precedente administrativo, tal es el caso, no vincula”. Sentencia que no hace sino recoger lo consagrado en la Sentencia de Tribunal Constitucional de 20-11-1995 que cita el Abogado del Estado, que nos dice: “En este sentido no es ocioso recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, con mención específica, a lo declarado en relación con el eventual desconocimiento por la Administración de sus propios precedentes. En efecto, es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la Ley (por todas, STC 49/82 y STC 175/87). Por esta razón, en

la antes citada STC 50/86 (f. j. 3º) se declaró que “sin necesidad de determinar si lo que la recurrente identifica como precedentes lo fueron en realidad, es claro que la doctrina del precedente administrativo esto es, la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el Tribunal competente, pues la igualdad que la CE garantiza es la igualdad ante la ley”».

– El alcance de la revisión administrativa: ¿es la comisión revisora un órgano técnico?

Quizá el punto de mayor importancia en esta fase sea el determinar cuál es el alcance de la revisión que las Comisiones de garantía o de revisión pueden llevar a cabo, cuestión sobre la que nada se dice en ninguno de los dos reglamentos de acceso. La jurisprudencia ha mantenido un criterio general, si bien ha oscilado en cuanto a los matices (sobre todo a consecuencia de la doctrina constitucional). Si hay consenso en que las potestades revisoras alcanzan a todas las cuestiones procedimentales y de forma o legalidad externa del procedimiento, no siendo tan claro hasta qué punto pueden entrar a conocer de las cuestiones de fondo, es decir respecto de los conocimientos y méritos de los candidatos. En todo caso la respuesta radica en cuál sea la naturaleza jurídica de la Comisión revisora, es decir, si se trata de un órgano técnico al igual que la comisión de selección o si, por el contrario sólo es un órgano garante del correcto proceder de la primera, decantándose la jurisprudencia por no calificarla como órgano técnico y, por tanto, «sólo ha admitido que su control pueda llegar hasta el punto de no aceptar la propuesta de la Comisión Juzgadora, pero no puede alcanzar hasta el extremo de modificarla en favor de uno de los candidatos no propuestos; se trata, en definitiva, de un control negativo y no sustitutivo». Para concretar esta cuestión, es muy ilustrativa la STSJ de Galicia 1119/2002 de 19 junio de la cual se hace necesario referirnos a su fundamento jurídico 3:

«Sobre el problema de las facultades que tales órganos asumen en las pruebas de acceso al Profesorado universitario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina que resume la sentencia de 15 de enero de 1996 (que sigue la línea de las de 3 de diciembre de 1993, 9 de julio de 1994 y 11 de diciembre de 1995) a partir del contenido de la sentencia de 28 de enero de 1992, y la de 11 de octubre de 1997. Se decía en aquélla que en sentencia de 26 de diciembre de 1990 se había fijado la postura sobre el problema, que se concretaba en determinar si las facultades revisoras de la Comisión de Reclamación se refieren solamente al examen de la legalidad ex-

terna del procedimiento seguido en la valoración de las pruebas o si, por el contrario, pueden entrar en las cuestiones relativas a los conocimientos y méritos de los candidatos, es decir, en materias sobre las que los Tribunales de Justicia, como regla general, no entran a enjuiciar por formar parte de la denominada discrecionalidad técnica de la actividad administrativa, no susceptible de ser valorada con parámetros jurídicos, sino con los conocimientos eruditos en la materia específica de que se trate.

El artículo 43.2 Ley 11/1983, de Reforma Universitaria, impone a los Catedráticos que forman parte de la Comisión tener una amplia experiencia docente e investigadora, sin que se haga mención a que deban tener cualquier cualificación en otras disciplinas, lo que significa que cualquiera sea su especialidad académica, se les considera aptos para valorar la capacidad docente e investigadora de los que participen en los concursos.

Lo anterior legitima que el Preámbulo del Real Decreto 1888/1984, diga que el recurso específicamente académico ante el Consejo de Universidades atenderá a las cuestiones de fondo, es decir, a la valoración de los méritos de los candidatos realizada por la Comisión y no solo a los aspectos formales del procedimiento [...] pues viene a mostrar la voluntad legislatoris de que la posibilidad de revisión de la actuación de la Comisión de Reclamaciones tenga el alcance al que nos hemos referido [...].

Ahora bien la circunstancia de que no se limite a revisar los aspectos formales, externos o procedimentales no muda su naturaleza jurídica para hacer de ella un órgano técnico, ni le permite sustituir, sin más, la decisión de fondo de la Comisión Juzgadora. El Tribunal Supremo se pronuncia admitiendo que el control pueda llegar hasta el punto de no aceptar la propuesta de la Comisión Juzgadora, pero no puede alcanzar hasta el extremo de modificarla en favor de uno de los candidatos no propuestos. Debemos concluir, que se trata de un control negativo y no sustitutivo.»

Tan acertado razonamiento encarnado en este fundamento jurídico es completado y reforzado por la exposición de la doctrina constitucional al respecto:

«El Tribunal Constitucional, en la sentencia 215/91 de 14 noviembre, también se ha ocupado del tema, y viene a coincidir con aquella doctrina jurisprudencial, si bien la aclara. En ella se parte de los principios de igualdad y de mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas, ex artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española, para matizar las potestades revisoras de la Comisión de Reclamaciones, teniendo en cuenta que, a diferencia de las Comisiones Juzgadoras, aquélla no debe calificarse de órgano técnico.

Sobre esta base y la afirmación posterior de que hay datos suficientes en el artículo 43 de la Ley Orgánica 11/1983 para entender que su función revisora no se circunscribe a los aspectos formales de los concursos, la sentencia incide en la definición de lo que se ha denominado núcleo material de la decisión técnica, reservado en exclusiva a las Comisiones Juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se hayan respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los candidatos y los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, para concluir definiendo como meramente negativo el control a realizar por la Comisión de Reclamaciones, sin que pueda modificarla en favor de uno de los candidatos no propuestos.

En orden a saber hasta donde puede llegar el control o la valoración de la reclamación que, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, encarga la ley a la Comisión de Reclamaciones, argumenta el Tribunal Constitucional en la indicada sentencia del siguiente modo: “Esta conoce únicamente de las reclamaciones deducidas frente a las propuestas de provisión en favor de determinados candidatos, quedando fuera de su consideración las propuestas que consistan simplemente en la no provisión de las plazas objeto de los concursos. Esta restricción resulta muy significativa para delimitar conceptualmente la tarea que le ha sido asignada a este órgano, que no puede ser ciertamente la de sustituir en su integridad la decisión técnica adoptada por las Comisiones calificadoras, pues, si así fuera, su facultad controladora se extendería también a los casos de no provisión [...]. De todo ello es obligado concluir que, aun sin estar limitado el control a los aspectos puramente procedimentales, la única valoración que sobre los aspectos materiales de los concursos compete efectuar a la Comisión de Reclamaciones es la dirigida a verificar el efectivo respeto por las Comisiones juzgadoras de “la igualdad de condiciones de los candidatos” y de “los principios de mérito y capacidad de los mismos” (art. 41.1 LRU) en el procedimiento de adjudicación de las plazas” ».

A la vista de la misma jurisprudencia, STSJ de C. Valenciana 330/2006 de 15 de marzo (FJ3) se centra en la posible extralimitación de potestades de la Comisión de garantías, declarando:

«Y por lo que atañe al tema de fondo, centrado en una posible extralimitación de la Comisión de Apelaciones respecto de las funciones que le son propias, debe concluirse, a la vista de la doctrina reseñada en el fundamento jurídico precedente, que, con la conclusión que extrae la referida Comisión de Apelaciones, de que la voluntad colegiada de la Comisión juzgadora del concurso estuvo viciada, y declarando, en consecuencia, la no provisión de la plaza, se está yendo más allá de lo que habilitan las facultades revisoras a las que se ha hecho referencia, pues se está penetrando en el ámbito de las funciones valorativas que sólo competen a la Comisión de valoración, y privando a ésta

de la capacidad de decidir al respecto, [...] lo que sólo puede conseguirse retrotrayendo las actuaciones hasta el momento anterior a la emisión de tales valoraciones, es decir, al momento del informe previo al ejercicio de la primera de las pruebas; sólo así, la Comisión juzgadora del concurso recobra plenamente sus competencias como órgano técnico que debe valorar lo que en un primer momento, aparentemente no constató.»

Siguiendo la misma doctrina, la STSJ de Castilla y León 200/2007 de 30 de abril (FJ 4) concluye que no hay extralimitación cuando únicamente la Comisión de Reclamaciones comprueba una mayor cantidad de actividad investigadora a la vista del curriculum aportado.

– Naturaleza jurídica del acto resolutorio

Se ha planteado si, en el caso del concurso, la resolución de la Comisión de revisión por la que se propone al Rector para que éste dicte la resolución es un acto definitivo o de trámite, a efectos de determinar si pudiera ser impugnable²³, inclinándose los Tribunales por la segunda opción «habida cuenta su función de patrocinar la resolución rectoral de nombramiento, que culminando el proceso selectivo, es de la que cabe predicar carácter definitivo y con ello la posibilidad de recurso contencioso-administrativo» (STSJ de Galicia 1119/2002 de 19 junio):

«la resolución objeto del presente recurso, no puede tener otra naturaleza jurídica que la de un acto de trámite no cualificado y, en consecuencia, de imposible impugnación jurisdiccional autónoma, pues atendido el alcance de la función revisora que realiza, ni puede producir indefensión en el interesado, quien puede atacar la resolución rectoral de nombramiento, con aportación de los motivos que estime convenientes en censura del proceder de la Comisión, se inserta en el proceso selectivo para procurar la presencia de los principios constitucionales mencionados que se proyectarán en la mencionada resolución de nombramiento a la que sirve de garantía en tales trascendentes aspectos, en absoluto impide la continuación del proceso de selección en que se ubica, pues no le pone fin, ni decide, directa o indirectamente el fondo del asunto y desde luego, no genera perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos, porque ni crea una situación jurídica concreta,

²³ El art. 16 del reglamento de la acreditación, indica que será la misma Comisión de reclamaciones quien examinará el expediente y resolverá ratificando o aceptando la reclamación. Sin embargo, según el artículo 10.2 del reglamento del concurso, es el Rector quien dictará la resolución de acuerdo con la propuesta que la Comisión de resolución efectúe.

ni prejuzga el fondo del asunto al carece de la eficacia exterior y trascendencia creativa consustanciales al acto administrativo definitivo, que es la resolución rectoral de nombramiento del concreto candidato para la plaza licitada.»

– Vicios de competencia

El artículo 62.1 b) LRJPAC sólo hace mención a la incompetencia territorial y material como causas de nulidad del acto, por lo que los vicios de competencia en el órgano que dicta la resolución, es decir, la incompetencia orgánica, tendría que ser considerada como una infracción del ordenamiento jurídico del artículo 63.1 LRJPAC. Así, la STSJ de C. Valenciana 1477/2002 de 26 noviembre:

«Se invoca por la demanda [...] la nulidad de la resolución recurrida por cuanto considera que se incurre en infracción de lo establecido en el artículo 43 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria, por cuanto el órgano administrativo competente para resolver el recurso interpuesto en vía administrativa es una comisión, presidida por el Rector, y no el Rector, que es quien resuelve en el presente caso, lo que considera constituye la causa de nulidad [...] siendo la única causa de nulidad que se contempla, en caso de vicio de incompetencia, la contenida en el apartado b) del punto 1 de los del artículo 62 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y ésta viene referida sólo a la incompetencia territorial y material, quedando excluida, por tanto, como causa de nulidad la incompetencia orgánica, que es como debe calificarse la infracción alegada, ya que ambos, órganos –tanto el Rector como la Comisión dicha– son competentes por razón del territorio y de la materia, si es que esta incompetencia fuera admisible, lo que no concurre.»

4.2. La revisión jurisdiccional de la resolución. Alcance y discrecionalidad técnica²⁴

Si anteriormente nos referíamos a las facultades de la Comisión de revisión en cuanto a su competencia para revisar las resoluciones de la Comisión

²⁴ El artículo 16.5 del Reglamento de la acreditación únicamente se refiere al recurso de alzada ante la presidencia del Consejo de Universidades y no hace referencia alguna a un posible recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, laguna de todos modos no relevante a la vista del artículo 25 LJCA. El legislador es más preciso en el acaso del Reglamento del concurso, en el cual, en su artículo 10.2 corrobora que «Las resoluciones del Rector a que se refiere el apartado anterior de este artículo agotan la vía administrativa y serán impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

de selección, a este apartado incumbe, paralelamente, determinar cuál es el ámbito de enjuiciamiento que los Tribunales tienen para conocer de las resoluciones recurridas, lo que nos lleva, de nuevo, a estudiar el control de la discrecionalidad técnica de las comisiones.

Ya el EBEP establece en el artículo 55 que los órganos de selección gozan de discrecionalidad técnica y, grosso modo, podemos decir que esta expresión alude a la existencia de un núcleo decisional no revisable jurisprudencialmente: el de la apreciación y la valoración de los conocimientos y aptitudes de los que participan en el proceso selectivo. Se viene indicando, por tanto, que esas apreciaciones y valoraciones forman parte de un ámbito no controlable salvo en el límite que supone su arbitrariedad²⁵. Es muy elocuente la Sentencia del TSJ de Galicia 997/2003, de 19 de noviembre que recoge la jurisprudencia al respecto:

«no entra dentro de la función de la Comisión de reclamaciones ni de esta Sala la supervisión de la valoración realizada por la comisión de concurso, salvo que los criterios de valoración establecidos no existan o que patentemente se aparten de la legalidad, resulten arbitrarios o beneficien desproporcionadamente y sin motivo a alguno de los aspirantes, lo que no es el caso, como hemos visto hasta aquí. En este sentido, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias 215/1991, de 14 de noviembre, y 166/2001, de 16 de julio), como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 28 de enero de 1992, 3 de diciembre de 1993, 9 de julio de 1994 y 11 de diciembre de 1995, 15 de enero de 1996 y 11 de octubre de 1997) distinguen entre el «núcleo material de la decisión técnica», reservado en exclusiva a las Comisiones juzgadoras, y sus aledaños, constituidos por la verificación de que se haya respetado efectivamente la igualdad de condiciones de los candidatos y los principios de mérito y capacidad de los mismos en el procedimiento de adjudicación de las plazas, única materia en que pueden penetrar tanto la Comisión de reclamaciones como este Tribunal, y en función de lo cual no se ha apreciado arbitrariedad ni irregularidad alguna que evidencie vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad.»

Para concretar el ámbito de enjuiciamiento y control, el Tribunal, en primer lugar, se refiere a que en esta materia «rige la llamada discrecionalidad técnica, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual los juicios técnicos de los órganos de selección en las pruebas de ingreso en la Administración no son susceptibles de control jurídico por la jurisdic-

²⁵ PALOMAR OLMEDA, op.cit. pág. 220.

ción, y corresponden en exclusiva a aquellos órganos, añadiéndose que en el núcleo de la valoración técnica la jurisdicción, que opera con criterios jurídicos, no se puede subrogar en el lugar de la Comisión de evaluación», todo ello:

«sin perjuicio de que el uso de la discrecionalidad técnica pueda, y deba, ser objeto de control jurisdiccional desde el exterior de ese núcleo reservado, en función de criterios de carácter jurídico, como son fundamentalmente la interdicción de la arbitrariedad y el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos (arts. 9, 3 y 23, 2 Constitución), y sobre la base de datos fácticos o jurídicos diferentes en todo caso de la pura valoración de los méritos en su dimensión técnica, de modo que dichos juicios técnicos que se emitan sobre cada candidato no pueden ser revisados, en vía de recurso, ni administrativo ni judicial, salvo que se demuestre que ha existido vulneración de las bases de la convocatoria, desviación de poder o una clara, manifiesta y evidente arbitrariedad o un patente error, acreditado por quien impugna (sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1986, dictada en interés de Ley, 17 de diciembre de 1986, 20 de diciembre de 1988, 8 de noviembre de 1989, 18 de enero, 27 de abril y 7 de diciembre 1990, 13 de febrero y 12 de diciembre 1991, 30 de marzo, 5 de julio y 8 de octubre de 1993, 25 de febrero, 8 de julio, 21 de septiembre, 17 de octubre y 13 de diciembre de 1994, 5 de junio y 15 de diciembre de 1995, 15 de enero y 15 de julio de 1996 y 11 de octubre de 1997 y del Tribunal Constitucional 75/1983, 192/1991, 200/1991, 293/1993 y 353/1993).»

Continúa la misma Sentencia refiriéndose a la STC 34/1995, de 6 de febrero, que viene a resumir las anteriores pautas en la materia al declarar que:

«la deferencia judicial hacia la discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos está basada en una presunción iuris tantum de certeza y razonabilidad de su actuación, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar las calificaciones, de modo que sólo en el caso de que se demuestre la voluntad viciada del órgano (desviación de poder) o la existencia de errores palmarios y groseros, podrían anularse sus decisiones en lo que tienen de discrecionales».

Bajo otro prisma distinto, la STC 138/2000, 29 mayo (FJ 4) señala que ni el artículo 24.1 ni el 23.2 CE en relación con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE incorporan un derecho de exclusión del control judicial de la discrecionalidad técnica y que no se produce una extralimitación del control jurisdiccional sobre las decisiones y actuaciones de los órganos calificadores de los procesos selectivos de acceso a la función pública cuando la Sala «a quo» «se limitó a fiscalizar desde el plano de la legalidad la actuación del

órgano calificador, sin sustituirlo en la ponderación y evaluación de la idoneidad, capacidad y méritos de los concursantes».

Algunos casos concretos en los que los tribunales han alegado la discrecionalidad técnica para abstenerse de entrar a conocer de una cuestión concreta han sido, por ejemplo respecto de la valoración “la falta de adecuación de los méritos de la aspirante propuesta al referido perfil de la plaza” (STSJ de Cataluña 407/2004, de 2 de abril, FJ 3):

«la naturaleza y alcance técnico (no tanto discrecional) de las atribuciones administrativas cuyo resultado se examina, que, precisamente, en garantía de la efectividad de los principios que tratan de tutelarse, sólo pueden ser revisadas en los aspectos objetivos a los que viene sujeta la actuación de los órganos que las ostentan, todo ello, según doctrina jurisprudencial reiterada».

De la misma manera, la STS de 28 septiembre 1989 (FJ 2) trata de la impugnación de una calificación, a lo que alega que no puede entrar a conocer:

«no pudiendo entrar esta Sala en el estudio de si tal calificación fue o no correcta atendida la documentación, «curriculum» y demás elementos aportados por la misma porque ello implicaría sustituir la competencia de la Comisión calificadora, y ello no es posible como tuvo ocasión de declarar esta Sala en reiteradas Sentencias –21 y 28 de enero, 3 de febrero, 13 de marzo, 8 de mayo de y 14 y 15 de diciembre de 1988, entre otras muchas– precisándose en la de 14 de diciembre de 1988, «que las Comisiones llamadas a juzgar las pruebas de idoneidad reguladas en la O. M. del Ministerio de Educación y Ciencia de 7 de febrero de 1984, tienen competencia para evaluar la capacidad docente e investigadora y el historial académico de los candidatos, puesto que los juicios técnicos que emiten valorando la documentación y trabajos de los aspirantes y cuando así lo acuerden, el resultado de las entrevistas individuales mantenidas con ellos, no pueden ser sustituidos por una decisión de la Administración ni por ende, por un pronunciamiento de los Tribunales de este orden jurisdiccional dado el carácter revisor de sus potestades, pues la Administración se encuentra, en principio, vinculada por las resoluciones de los Tribunales y órganos calificadores designados para juzgar las pruebas selectivas para el ingreso en la Administración pública», procediendo, en aplicación de la doctrina expuesta, la desestimación del recurso de apelación deducido por la actora y la consecuente ratificación de la sentencia combatida.»

A modo de síntesis de la jurisprudencia acerca de la discrecionalidad técnica de las Comisiones administrativas que ha quedado expuesta y las posibilidades de revisión por los Tribunales de Justicia, es preciso invocar la STS de 30 abril 1991 (FJ 3) que se expresa en iguales términos que la de 13 de marzo de 1991:

«En lo que refiere a la segunda de las cuestiones planteadas, reiterar una vez más el criterio uniforme y constante de la Sala, manteniendo en tal número de sentencias que su cita resulta innecesaria, reconociendo que los Tribunales calificadoros de concursos y oposiciones gozan de una amplia discrecionalidad técnica, por la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas de selección, y que los Tribunales de Justicia no pueden convertirse en segundos Tribunales calificación al que en virtud de aquella discrecionalidad técnica corresponde a los Tribunales que han de juzgar las pruebas, ya que por la especialidad de los conocimientos exigidos sería necesario un informe pericial cuyo criterio habría de ser confrontando con el de los siete especialistas que integran la Comisión, discrecionalidad que no impide la revisión jurisdiccional en ciertos casos, por razón de defectos formales sustanciales, por haberse producido indefensión, arbitrariedad, desviación de poder, etc.»

IV. CONCLUSIONES

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público contiene una regulación general y uniforme del régimen del personal al servicio de las Administraciones públicas en su conjunto y, por tanto, es aplicable al personal al servicio de la Administración universitaria. Desde este punto de vista, constituye indubitadamente un hito puesto que se da cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 103.3 CE. Por lo que se refiere a la aplicación del EBEP al personal al servicio de las Universidades, este trabajo se ha circunscrito a su aplicación a un personal concreto, los cuerpos docentes universitarios que, según la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril en la LOU, quedan constreñidos únicamente a los cuerpos de Catedráticos y de Profesores Titulares de Universidad (artículo 56 LOU). El EBEP, como norma básica de la función pública, se relaciona con el bloque normativo universitario y, concretamente, con las normas sobre personal que contiene este ordenamiento. Como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, la autonomía universitaria proclamada por el artículo 27.10 CE comprende esta potestad de regulación del personal a su servicio y, consecuentemente, el artículo 2.3 EBEP establece una reserva a favor de la legislación específica universitaria, sin perjuicio, eso sí, del carácter supletorio del EBEP (artículo 2.5). Si bien las relaciones entre estos dos bloques normativos parece diáfana a este nivel, no se puede afirmar lo mismo para las relaciones entre las respectivas normas de desarrollo. En este sentido, la doctrina no es pacífica al establecer una solución general y habrá que estar al caso concreto.

Respecto al acceso a los cuerpos docentes universitarios, entre las normas de desarrollo de la LOU, y a consecuencia de su reforma de 2007, se encuentran los Reales Decretos 1312 y 1313/2007, de 5 de octubre que tratan, respectivamente, de la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios y del régimen de los concursos de acceso a los mismos, los cuales vienen a derogar el anterior Real Decreto 774/2002, de 26 julio que regulaba el sistema de habilitación nacional para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes universitarios y el régimen de concursos de acceso respectivos. Lo primero que se desprende de la nueva regulación es el cambio de configuración del sistema selectivo del profesorado. Así, podría interpretarse que la nueva acreditación nacional tiene una naturaleza jurídica más cercana a la de un requisito general para el acceso al cuerpo que a la de la antigua habilitación que podía considerarse como la primera fase del proceso selectivo.

Con tal punto de partida, se han expuesto las principales patologías que los sistemas de acceso a los cuerpos docentes universitarios han planteado a lo largo de los últimos años. De este modo, ha resultado un análisis de la doctrina legal existente relativa a esta cuestión de la que podemos extraer varias conclusiones. En primer lugar, y desde un punto de vista global, han quedado patentes los problemas más importantes que se plantean en la práctica (respecto a interpretación de las bases, valoración de méritos, recusación de miembros de las comisiones, etc.), los cuales son muy semejantes entre ellos y presentan una escasa variedad. En segundo lugar, desde un punto de vista particular, no podemos obtener una única conclusión sino varias, cada una respecto a cada una de las cuestiones específicas que la jurisprudencia ha ido tratando, pudiendo distinguir aquéllas en que la doctrina es pacífica y consolidada de aquéllas otras en las que no hay un único criterio. Asimismo, llama la atención la escasez de resoluciones de Tribunales Superiores de Justicia o del Tribunal Supremo que han conocido del acceso a los cuerpos docentes universitarios. Los motivos que lo explican son varios, pero ello deberá ser objeto de otro trabajo.

En definitiva, en un momento en que la legislación sobre el acceso a los cuerpos docentes universitarios ha sido recientemente modificada a consecuencia del EBEP, hemos tratado de sintetizar la doctrina que los Tribunales han ido construyendo sobre este tema, observando que gran parte de ella sigue siendo muy relevante en el actual panorama legislativo por lo que debe seguir teniéndose presente en orden a interpretar el nuevo sistema de acreditación y concurso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, J. M.: *El nuevo sistema de selección del profesorado universitario funcionario*. Civitas Revista española de Derecho Administrativo núm. 135/2007.
- CUADRADO ZULOAGA, D.: *Valoración de méritos en procesos selectivos en materia de personal*. Actualidad administrativa, nº18, 2006.
- DEL VALLE PASCUAL, J.M.: *Primeros apuntes sobre el sistema de acreditación y acceso a la condición de profesor de los cuerpos docentes universitarios*. Actualidad Administrativa núm. 15, 2008.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: (un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Civitas. Madrid, 1997.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: *La discrecionalidad técnica y la Comisión de Reclamaciones de las Universidades (a propósito de la STC 215/1991, de 14 de noviembre)*. Civitas. Revista española de derecho administrativo, nº 79, 1993.
- EMBID IRUJO, A. y GURREA CASAMAYOR, F.: *Legislación universitaria: normativa general y autonómica*, 11ª edición. Ed. Tecnos. Madrid 2008.
- GÓMEZ OTERO, C.A.: *La imparcialidad en el acceso a cuerpos docentes universitarios: las garantías de abstención y recusación en el sistema actual*. Actualidad administrativa, nº 7, 2000.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., LÁZARO ALBA, E.: *A Vueltas con la discrecionalidad técnica en Oposiciones y Concursos: Jurisprudencia Reciente y reflexiones críticas*. Civitas. Revista española de derecho administrativo, nº 127, 2005.
- ILDEFONSO HUERTAS, R. M.: *Los procesos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Especial consideración de los órganos de calificación y su discrecionalidad técnica*. Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca, 2002.

- MARTÍNEZ CORRAL, J. A., MANZANA LAGUARDA, R. S.: *Adquisición y pérdida de la condición de funcionario*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública: Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Ed. Dykinson. Madrid, 2009.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público*. Marcial Pons, 2007.
- PEÑARRUBIA IZA, J. M.: *La moderna jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica*. Revista de administración pública, nº 136, 1995.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la Administración*. Documentación administrativa, nº 220, 1989.
- PULIDO QUECEDO, M.: *El control judicial de la discrecionalidad técnica ante el TC*. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, nº 1, 2004.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (Dir.), CASTILLO BLANCO, F., SALA FRANCO, T.; PALOMAR OLMEDA, A.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª edición. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, 5ª edición. Ed. Tecnos. Madrid, 2008.
- SARMIENTO LARRAURI, J. I.: *Cambios en la selección de los cuerpos docentes universitarios. La acreditación*. Actualidad administrativa, nº 12, 2008.
- SERRANO GUIRADO, E.: *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*. Madrid, 1956.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. y PALENCIA HERREJÓN, F.: *La nueva regulación de las universidades: comentarios y análisis sistemático de la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades*. Comares, 2002.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas Año 2008-2009 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

UE-4208 Decisión 2009/127/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, para luchar contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal que afecte a sus intereses financieros

Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, para luchar contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal que afecte a sus intereses financieros
DOUE L 46, 17.02.2009, p. 6 y 8

UE-4209 Reglamento (CE, Euratom) n° 1302/2008 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2008, relativo a la **base de datos central de exclusión**
DOUE L 344, 20.12.2008, p. 12

UE-4210 Reglamento (CE, Euratom) n° 105/2009 del Consejo, de 26 de enero de 2009, que modifica el Reglamento (CE, Euratom) n° 1150/2000 por el que se aplica la Decisión 2000/597/CE, Euratom relativa al **sistema de recursos propios de las Comunidades**
DOUE L 36, 5.02.2009, p. 1

UE-4211 Decisión 2008/916/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la **movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización**, de conformidad con el punto 28 del Acuerdo interinstitucional de 17 de mayo de 2006 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera
DOUE L 330, 9.12.2008, p. 16

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOCE, series L y C, durante el 4º trimestre de 2008 y el 1º trimestre de 2009.

UE-4212 Decisión 2008/879/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la **movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea** de conformidad con el punto 26 del Acuerdo interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera
DOUE L 314, 25.11.2008, p. 13

UE-4213 Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a la **movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea**, de conformidad con el punto 26 del Acuerdo Interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera
DOUE L 26, 30.01.2009, p. 3

UE-4214 Decisión 2009/45/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a la **movilización del Instrumento de Flexibilidad**, de conformidad con el punto 27 del Acuerdo interinstitucional, de 17 de mayo de 2006, entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera
DOUE L 19, 23.01.2009, p. 49

UE-4215 Decisión 2008/969/CE, Euratom de la Comisión, de 16 de diciembre de 2008, relativa al **sistema de alerta rápida para uso de los ordenadores de la Comisión y de las agencias ejecutivas**
DOUE L 344, 20.12.2008, p. 125

UE-4216 Decisión 2008/C 252/01 de la Mesa del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2004, por la que se establecen las normas de ejecución del Reglamento (CE) nº 2004/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al **estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea**
DOUE C 252, 3.10.2008, p. 1

UE-4217 Reglamento (CE) nº 1103/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE del Consejo determinados actos sujetos al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado, en lo que se refiere al procedimiento de reglamentación con control — **Adaptación al procedimiento de reglamentación con control** — Tercera parte
DOUE L 304, 14.11.2008, p. 80

UE-4218 Reglamento (CE) nº 1137/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE del Consejo determinados actos sujetos al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado, en lo que se refiere al procedimiento de reglamentación con control — **Adaptación al procedimiento de reglamentación con control** — Primera parte
DOUE L 311, 21.11.2008, p. 1

UE-4219 Reglamento (CE) nº 219/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por el que se adaptan a la Decisión 1999/468/CE del Consejo determinados actos sujetos al procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado, en lo que se refiere al procedimiento de reglamentación con control — **Adaptación al procedimiento de reglamentación con control** — Segunda parte
DOUE L 87, 31.03.2009, p. 109

UE-4220 Reglamento (CE) nº 160/2009 del Consejo, de 23 de febrero de 2009, que modifica el **régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas**
DOUE L 55, 27.02.2009, p. 1

UE-4221 Decisión 2008/945/CE, Euratom **del Consejo**, de 8 de diciembre de 2008, por la que se modifica su **Reglamento interno**
DOUE L 337, 16.12.2008, p. 92

UE-4222 **Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia**
DOUE L 24, 28.01.2009, p. 8

UE-4223 **Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia**
DOUE L 24, 28.01.2009, p. 9

UE-4224 **Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea**
DOUE L 24, 28.01.2009, p. 10

UE-4225 Tribunal de Justicia: **Modificaciones de las instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos de casación**
DOUE L 29, 31.01.2009, p. 51

UE-4226 Decisión 2009/170/CE, Euratom del Consejo, de 16 de febrero de 2009, por la que se **modifica el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas** en lo que respecta al régimen lingüístico aplicable en los recursos de casación interpuestos contra las resoluciones del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea
DOUE L 60, 4.03.2009, p. 3

UE-4227 Decisión 2009/77/CE de la Comisión, de 23 de enero de 2009, por la que se crea el **Comité de responsables europeos de reglamentación de valores**
DOUE L 25, 29.01.2009, p. 18

UE-4228 Decisión 2009/78/CE de la Comisión, de 23 de enero de 2009, por la que se crea el **Comité de supervisores bancarios europeos**
DOUE L 25, 29.01.2009, p. 23

UE-4229 Decisión 2009/79/CE de la Comisión, de 23 de enero de 2009, por la que se crea el **Comité europeo de supervisores de seguros y de pensiones de jubilación**
DOUE L 25, 29.01.2009, p. 28

UE-4230 Decisión 2009/C 67/01 nº 12/2005 del Tribunal de Cuentas Europeo, de 10 de marzo de 2005, relativa al **acceso público a los documentos del Tribunal**
DOUE C 67, 20.03.2009, p. 1

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

UE-4231 Decisión 2008/786/CE, nº 1/2008 de la Comisión Mixta CE-AELC «tránsito común», de 16 de junio de 2008, por la que se modifica el **Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito**
DOUE L 274, 15.10.2008, p. 1

UE-4232 Reglamento (CE) nº 1138/2008 del Consejo, de 13 de octubre de 2008, relativo a la aplicación del **Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la República de Cuba** de

conformidad con el artículo XXIV, apartado 6, y el artículo XXVIII del GATT de 1994, por el que se modifica y completa el anexo I del Reglamento (CEE) nº 2658/87, **relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común**

DOUE L 308, 19.11.2008, p. 1

UE-4233

Decisión 2008/939/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, relativa a la firma y la aplicación provisional de un Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la República de Belarús por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Belarús sobre comercio de productos textiles

Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la República de Belarús por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Belarús sobre comercio de productos textiles

DOUE L 335, 13.12.2008, p. 39 y 41

UE-4234

Decisión del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, y a la aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza que modifica el anexo 11 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas

Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza que modifica el anexo 11 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas

DOUE L 352, 31.12.2008, p. 23 y 24

UE-4235

Decisión 2009/104/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la República de Chile acerca de la modificación del apéndice V del Acuerdo sobre el comercio de vinos adjunto al Acuerdo de asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra

Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la República de Chile acerca de la modificación del apéndice V del Acuerdo sobre el comercio de vinos adjunto al Acuerdo de asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra

DOUE L 37, 6.02.2009, p. 8 y 9

UE-4236

Decisión 2009/49/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Australia sobre el comercio del vino

Acuerdo entre la Comunidad Europea y Australia sobre el comercio del vino
DOUE L 28, 30.01.2009, p. 1 y 3

UE-4237 Decisión 2009/161/CE del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, por la que se aprueba, en nombre de la Comunidad, el anexo 8 del **Convenio Internacional sobre la Armonización de los de los Controles de Mercancías en las Fronteras**
DOUE L 55, 27.02.2009, p. 21

UE-4238 Decisión 2009/166/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la firma y celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República Popular China sobre los precursores de drogas y las sustancias frecuentemente utilizados en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas
Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República Popular China sobre los precursores de drogas y las sustancias frecuentemente utilizados en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas
DOUE L 56, 28.02.2009, p. 6 y 8

UE-4239 Reglamento (CE) nº 1192/2008 de la Comisión, de 17 de noviembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 2454/93, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 2913/92 del Consejo por el que se establece el **Código Aduanero Comunitario**
DOUE L 329, 6.12.2008, p. 1

UE-4240 Reglamento (CE) nº 1024/2008 de la Comisión, de 17 de octubre de 2008, por el que se establecen las normas de desarrollo del Reglamento (CE) nº 2173/2005 del Consejo, relativo al establecimiento de un **sistema de licencias FLEGT aplicable a las importaciones de madera en la Comunidad Europea**
DOUE L 277, 18.10.2008, p. 23

UE-4241 Reglamento (CE) nº 1167/2008 del Consejo, de 24 de octubre de 2008, por el que se modifica y actualiza el Reglamento (CE) nº 1334/2000 por el que se establece un **régimen comunitario de control de las exportaciones de productos y tecnología de doble uso**
DOUE L 325, 3.12.2008, p. 1

UE-4242 Reglamento (CE) nº 1210/2008 del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE)

nº 55/2008, por el que se introducen **preferencias comerciales autónomas para la República de Moldova**

DOUE L 328, 6.12.2008, p. 1

UE-4243

Reglamento (CE) nº 1268/2008 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2368/2002 del Consejo por el que se aplica el **sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto**
DOUE L 338, 17.12.2008, p. 39

UE-4244

Reglamento (CE) nº 1328/2008 de la Comisión, de 22 de diciembre de 2008, por el que se modifican los anexos I, II, III, V, VII y VIII del Reglamento (CEE) nº 3030/93 del Consejo relativo al **régimen común aplicable a las importaciones de algunos productos textiles originarios de países terceros**
DOUE L 345, 23.12.2008, p. 28

UE-4245

Reglamento (CE) nº 1340/2008 del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre el **comercio de determinados productos siderúrgicos entre la Comunidad Europea y la República de Kazajstán**
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 1

UE-4246

Reglamento (CE) nº 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la **exportación de bienes culturales**
DOUE L 39, 10.02.2009, p. 1

UE-4247

Reglamento (CE) nº 260/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre el **régimen común aplicable a las importaciones** (Versión codificada)
DOUE L 84, 31.03.2009, p. 1

UE-4248

Decisión 2008/938/CE de la Comisión, de 9 de diciembre de 2008, relativa a la lista de los países beneficiarios que pueden acogerse al régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza establecido en el Reglamento (CE) nº 732/2008 del Consejo, por el que se aplica un **sistema de preferencias arancelarias generalizadas** para el período del 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 [*notificada con el número C(2008) 8028*]
DOUE L 334, 12.12.2008, p. 90

III. AGRICULTURA

UE-4249 Reglamento (CE) n° 981/2008 de la Comisión, de 7 de octubre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 423/2008 por el que se establecen determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1493/1999 del Consejo y se introduce un **código comunitario de prácticas y tratamientos enológicos**
DOUE L 267, 8.10.2008, p. 5

UE-4250 Reglamento (CE) n° 1009/2008 del Consejo, de 9 de octubre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1782/2003 por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los **regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común** y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores
DOUE L 276, 17.10.2008, p. 1

UE-4251 Reglamento (CE) n° 1034/2008 de la Comisión, de 21 de octubre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 885/2006 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1290/2005 del Consejo en lo que se refiere a la **autorización de los organismos pagadores y otros órganos y a la liquidación de cuentas del FEAGA y del FEADER**
DOUE L 279, 22.10.2008, p. 13

UE-4252 Reglamento (CE) n° 1087/2008 de la Comisión, de 5 de noviembre de 2008, que modifica, en lo que respecta al anexo XVII, el Reglamento (CE) n° 423/2008, por el que se establecen determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1493/1999 del Consejo y se introduce un **código comunitario de prácticas y tratamientos enológicos**
DOUE L 297, 6.11.2008, p. 11

UE-4253 Reglamento (CE) n° 1117/2008 de la Comisión, de 11 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1973/2004 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1782/2003 del Consejo en lo que respecta a los **regímenes de ayuda** previstos en los títulos IV y IV *bis* de dicho Reglamento y a la **utilización de las tierras retiradas de la producción con vistas a la obtención de materias primas**
DOUE L 301, 12.11.2008, p. 5

UE-4254 Reglamento (CE) n° 1145/2008 de la Comisión, de 18 de noviembre de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 637/2008 del Consejo en lo que atañe a los **programas nacionales de reestructuración para el sector del algodón**
DOUE L 308, 19.11.2008, p. 17

UE-4255 Reglamento (CE) n° 1175/2008 de la Comisión, de 27 de noviembre de 2008, por el que se modifica y se corrige el Reglamento (CE) n° 1974/2006 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1698/2005 del Consejo relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del **Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader)**
DOUE L 318, 28.11.2008, p. 6

UE-4256 Reglamento (CE) n° 1183/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1019/2002 sobre las **normas de comercialización del aceite de oliva**
DOUE L 319, 29.11.2008, p. 51

UE-4257 Reglamento (CE) n° 1165/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativo a las **estadísticas ganaderas y de producción de carne** y por el que se derogan las Directivas 93/23/CEE, 93/24/CEE y 93/25/CEE
DOUE L 321, 1.12.2008, p. 1

UE-4258 Reglamento (CE) n° 1166/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativo a las **encuestas sobre la estructura de las explotaciones agrícolas y a la encuesta sobre los métodos de producción agrícola** y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 571/88 del Consejo
DOUE L 321, 1.12.2008, p. 14

UE-4259 Reglamento (CE) n° 1213/2008 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2008, relativo a un **programa comunitario pluri-anual coordinado de control para 2009, 2010 y 2011 destinado a garantizar el respeto de los límites máximos de residuos de plaguicidas en los alimentos de origen vegetal y animal** o sobre los mismos, así como a evaluar el grado de exposición de los consumidores a estos residuos
DOUE L 328, 6.12.2008, p. 9

UE-4260 Reglamento (CE) n° 1219/2008 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE)

nº 318/2007, por el que se establecen **condiciones zoonitarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad** y las correspondientes condiciones de cuarentena
DOUE L 330, 9.12.2008, p. 4

UE-4261 Reglamento (CE) nº 1235/2008 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 834/2007 del Consejo en lo que se refiere a las **importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países**
DOUE L 334, 12.12.2008, p. 25

UE-4262 Reglamento (CE) nº 1237/2008 de la Comisión, de 11 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 1043/2005, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 3448/93 del Consejo en lo que se refiere al régimen de concesión de **restituciones a la exportación para determinados productos agrícolas** exportados en forma de mercancías no incluidas en el anexo I del Tratado, y los criterios para la fijación de su importe
DOUE L 334, 12.12.2008, p. 55

UE-4263 Reglamento (CE) nº 1242/2008 de la Comisión, de 8 de diciembre de 2008, por la que se establece una **tipología comunitaria de las explotaciones agrícolas**
DOUE L 335, 13.12.2008, p. 3

UE-4264 Reglamento (CE) nº 1221/2008 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2008, que modifica, en lo que atañe a las **normas de comercialización**, el Reglamento (CE) nº 1580/2007 por el que se establecen disposiciones de aplicación de los Reglamentos (CE) nº 2200/96, (CE) nº 2201/96 y (CE) nº 1182/2007 del Consejo **en el sector de las frutas y hortalizas**
DOUE L 336, 13.12.2008, p. 1

UE-4265 Reglamento (CE) nº 1249/2008 de la Comisión, de 10 de diciembre de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación relativas a los **modelos comunitarios de clasificación de las canales de vacuno, porcino y ovino** y a la comunicación de sus precios
DOUE L 337, 16.12.2008, p. 3

UE-4266 Reglamento (CE) nº 1254/2008 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 889/2008 por el que se establecen disposiciones de aplicación del

Reglamento (CE) nº 834/2007 del Consejo sobre **producción y etiquetado de los productos ecológicos**, con respecto a la producción ecológica, su etiquetado y su control

DOUE L 337, 16.12.2008, p. 80

UE-4267

Reglamento (CE) nº 1265/2008 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1859/82 relativo a la selección de las explotaciones contables para el **registro de las rentas en las explotaciones agrícolas**

DOUE L 338, 17.12.2008, p. 32

UE-4268

Reglamento (CE) nº 1266/2008 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 796/2004 por el que se establecen disposiciones para la aplicación de la condicionalidad, la modulación y el sistema integrado de gestión y control previstos en el Reglamento (CE) nº 1782/2003 del Consejo por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los **regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común** y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores

DOUE L 338, 17.12.2008, p. 34

UE-4269

Reglamento (CE) nº 1276/2008 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2008, sobre el **control físico de las exportaciones de productos agrícolas que se benefician de una restitución o de otros importes**

DOUE L 339, 18.12.2008, p. 53

UE-4270

Reglamento (CE) nº 1294/2008 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 318/2007, por el que se establecen **condiciones zoonitarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad** y las correspondientes condiciones de cuarentena

DOUE L 340, 19.12.2008, p. 41

UE-4271

Reglamento (CE) nº 1295/2008 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la **importación del lúpulo procedente de terceros países** (Versión codificada)

DOUE L 340, 19.12.2008, p. 45

UE-4272

Reglamento (CE) nº 1313/2008 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE)

nº 501/2008 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 3/2008 del Consejo sobre **acciones de información y de promoción de los productos agrícolas en el mercado interior y en terceros países**

DOUE L 344, 20.12.2008, p. 61

UE-4273

Reglamento (CE) nº 13/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, que **modifica** el Reglamento (CE) nº 1290/2005 sobre la financiación de la política agrícola común y el Reglamento (CE) nº 1234/2007 por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (**Reglamento único para las OCM**) con el fin de establecer un plan de consumo de fruta en las escuelas

DOUE L 5, 9.01.2009, p. 1

UE-4274

Reglamento (CE) nº 42/2009 de la Comisión, de 20 de enero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 555/2008 por el que se establecen normas de desarrollo del Reglamento (CE) nº 479/2008 del Consejo, por el que se establece la **organización común del mercado vitivinícola**, en lo relativo a los programas de apoyo, el comercio con terceros países, el potencial productivo y los controles en el sector vitivinícola

DOUE L 16, 21.01.2009, p. 6

UE-4275

Reglamento (CE) nº 84/2009 de la Comisión, de 27 de enero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 1342/2003 por el que se establecen **disposiciones especiales de aplicación del régimen de certificados de importación y de exportación en el sector de los cereales y del arroz**

DOUE L 24, 28.01.2009, p. 5

UE-4276

Reglamento (CE) nº 85/2009 del Consejo, de 19 de enero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 1083/2006 por el que se establecen las disposiciones generales relativas al **Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión**, por lo que se refiere a determinadas **disposiciones relativas a la gestión financiera**

DOUE L 25, 29.01.2009, p. 1

UE-4277

Reglamento (CE) nº 73/2009 del Consejo, de 19 de enero de 2009, por el que se establecen **disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el marco de la política agrícola común** y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 1290/2005, (CE)

nº 247/2006, (CE) nº 378/2007 y se deroga el Reglamento (CE) nº 1782/2003

DOUE L 30, 31.01.2009, p. 16

UE-4278

Reglamento (CE) nº 74/2009 del Consejo, de 19 de enero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1698/2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del **Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader)**

DOUE L 30, 31.01.2009, p. 100

UE-4279

UE-4279 Reglamento (CE) nº 102/2009 de la Comisión, de 3 de febrero de 2009, relativo a la **autorización permanente de un aditivo en la alimentación animal**

DOUE L 34, 4.02.2009, p. 8

UE-4280

Reglamento (CE) nº 103/2009 de la Comisión, de 3 de febrero de 2009, que modifica los anexos VII y IX del Reglamento (CE) nº 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen **disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles**

DOUE L 34, 4.02.2009, p. 11

UE-4281

Reglamento (CE) nº 102/2009 de la Comisión, de 3 de febrero de 2009, relativo a la **autorización permanente de un aditivo en la alimentación animal**

DOUE L 34, 4.02.2009, p. 8

UE-4282

Reglamento (CE) nº 103/2009 de la Comisión, de 3 de febrero de 2009, que modifica los anexos VII y IX del Reglamento (CE) nº 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen disposiciones para la **prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles**

DOUE L 34, 4.02.2009, p. 11

UE-4283

Reglamento (CE) nº 113/2009 de la Comisión, de 6 de febrero de 2009, relativo al **uso de determinados términos tradicionales en las etiquetas de los vinos importados de los Estados Unidos de América**

DOUE L 38, 7.02.2009, p. 25

UE-4284

Reglamento (CE) nº 123/2009 de la Comisión, de 10 de febrero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE)

nº 1266/2007 en lo relativo a las **condiciones para los desplazamientos de animales dentro de una misma zona restringida** y las condiciones para acogerse a una excepción de la prohibición de salida de animales establecida en la Directiva 2000/75/CE del Consejo

DOUE L 40, 11.02.2009, p. 3

UE-4285

Reglamento (CE) nº 127/2009 de la Comisión, de 12 de febrero de 2009, por el que se establecen los procedimientos y condiciones de la puesta en venta de cereales en poder de los organismos pagadores o de los organismos de intervención (Versión codificada)

DOUE L 42, 13.02.2009, p. 3

UE-4286

Reglamento (CE) nº 131/2009 de la Comisión, de 13 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 105/2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1255/1999 del Consejo en lo que respecta a las **medidas de intervención en el mercado de la mantequilla**

DOUE L 44, 14.02.2009, p. 5

UE-4287

Reglamento (CE) nº 138/2009 de la Comisión, de 18 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 826/2008 por el que se establecen disposiciones comunes para la concesión de **ayuda para el almacenamiento privado de determinados productos agrícolas**

DOUE L 48, 19.02.2009, p. 3

UE-4288

Reglamento (CE) nº 147/2009 de la Comisión, de 20 de febrero de 2009, por el que se establece la **delimitación de las zonas de destino para las restituciones a las exacciones reguladoras por exportación y determinados certificados de exportación en el sector de los cereales y del arroz** (Versión codificada)

DOUE L 50, 21.02.2009, p. 5

UE-4289

Reglamento (CE) nº 149/2009 de la Comisión, de 20 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 214/2001 por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1255/1999 del Consejo en lo que respecta a las **medidas de intervención en el mercado de la leche desnatada en polvo**

DOUE L 50, 21.02.2009, p. 12

UE-4290

Reglamento (CE) nº 150/2009 de la Comisión, de 20 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CE)

nº 619/2008 por el que se abre una licitación permanente relativa a las **restituciones por exportación para determinados productos lácteos**
DOUE L 50, 21.02.2009, p. 19

UE-4291 Reglamento (CE) nº 151/2009 de la Comisión, de 20 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 619/2008, por el que se abre una licitación permanente relativa a las **restituciones por exportación para determinados productos lácteos**
DOUE L 50, 21.02.2009, p. 20

UE-4292 Reglamento (CE) nº 153/2009 del Consejo, de 19 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 3/2008 sobre **acciones de información y de promoción de los productos agrícolas en el mercado interior y en terceros países**
DOUE L 51, 24.02.2009, p. 1

UE-4293 Reglamento (CE) nº 152/2009 de la Comisión, de 27 de enero de 2009, por el que se establecen los **métodos de muestreo y análisis para el control oficial de los piensos**
DOUE L 54, 26.02.2009, p. 1

UE-4294 Reglamento (CE) nº 164/2009 de la Comisión, de 26 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 951/2006 en lo que atañe a las **pruebas de la llegada a destino de las exportaciones al margen de cuota en el sector del azúcar**
DOUE L 55, 27.02.2009, p. 19

UE-4925 Reglamento (CE) nº 182/2009 de la Comisión, de 6 de marzo de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 1019/2002 sobre las **normas de comercialización del aceite de oliva**
DOUE L 63, 7.03.2009, p. 6

UE-4926 Reglamento (CE) nº 201/2009 de la Comisión, de 16 de marzo de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 318/2007, por el que se establecen **condiciones zoonitarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad** y las correspondientes condiciones de cuarentena
DOUE L 71, 17.03.2009, p. 3

UE-4927 Reglamento (CE) nº 230/2009 de la Comisión, de 19 de marzo de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 382/2005, por el

que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1786/2003 sobre la **organización común de mercado de los forrajes desecados**

DOUE L 74, 20.03.2009, p. 12

UE-4298

Reglamento (CE) n° 240/2009 de la Comisión, de 20 de marzo de 2009, que modifica el Reglamento (CE) n° 1282/2006 en lo que respecta a los **certificados de exportación y a las restituciones por exportación de leche y productos lácteos**

DOUE L 75, 21.03.2009, p. 3

UE-4299

Reglamento (CE) n° 220/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, que modifica el Reglamento (CE) n° 999/2001 por el que se establecen disposiciones para la **prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles**, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión

DOUE L 87, 31.03.2009, p. 155

UE-4300

Directiva 2008/90/CE del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, relativa a la **comercialización de materiales de multiplicación de frutales y de plantones de frutal destinados a la producción frutícola** (Refundición)

DOUE L 267, 8.10.2008, p. 8

UE-4301

Directiva 2008/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, que modifica la Directiva 96/22/CE del Consejo, por la que se **prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias -agonistas en la cría de ganado**

DOUE L 318, 28.11.2008, p. 9

UE-4302

Directiva 2008/124/CE de la Comisión, de 18 de diciembre de 2008, por la que se limita la **comercialización de las semillas de determinadas especies de plantas forrajeras, oleaginosas y textiles** que se han certificado oficialmente como «semillas de base» o «semillas certificadas» (Versión codificada)

DOUE L 340, 19.12.2008, p. 73

UE-4303

UE-4303 Directiva 2008/119/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a las **normas mínimas para la protección de terneros** (Versión codificada)

DOUE L 10, 15.01.2009, p. 7

UE-4304 Directiva 2009/7/CE de la Comisión, de 10 de febrero de 2009, por la que se modifican los anexos I, II, IV y V de la Directiva 2000/29/CE del Consejo relativa a las **medidas de protección contra la introducción en la Comunidad de organismos nocivos para los vegetales o productos vegetales** y contra su propagación en el interior de la Comunidad DOUE L 40, 11.02.2009, p. 12

UE-4305 Directiva 2008/120/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa a las **normas mínimas para la protección de cerdos** (Versión codificada) DOUE L 47, 18.02.2009, p. 5

UE-4306 Decisión 2008/896/CE de la Comisión, de 20 de noviembre de 2008, por la que se establecen **directrices para los sistemas de vigilancia zoonitaria basados en el riesgo** que dispone la Directiva 2006/88/CE del Consejo *[notificada con el número C(2008) 6787]* DOUE L 322, 2.12.2008, p. 30

UE-4307 Decisión 2008/907/CE de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por la que se establecen las **garantías sanitarias para el transporte de équidos entre dos terceros países**, de conformidad con el artículo 9, apartado 1, letra c), de la Directiva 91/496/CEE del Consejo *[notificada con el número C(2008) 6296]* DOUE L 327, 5.12.2008, p. 22

UE-4308 Decisión 2008/940/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 2008, por la que se establecen los requisitos estándar que deben cumplir los informes sobre los **programas nacionales de erradicación, control y vigilancia de determinadas enfermedades animales y zoonosis cofinanciados por la Comunidad** *[notificada con el número C(2008) 6032]* DOUE L 335, 13.12.2008, p. 61

UE-4309 Decisión 2008/971/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la **equivalencia de los materiales forestales de reproducción producidos en terceros países** DOUE L 345, 23.12.2008, p. 83

UE-4310 Decisión 2009/11/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la autorización de **métodos de clasificación de las canales de cerdo en España** *[notificada con el número C(2008) 8477]* DOUE L 6, 10.01.2009, p. 79

UE-4311 Decisión 2009/61/CE del Consejo, de 19 de enero de 2009, por la que se modifica la Decisión 2006/144/CE, sobre las **direc-trices estratégicas comunitarias de desarrollo rural (período de programación 2007-2013)**
DOUE L 30, 31.01.2009, p. 112

UE-4312 Decisión 2009/121/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por la que se rechaza la propuesta anunciada por la Comisión de un Reglamento del Consejo que desarrolla el Reglamento (CE) n° 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la **utilización de sustancias antimicrobianas para eliminar la contaminación microbiana de las canales de aves de corral**
DOUE L 42, 13.02.2009, p. 13

IV. PESCA

UE-4313 Decisión 2008/780/CE del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del **Acuerdo de Pesca para el Océano Índico Meridional**
DOUE L 268, 9.10.2008, p. 27

UE-4314 Reglamento (CE) n° 1005/2008 del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, por el que se establece un **sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada**, se modifican los Reglamentos (CEE) n° 2847/93, (CE) n° 1936/2001 y (CE) n° 601/2004, y se derogan los Reglamentos (CE) n° 1093/94 y (CE) n° 1447/1999
DOUE L 286, 29.10.2008, p. 1

UE-4315 Reglamento (CE) n° 1006/2008 del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, relativo a la **autorización de las actividades pesqueras de los buques pesqueros comunitarios fuera de las aguas comunitarias y al acceso de los buques de terceros países a las aguas comunitarias**, por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n° 2847/93 y (CE) n° 1627/94 y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 3317/94
DOUE L 286, 29.10.2008, p. 33

UE-4316 Reglamento (CE) n° 1077/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1966/2006 del Consejo, sobre el

registro y la transmisión electrónicos de las actividades pesqueras y sobre los medios de teledetección, y se deroga el Reglamento (CE) nº 1566/2007
DOUE L 295, 4.11.2008, p. 3

UE-4317 Reglamento (CE) nº 1078/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 861/2006 del Consejo por lo que respecta a los gastos efectuados por los Estados miembros para la **recopilación y gestión de los datos básicos sobre pesca**
DOUE L 295, 4.11.2008, p. 24

UE-4318 Reglamento (CE) nº 1086/2008 de la Comisión, de 5 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 1438/2003 por el que se establecen las **normas de aplicación de la política comunitaria de flotas pesqueras** definida en el capítulo III del Reglamento (CE) nº 2371/2002 del Consejo
DOUE L 297, 6.11.2008, p. 9

UE-4319 Reglamento (CE) nº 1093/2008 de la Comisión, de 5 de noviembre de 2008, por el que se **prohíbe la pesca de bacalao** en las zonas I y IIb **por parte de los buques que enarbolan pabellón de España**
DOUE L 297, 6.11.2008, p. 23

UE-4320 Reglamento (CE) nº 1113/2008 de la Comisión, de 10 de noviembre de 2008, por el que se **prohíbe la pesca de lenguado común** en las zonas CIEM VIIa y b por parte de los **buques que enarbolan pabellón de España**
DOUE L 300, 11.11.2008, p. 32

UE-4321 Reglamento (CE) nº 1128/2008 de la Comisión, de 14 de noviembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 40/2008 del Consejo en lo que se refiere a la **lista de buques que practican la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada en el Atlántico Norte**
DOUE L 306, 15.11.2008, p. 3

UE-4322 Reglamento (CE) nº 1139/2008 del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, por el que se establecen, para 2009, las **posibilidades de pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones de peces aplicables en el Mar Negro**
DOUE L 308, 19.11.2008, p. 3

UE-4323 Reglamento (CE) n° 1157/2008 de la Comisión, de 20 de noviembre de 2008, por el que se **prohíbe la pesca de fletán negro** en la zona NAFO 3LMNO **por parte de los buques que enarbolan pabellón de España**
DOUE L 310, 21.11.2008, p. 12

UE-4324 Reglamento (CE) n° 1163/2008 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 40/2008 del Consejo en lo que atañe a los **límites de capturas de determinadas poblaciones de faneca noruega, merlán y eglefino**
DOUE L 314, 25.11.2008, p. 3

UE-4325 Reglamento (CE) n° 1207/2008 del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 639/2004 sobre la **gestión de las flotas pesqueras registradas en las regiones ultraperiféricas de la Comunidad**
DOUE L 327, 5.12.2008, p. 1

UE-4326 Reglamento (CE) n° 1222/2008 del Consejo, de 1 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 40/2008 en lo que respecta a las **medidas de gestión adoptadas por la Comisión del Atún para el Océano Índico**
DOUE L 331, 10.12.2008, p. 1

UE-4327 Reglamento (CE) n° 1227/2008 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2008, por el que se **prohíbe la pesca de sable negro** en las aguas comunitarias y en las aguas no sujetas a la soberanía o jurisdicción de terceros países de las zonas V, VI, VII y XII **por parte de los buques que enarbolan pabellón de España**
DOUE L 331, 10.12.2008, p. 13

UE-4328 Reglamento (CE) n° 1238/2008 de la Comisión, de 10 de diciembre de 2008, por el que se **prohíbe la pesca de brótola** en las zonas CIEM V, VI y VII (aguas comunitarias y aguas no sujetas a la soberanía o jurisdicción de terceros países) **por parte de los buques que enarbolan pabellón de España**
DOUE L 334, 12.12.2008, p. 56

UE-4329 Reglamento (CE) n° 1269/2008 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2008, por el que **se prohíbe la pesca de carbonero** en la zona VI, en aguas comunitarias de la zona Vb y en aguas comunitarias e

internacionales de las zonas XII y XIV por parte de **los buques que enarbolan pabellón de España**

DOUE L 338, 17.12.2008, p. 46

UE-4330

Reglamento (CE) n° 1270/2008 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2008, por el que se **prohíbe la pesca de mielga o galludo** en aguas comunitarias y en aguas internacionales de las zonas I, V, VI, VII, VIII, XII y XIV por parte de los **buques que enarbolan pabellón de España**
DOUE L 338, 17.12.2008, p. 48

UE-4331

Reglamento (CE) n° 1300/2008 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por el que se establece un **plan plurianual para las poblaciones de arenque distribuidas al oeste de Escocia y para las pesquerías de estas poblaciones**
DOUE L 344, 20.12.2008, p. 6

UE-4332

Reglamento (CE) n° 1322/2008 del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por el que se establecen, para 2009, las **posibilidades de pesca y las condiciones asociadas aplicables en el Mar Báltico a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces**
DOUE L 345, 23.12.2008, p. 1

UE-4333

Reglamento (CE) n° 1342/2008 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por el que se establece un **plan a largo plazo para las poblaciones de bacalao y las pesquerías que las explotan**, y se deroga el Reglamento (CE) n° 423/2004
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 20

UE-4334

Reglamento (CE) n° 1345/2008 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CEE) n° 2136/89 del Consejo por el que se establecen **normas comunes de comercialización para las conservas de sardinas** y las denominaciones comerciales de las conservas de sardinas y de productos tipo sardina
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 76

UE-4335

Reglamento (CE) n° 1359/2008 del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por el que se fijan, para 2009 y 2010, las **posibilidades de pesca de determinadas poblaciones de peces de aguas profundas por parte de los buques pesqueros comunitarios**
DOUE L 352, 31.12.2008, p. 1

UE-4336 Reglamento (CE) nº 148/2009 de la Comisión, de 20 de febrero de 2009, por el que se **derogan once Reglamentos obsoletos del sector de la política pesquera común**
DOUE L 50, 21.02.2009, p. 10

UE-4337 Reglamento (CE) nº 248/2009 de la Comisión, de 19 de marzo de 2009, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 104/2000 del Consejo, en lo relativo a las **comunicaciones sobre el reconocimiento de las organizaciones de productores**, así como a la fijación de los precios y de las intervenciones en el marco de la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura (refundición)
DOUE L 79, 25.03.2009, p. 7

UE-4338 Decisión de la Comisión, de 6 de noviembre de 2008, por la que se adopta un programa comunitario plurianual en virtud del Reglamento (CE) nº 199/2008 del Consejo, relativo al establecimiento de un **marco comunitario para la recopilación, gestión y uso de los datos del sector pesquero** y el apoyo al asesoramiento científico en relación con la política pesquera común
DOUE L 346, 23.12.2008, p. 37

UE-4339 Decisión de la Comisión, de 25 de marzo de 2009, por la que se establece un **programa específico de control e inspección con miras a la recuperación de las poblaciones de atún rojo del Atlántico oriental y el Mediterráneo** [notificada con el número C(2009) 2032]
DOUE L 80, 26.03.2009, p. 18

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL

UE-4340 Reglamento (CE) nº 120/2009 de la Comisión, de 9 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, relativo a la **aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad**
DOUE L 39, 10.02.2009, p.29

UE-4341 Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la **protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario** (Versión codificada)
DOUE L 283, 28.10.2008, p. 36

UE-4342 Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al **trabajo a través de empresas de trabajo temporal**
DOUE L 327, 5.12.2008, p. 9

UE-4343 Directiva 2009/5/CE de la Comisión, de 30 de enero de 2009, por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo (CEE) nº 3820/85 y (CEE) nº 3821/85 en lo que respecta a la **legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera**
DOUE L 29, 31.01.2009, p. 45

UE-4344 Decisión nº 1065/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, por la que se deroga la Decisión 85/368/CEE del Consejo, relativa a la **correspondencia de las calificaciones de formación profesional entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas**
DOUE L 288, 30.10.2008, p. 4

UE-4345 Decisión 2009/17/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, por la que se crea el **Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores**
DOUE L 8, 13.01.2009, p. 26

UE-4346 Decisión 1098/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativo al **Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (2010)**
DOUE L 298, 7.11.2008, p. 20

UE-4347 Recomendación 2008/867/CE de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, sobre la **inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral**
DOUE L 307, 18.11.2008, p. 11

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

UE-4348 Reglamento (CE) n° 1289/2008 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 809/2004 relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a **determinados aspectos de los folletos y la publicidad**
DOUE L 340, 19.12.2008, p. 17

UE-4349 Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por la que se modifica la Directiva 94/19/CE relativa a los **sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago**
DOUE L 68, 13.03.2009, p. 3

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

UE-4350 Decisión 2008/797/CE del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República de la India sobre determinados aspectos de los servicios aéreos
Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República de la India sobre determinados aspectos de los servicios aéreos
DOUE L 273, 15.10.2008, p. 7 y 9

UE-4351 Decisión del Consejo, de 7 de abril de 2008, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Nepal sobre determinados aspectos de los servicios aéreos
Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Nepal sobre determinados aspectos de los servicios aéreos
DOUE L 41, 12.02.2009, p. 3 y 5

UE-4352 Decisión 2009/149/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Armenia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos
Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Armenia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos
DOUE L 50, 21.02.2009, p. 21 y 22

UE-4353 Decisión 2009/302/CE del Consejo, de 21 de mayo de 2008, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Pakistán sobre determinados aspectos de los servicios aéreos

Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Pakistán sobre determinados aspectos de los servicios aéreos

DOUE L 84, 31.03.2009, p. 33 y 34

UE-4354 Decisión 2009/243/CE de la Comisión, de 3 de marzo de 2009, relativa a la posición de la Comunidad en relación con la Decisión nº 1/2008 del Comité Mixto de la ZECA, creado en virtud del Acuerdo Multilateral entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, Albania, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Islandia, Montenegro, Noruega, Rumanía, Serbia y la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo sobre la creación de una **Zona Europea Común de Aviación (ZECA)**, por la que se modifica el anexo I del Acuerdo

DOUE L 72, 18.03.2009, p. 6

UE-4355 Decisión del Consejo, de 24 de julio de 2008, sobre la firma y aplicación provisional de un **memorándum de cooperación entre la Organización de Aviación Civil Internacional y la Comunidad Europea** sobre auditorías e inspecciones de la seguridad y asuntos relacionados

DOUE L 36, 5.02.2009, p. 18

UE-4356 Reglamento (CE) nº 1056/2008 de la Comisión, de 27 de octubre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2042/2003 sobre el **mantenimiento de la aeronavegabilidad de las aeronaves y productos aeronáuticos**, componentes y equipos y sobre la aprobación de las organizaciones y personal que participan en dichas tareas

DOUE L 283, 28.10.2008, p. 5

UE-4357 Reglamento (CE) nº 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre **normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad** (versión refundida)

DOUE L 293, 31.10.2008, p. 3

UE-4358 Reglamento (CE) nº 1100/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, sobre la **eliminación de controles practicados en las fronteras de los Estados miembros en el transporte por carretera y por vía navegable** (Versión codificada)

DOUE L 304, 14.11.2008, p. 63

UE-4359 Reglamento (CE) nº 1131/2008 de la Comisión, de 14 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 474/2006 por el que se establece la **lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad**
DOUE L 306, 15.11.2008, p. 47

UE-4360 Reglamento (CE) nº 1356/2008 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 593/2007 relativo a las tasas e ingresos percibidos por la **Agencia Europea de Seguridad Aérea**
DOUE L 350, 30.12.2008, p. 46

UE-4361 Reglamento (CE) nº 1361/2008 del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 219/2007, relativo a la constitución de una **empresa común para la realización del sistema europeo de nueva generación para la gestión del tránsito aéreo (SESAR)**
DOUE L 352, 31.12.2008, p. 12

UE-4362 Reglamento (CE) nº 1335/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 881/2004 por el que se crea una **Agencia Ferroviaria Europea** (Reglamento de la Agencia)
DOUE L 354, 31.12.2008, p. 51

UE-4363 Reglamento (CE) nº 29/2009 de la Comisión, de 16 de enero de 2009, por el que se establecen requisitos relativos a los **servicios de enlace de datos para el cielo único europeo**
DOUE L 13, 17.01.2009, p. 3

UE-4364 Reglamento (CE) nº 30/2009 de la Comisión, de 16 de enero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1032/2006 en lo relativo a los requisitos para los **sistemas automáticos de intercambio de datos de vuelo que dan soporte a los servicios de enlace de datos**
DOUE L 13, 17.01.2009, p. 20

UE-4365 Reglamento (CE) nº 68/2009 de la Comisión, de 23 de enero de 2009, por el que se adapta por novena vez al progreso técnico el Reglamento (CEE) nº 3821/85 del Consejo relativo al **aparato de control en el sector de los transportes por carretera**
DOUE L 21, 24.01.2009, p. 3

UE-4366 Reglamento (CE) nº 80/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, por el que se establece un **código de conducta para los sistemas informatizados de reserva** y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 2299/89 del Consejo
DOUE L 35, 4.02.2009, p. 47

UE-4367 Reglamento (CE) nº 246/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la **aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios)** (Versión codificada)
DOUE L 79, 25.03.2009, p. 1

UE-4167-bis Reglamento (CE) nº 262/2009 de la Comisión, de 30 de marzo de 2009, por el que se establecen **requisitos para la atribución y utilización coordinadas de los códigos de interrogador en modo S para el cielo único europeo**
DOUE L 84, 31.03.2009, p. 20

UE-4368 Directiva 2008/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre **gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias**
DOUE L 319, 29.11.2008, p. 59

UE-4369 Directiva 2008/106/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al **nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas** (versión refundida)
DOUE L 323, 3.12.2008, p. 33

UE-4370 Directiva 2008/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2004/49/CE sobre la seguridad de los ferrocarriles comunitarios (Directiva de seguridad ferroviaria)
DOUE L 345, 23.12.2008, p. 62

UE-4371 Directiva 2008/4/CE de la Comisión, de 23 de enero de 2009, relativa a las **medidas para prevenir y detectar la manipulación de los datos de los tacógrafos**, por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos (CEE) nº 3820/85 y (CEE) nº 3821/85 del Consejo en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera y por la que se deroga la Directiva 88/599/CEE del Consejo
DOUE L 21, 24.01.2009, p. 39

UE-4372 Directiva 2009/5/CE de la Comisión, de 30 de enero de 2009, por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2006/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo (CEE) n° 3820/85 y (CEE) n° 3821/85 en lo que respecta a la **legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera**
DOUE L 29, 31.01.2009, p. 45

UE-4373 Directiva 2009/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativa a las **tasas aeroportuarias**
DOUE L 70, 14.03.2009, p. 11

UE-4374 Decisión 2008/766/CE de la Comisión, de 25 de agosto de 2008, sobre las **equivalencias entre categorías de permisos de conducción** [notificada con el número C(2008) 3790] DOUE L 270, 10.10.2008, p. 31

UE-4375 Decisión de la Comisión, de 23 de enero de 2009, por la que se modifican las Decisiones 2006/861/CE y 2006/920/CE sobre las **especificaciones técnicas de interoperabilidad referentes a subsistemas del sistema ferroviario transeuropeo convencional** [notificada con el número C(2009) 38]
DOUE L 45, 14.02.2009, p. 1

UE-4376 Recomendación 2009/60/CE de la Comisión, de 23 de enero de 2009, sobre **directrices de buenas prácticas en materia de inspecciones de los aparatos de control realizadas con ocasión de controles en carretera o por talleres autorizados** [notificada con el número C(2009) 108]
DOUE L 21, 24.01.2009, p. 87

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

UE-4377 Reglamento (CE) n° 1001/2008 del Consejo, de 13 de octubre de 2008, por el que se aplica un **derecho antidumping definitivo** a las importaciones de determinados accesorios de tubería, de hierro o de acero, originarias de la República de Corea y de Malasia tras una reconsideración por expiración de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 384/96
DOUE L 275, 16.10.2008, p. 18

UE-4378 Reglamento (CE) n° 1033/2008 de la Comisión, de 20 de octubre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el **control de las concentraciones entre empresas**
DOUE L 279, 22.10.2008, p. 3

UE-4379 Reglamento (CE) n° 1176/2008 del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 713/2005, por el que se establece un **derecho compensatorio definitivo** sobre las importaciones de determinados antibióticos de amplio espectro originarios de la India
DOUE L 319, 29.11.2008, p. 1

UE-4380 Reglamento (CE) n° 1187/2008 del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de glutamato monosódico originario de la República Popular China
DOUE L 322, 2.12.2008, p. 1

UE-4381 Reglamento (CE) n° 1193/2008 del Consejo, de 1 de diciembre de 2008, por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de ácido cítrico originario de la República Popular China
DOUE L 323, 3.12.2008, p. 1

UE-4382 Reglamento (CE) n° 1286/2008 del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 193/2007, por el que se establece un **derecho compensatorio definitivo** sobre las importaciones de politereftalato de etileno originario de la India, así como el Reglamento (CE) n° 192/2007, por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinado politereftalato de etileno originario, entre otros países, de la India
DOUE L 340, 19.12.2008, p. 1

UE-4383 Reglamento (CE) n° 1256/2008 del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** para las importaciones de tubos soldados de hierro o de acero sin alear
— originarios de Belarús, la República Popular China y Rusia a raíz de un procedimiento conforme al artículo 5 del Reglamento (CE) n° 384/96,

- originarios de Tailandia, tras una reconsideración por expiración conforme al artículo 11, apartado 2, del citado Reglamento,
 - originarios de Ucrania, tras una reconsideración por expiración conforme al artículo 11, apartado 2, y una reconsideración provisional con arreglo al artículo 11, apartado 3, del citado Reglamento,
 - y por el que se finalizan los procedimientos relativos a las importaciones del mismo producto originario de Bosnia y Herzegovina y de Turquía
- DOUE L 343, 19.12.2008, p. 1

UE-4384 Reglamento (CE) n° 1353/2008 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 74/2004, por el que se establece un **derecho compensatorio definitivo** sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India

DOUE L 350, 30.12.2008, p. 1

UE-4385 Reglamento (CE) n° 1354/2008 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1628/2004, por el que se impone un **derecho compensatorio definitivo** sobre las importaciones de ciertos sistemas de electrodos de grafito originarios de la India, y el Reglamento (CE) n° 1629/2004, por el que se impone un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de ciertos sistemas de electrodos de grafito originarios de la India

DOUE L 350, 30.12.2008, p. 24

UE-4386 Reglamento (CE) n° 1355/2008 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** y se percibe definitivamente el derecho provisional establecido sobre las importaciones de determinados cítricos preparados o conservados (principalmente mandarinas, etc.) originarios de la República Popular China

DOUE L 350, 30.12.2008, p. 35

UE-4387 Reglamento (CE) n° 15/2009 del Consejo, de 8 de enero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) n° 367/2006, por el que se establece un **derecho compensatorio definitivo** sobre las importaciones de película de politereftalato de etileno (PET) originaria de la India y el Reglamento (CE) n° 1292/2007, por el que se impone un derecho antidumping definitivo a las importaciones de películas de tereftalato de poli-etileno (PET) originarias de la India

DOUE L 6, 10.01.2009, p. 1

UE-4388 Reglamento (CE) n° 91/2009 del Consejo, de 26 de enero de 2009, por el que se impone un **derecho antidumping definitivo** sobre las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de la República Popular China
DOUE L 29, 31.01.2009, p. 1

UE-4389 Reglamento (CE) n° 189/2009 del Consejo, de 9 de marzo de 2009, que modifica el Reglamento (CE) n° 1425/2006 por el que se establece un **derecho antidumping definitivo** sobre las importaciones de determinadas bolsas y bolsitas de plástico originarias de la República Popular China y Tailandia, y se da por concluido el procedimiento relativo a las importaciones de determinadas bolsas y bolsitas de plástico originarias de Malasia
DOUE L 67, 12.03.2009, p. 5

UE-4390 Reglamento (CE) n° 193/2009 de la Comisión, de 11 de marzo de 2009, por el que se establece un **derecho antidumping** sobre las importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos de América
DOUE L 67, 12.03.2009, p. 22

UE-4391 Reglamento (CE) n° 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por el que se **aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable** (Versión codificada)
DOUE L 61, 5.03.2009, p. 1

UE-4392 Reglamento (CE) n° 246/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la **aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios)** (Versión codificada)
DOUE L 79, 25.03.2009, p. 1

UE-4393 Decisión 2009/179/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 2008, relativa a la **ayuda estatal C 9/07 (ex N 608/06) que España tiene previsto conceder** a Industria de Turbo Propulsores [*notificada con el número C(2008) 6011*]
DOUE L 66, 11.03.2009, p. 3

UE-4394 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 249, 1.10.2008, p. 1

UE-4395 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 261, 14.10.2008, p. 1

UE-4396 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 262, 15.10.2008, p. 1

UE-4397 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 264, 17.10.2008, p. 1

UE-4398 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 273, 28.10.2008, p. 1

UE-4399 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 279, 1.11.2008, p. 1

UE-4400 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 279, 1.11.2008, p. 2

UE-4401 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 289, 12.11.2008, p. 1

UE-4402 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 290, 13.11.2008, p. 1

UE-4403 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 292, 14.11.2008, p. 1

UE-4404 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 292, 14.11.2008, p. 3

UE-4405 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 293, 15.11.2008, p. 3

UE-4406 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 297, 20.11.2008, p. 1

UE-4407 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 312, 6.12.2008, p. 1

UE-4408 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 315, 10.12.2008, p. 1

UE-4409 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 324, 19.12.2008, p. 5

UE-4410 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 329, 24.12.2008, p. 1

UE-4411 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 329, 24.12.2008, p. 3

UE-4412 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 331, 31.12.2008, p. 1

UE-4413 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 2, 7.01.2009, p. 23

UE-4414 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 3, 8.01.2009, p. 1

UE-4415 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 9, 14.01.2009, p. 4

UE-4416 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 9, 14.01.2009, p. 5

UE-4417 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 13, 20.01.2009, p. 1

UE-4418 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 26, 3.02.2009, p. 5

UE-4419 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 30, 6.02.2009, p. 10

UE-4420 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 37, 14.02.2009, p. 1

UE-4421 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 38, 17.02.2009, p. 5

UE-4422 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 46, 25.02.2009, p. 1

UE-4423 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 52, 5.03.2009, p. 1

UE-4424 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 59, 13.03.2009, p. 1

UE-4425 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 60, 14.03.2009, p. 1

UE-4426 **Autorización de las ayudas estatales** en el marco de las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado CE — Casos con respecto a los cuales la Comisión no presenta objeciones
DOUE C 70, 24.03.2009, p. 20

UE-4427 **Comisión.- No oposición a una concentración notificada**
(Asunto COMP/M.5277 — Zurich/Banco Sabadell/
BanSabadell Vida/ BanSabadell Pensiones/ BanSabadell Generales)
DOUE C 259, 11.10.2008, p. 7

UE-4428 **Comisión.- No oposición a una concentración notificada**
(Asunto COMP/M.5169 — Galp Energia España/Agip
España)
DOUE C 270, 25.10.2008, p. 15

UE-4429 **Comisión, No oposición a una concentración notificada**
(Asunto COMP/M.5005 — Galp Energia/ExxonMobil Iberia)
DOUE C 307, 2.12.2008, p. 4

UE-4430 **Comisión. No oposición a una concentración notificada**
(Asunto COMP/M.5402 — Caja Navarra/Aegon/Can
Soluciones De Salud)
DOUE C 329, 24.12.2008, p. 6

UE-4431 **Comisión. No oposición a una concentración notificada**
(Asunto COMP/M.5363 — Santander/Bradford & Bingley
Assets)
DOUE C 7, 13.01.2009, p. 4

UE-4432 **Comisión, No oposición a una concentración notificada**
(Asunto COMP/M.5366 — Iberdrola Renovables/Gamesa)
DOUE C 14, 21.01.2009, p. 1

UE-4433 **Comisión, No oposición a una concentración notificada**
(Asunto COMP/M.5393 — Teijin Pharma/Laboratorios del Dr.
Esteve/Oximeplus)
DOUE C 20, 27.01.2009, p. 9

UE-4434 **Comisión, No oposición a una concentración notificada**
(Asunto COMP/M.5339 — Santander/LASG/DCS)
DOUE C 20, 27.01.2009, p. 10

IX. FISCALIDAD

UE-4435 Reglamento (CE) nº 1179/2008 de la Comisión, de 28 de
noviembre de 2008, por el que se establecen disposiciones de

aplicación de determinadas normas de la Directiva 2008/55/CE del Consejo, sobre **la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas**
DOUE L 319, 29.11.2008, p. 21

UE-4436 Reglamento (CE) n° 37/2009 del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1798/2003 relativo a la **cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido, a fin de combatir el fraude fiscal vinculado a las operaciones intracomunitarias**
DOUE L 14, 20.01.2009, p. 1

UE-4437 Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al **régimen general de los impuestos especiales**, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE
DOUE L 9, 14.01.2009, p. 12

UE-4438 Directiva 2008/117/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2006/112/CE, relativa al **sistema común del impuesto sobre el valor añadido, a fin de combatir el fraude fiscal vinculado a las operaciones intracomunitarias**
DOUE L 14, 20.01.2009, p. 7

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

UE-4439 Acuerdo 2009/C 16/02, de 8 de diciembre de 2008, entre el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros que no forman parte de la zona del euro por el que se **modifica el Acuerdo de 16 de marzo de 2006 entre el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros que no forman parte de la zona del euro por el que se establecen los procedimientos de funcionamiento del mecanismo de tipos de cambio de la tercera fase de la unión económica y monetaria**
DOUE C 16, 22.01.2009, p. 10

UE-4440 Reglamento (CE) n° 1052/2008 del Banco Central Europeo, de 22 de octubre de 2008, por el que se **modifica el Reglamento (CE) n° 1745/2003 (BCE/2003/9) relativo a la aplicación de las reservas mínimas (BCE/2008/10)**
DOUE L 282, 25.10.2008, p. 14

UE-4441 Reglamento (CE) nº 1360/2008 del Consejo, de 2 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 332/2002, por el que se establece un **mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos de los Estados miembros**
DOUE L 352, 31.12.2008, p. 11

UE-4442 Reglamento (CE) nº 25/2009 del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2008, relativo al **balance del sector de las instituciones financieras monetarias** (Versión refundida) (BCE/2008/32)
DOUE L 15, 20.01.2009, p. 14

UE-4443 Reglamento (CE) nº 44/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 1338/2001 por el que se definen las **medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación**
DOUE L 17, 22.01.2009, p. 1

UE-4444 Reglamento (CE) nº 45/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1339/2001 que amplía los efectos del Reglamento (CE) nº 1338/2001 por el que se definen las **medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación a los Estados miembros que no han adoptado el euro como moneda única**
DOUE L 17, 22.01.2009, p. 4

UE-4445 Reglamento (CE) nº 46/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2182/2004 sobre **medallas y fichas similares a monedas de euro**
DOUE L 17, 22.01.2009, p. 5

UE-4446 Reglamento (CE) nº 47/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 2183/2004 por el que se extiende a los Estados miembros no participantes la aplicación del Reglamento (CE) nº 2182/2004 sobre **medallas y fichas similares a monedas de euro**
DOUE L 17, 22.01.2009, p. 7

UE-4447 Decisión del Banco Central Europeo, de 17 de noviembre de 2008, por la que se establece el **marco de las adquisiciones conjuntas del Eurosistema** (BCE/2008/17)
DOUE L 319, 29.11.2008, p. 76

UE-4448 Decisión del Banco Central Europeo, de 18 de diciembre de 2008, por la que se **aplaza la introducción del sistema de rotación en el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo** (BCE/2008/29)
DOUE L 3, 7.01.2009, p. 4

UE-4449 Decisión 2009/53/CE del Banco Central Europeo, de 12 de diciembre de 2008, sobre la **participación de los bancos centrales nacionales en la clave para la suscripción del capital del Banco Central Europeo** (BCE/2008/23)
DOUE L 21, 24.01.2009, p. 66

UE-4450 Decisión 2009/54/CE del Banco Central Europeo, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adoptan las **medidas necesarias para el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales participantes** (BCE/2008/24)
DOUE L 21, 24.01.2009, p. 69

UE-4451 Decisión 2009/55/CE del Banco Central Europeo, de 12 de diciembre de 2008, 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 del ajuste del desembolso del capital** (BCE/2008/25)
DOUE L 21, 24.01.2009, p. 71

UE-4452 Decisión 2009/56/CE del Banco Central Europeo, de 12 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Decisión BCE/2001/15 sobre la **emisión de billetes de banco denominados en euros** (BCE/2008/26)
DOUE L 21, 24.01.2009, p. 75

UE-4453 Decisión 2009/57/CE del Banco Central Europeo, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adoptan las **medidas necesarias para la contribución al valor acumulado de los recursos propios del Banco Central Europeo y para el ajuste de los activos de los bancos centrales nacionales equivalentes a las reservas exteriores transferidas** (BCE/2008/27)
DOUE L 21, 24.01.2009, p. 77

UE-4454 Decisión 2009/58/CE del Banco Central Europeo, de 15 de diciembre de 2008, por la que se adoptan las **medidas nece-**

sarias para el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales no participantes (BCE/2008/28)

DOUE L 21, 24.01.2009, p. 81

UE-4455

Decisión 2009/98/CE del Banco Central Europeo, de 11 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Decisión BCE/2006/17 sobre las **cuentas anuales del Banco Central Europeo (BCE/2008/22)**

DOUE L 36, 5.02.2009, p. 22

UE-4456

Decisión 2009/154/CE del **Banco Central Europeo**, de 27 de enero de 2009, que modifica la Decisión BCE/2007/5 por la que se establece su **Reglamento de adquisiciones (BCE/2009/2)**

DOUE L 51, 24.02.2009, p. 10

UE-4457

UE-4457 Decisión 2009/245/CE del Banco Central Europeo, de 6 de marzo de 2009, acerca de las **exenciones que pueden concederse en virtud del Reglamento (CE) nº 958/2007 relativo a las estadísticas sobre activos y pasivos de fondos de inversión (ECB/2007/8) (BCE/2009/4)**

DOUE L 72, 18.03.2009, p. 21

UE-4458

Dictamen del Consejo, de 10 de marzo de 2009, sobre el **programa de estabilidad actualizado de España (2008-2011)**

DOUE C 68, 21.03.2009, p. 17

UE-4459

Orientación 2008/802/CE del Banco Central Europeo, de 5 de septiembre de 2008, por la que se modifica la Orientación BCE/2005/5, de 17 de febrero de 2005, sobre las **exigencias de información estadística del Banco Central Europeo** y los procedimientos de intercambio de información estadística en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, en materia de estadísticas de las finanzas públicas (BCE/2008/7)

DOUE L 276, 17.10.2008, p. 32

UE-4460

Orientación 2008/950/CE del Banco Central Europeo, de 11 de septiembre de 2008, sobre la **recopilación de datos relativos al euro y sobre el funcionamiento del Sistema de Información sobre la Moneda 2 (BCE/2008/8)**

DOUE L 346, 23.12.2008, p. 89

UE-4461

Orientación 2009/99/CE del Banco Central Europeo, de 23 de octubre de 2008, por la que se modifica la Orientación

BCE/2000/7 sobre los **instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema** (BCE/2008/13)
DOUE L 36, 5.02.2009, p. 31

UE-4462 Orientación 2009/100/CE del Banco Central Europeo, de 11 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Orientación BCE/2006/16 sobre el **régimen jurídico de la contabilidad y la información financiera en el Sistema Europeo de Bancos Centrales** (BCE/2008/21)
DOUE L 36, 5.02.2009, p. 46

UE-4463 Orientación 2009/101/CE del Banco Central Europeo, de 20 de enero de 2009, por la que se modifica la Orientación BCE/2000/7 sobre los **instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema** (BCE/2009/1)
DOUE L 36, 5.02.2009, p. 59

UE-4464 Orientación 2009/160/CE del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Orientación BCE/2007/9 sobre las **estadísticas monetarias y de instituciones y mercados financieros** (refundición) (BCE/2008/31)
DOUE L 53, 26.02.2009, p. 76

UE-4465 Recomendación 2009/23/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, relativa a la fijación de **directrices comunes respecto de las caras nacionales y la emisión de monedas en euros destinadas a la circulación** [notificada con el número C(2008) 8625]
DOUE L 9, 14.01.2009, p. 52

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

UE-4466 Decisión 2008/780/CE del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del **Acuerdo de Pesca para el Océano Índico Meridional**
DOUE L 268, 9.10.2008, p. 27

UE-4467 Decisión 2008/797/CE del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, relativa a la firma y aplicación provisional del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República de la India sobre determinados aspectos de los servicios aéreos

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República de la India sobre determinados aspectos de los servicios aéreos

DOUE L 273, 15.10.2008, p. 7 y 9

UE-4468

Decisión 2008/805/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a la firma y la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra

Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra

DOUE L 289, 30.10.2008, p. 1 y 3

UE-4469

Decisión 2008/939/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, relativa a la firma y la aplicación provisional de un Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la República de Belarús por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Belarús sobre comercio de productos textiles

Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la República de Belarús por el que se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Belarús sobre comercio de productos textiles

DOUE L 335, 13.12.2008, p. 39 y 41

UE-4470

Decisión 2009/152/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativa a la firma y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra

Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra

DOUE L 57, 28.02.2009, p. 1 y 2

UE-4471

Decisión 2009/156/CE del Consejo, de 21 de noviembre de 2008, relativa a la firma y a la aplicación provisional del Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre Costa de Marfil, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra

Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre Costa de Marfil, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra

DOUE L 59, 3.03.2009, p. 1 y 3

UE-4472

Reglamento (CE) nº 1337/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por el que se establece un

mecanismo de respuesta rápida frente a la fuerte subida de los precios de los productos alimenticios en los países en desarrollo

DOUE L 354, 31.12.2008, p. 62

UE-4473 Decisión 2008/951/CE nº 2/2008 del Consejo de Ministros APC-CE, de 18 de noviembre de 2008, sobre la **asignación a Somalia de recursos del 10º Fondo Europeo de Desarrollo**

DOUE L 338, 17.12.2008, p. 53

XII. ENERGÍA

UE-4474 Decisión 2009/25/Euratom de la Comisión, de 4 de diciembre de 2006, sobre la celebración del Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y el Gobierno de la República de Kazajstán sobre los usos pacíficos de la energía nuclear

Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y el Gobierno de la República de Kazajstán sobre los usos pacíficos de la energía nuclear

DOUE L 10, 15.01.2009, p. 15 y 16

UE-4475 Recomendación 2008/956/Euratom de la Comisión, de 4 de diciembre de 2008, relativa a los criterios aplicables a la **exportación a terceros países de residuos radiactivos y combustible gastado** [notificada con el número C(2008) 7570]

DOUE L 338, 17.12.2008, p. 69

UE-4476 2009/120/Euratom de la Comisión, de 11 de febrero de 2009, sobre la aplicación de un **sistema de contabilidad y control de materiales nucleares por los operadores de instalaciones nucleares** [notificada con el número C(2009) 785]

DOUE L 41, 12.02.2009, p. 17

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

UE-4477 Decisión 2008/824/CE de la Comisión, de 22 de octubre de 2008, por la que se crea un Grupo Europeo de Política de Clústers

DOUE L 288, 30.10.2008, p. 7

UE-4478 Reglamento (CE) n° 1179/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas normas de la Directiva 2008/55/CE del Consejo, sobre la **asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas**
DOUE L 319, 29.11.2008, p. 21

UE-4479 Reglamento (CE) n° 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008, por el que se adoptan determinadas **normas internacionales de contabilidad** de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo
DOUE L 320, 29.11.2008, p. 1

UE-4480 Reglamento (CE) n° 1234/2008 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2008, relativo al examen de las **modificaciones de los términos de las autorizaciones de comercialización de medicamentos para uso humano y medicamentos veterinarios**
DOUE L 334, 12.12.2008, p. 7

UE-4481 Reglamento (CE) n° 1250/2008 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2074/2005 en lo relativo a los **requisitos de certificación para la importación de productos de la pesca, moluscos bivalvos, equinodermos, tunicados y gasterópodos marinos vivos destinados al consumo humano**
DOUE L 337, 16.12.2008, p. 31

UE-4482 Reglamento (CE) n° 1251/2008 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por el que se aplica la Directiva 2006/88/CE del Consejo en lo referente a las condiciones y los **requisitos de certificación para la comercialización y la importación en la Comunidad de animales de la acuicultura y productos derivados y se establece una lista de especies portadoras**
DOUE L 337, 16.12.2008, p. 41

UE-4483 Reglamento (CE) n° 1260/2008 de la Comisión, de 10 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas **normas internacionales de contabilidad** de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 23
DOUE L 338, 17.12.2008, p. 10

UE-4484 Reglamento (CE) nº 1261/2008 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 1126/2008, por el que se adoptan determinadas **normas internacionales de contabilidad** de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 2
DOUE L 338, 17.12.2008, p. 17

UE-4485 Reglamento (CE) nº 1262/2008 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 1126/2008 por el que se adoptan determinadas **normas internacionales de contabilidad** de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Interpretación 13 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF) 21
DOUE L 338, 17.12.2008, p. 21

UE-4486 Reglamento (CE) nº 1263/2008 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 1126/2008, por el que se adoptan determinadas **normas internacionales de contabilidad** de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Interpretación nº 14 del Comité de interpretación de las normas internacionales de información financiera (CINIIF)
DOUE L 338, 17.12.2008, p. 25

UE-4487 Reglamento (CE) nº 1274/2008 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 1126/2008 por el que se adoptan determinadas **Normas Internacionales de Contabilidad** de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 1
DOUE L 339, 18.12.2008, p. 3

UE-4488 Reglamento (CE) nº 1275/2008 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2008, por el que se desarrolla la Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo concerniente a los **requisitos de diseño ecológico aplicables al consumo de energía eléctrica en los modos «preparado» y «desactivado» de los equipos eléctricos y electrónicos domésticos y de oficina**
DOUE L 339, 18.12.2008, p. 45

UE-4489 Reglamento (CE) nº 1289/2008 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 809/2004 relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a **determinados aspectos de los folletos y la publicidad**
DOUE L 340, 19.12.2008, p. 17

UE-4490 Reglamento (CE) nº 1313/2008 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 501/2008 por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 3/2008 del Consejo sobre **acciones de información y de promoción de los productos agrícolas en el mercado interior y en terceros países**
DOUE L 344, 20.12.2008, p. 61

UE-4491 Reglamento nº 97 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE): **Prescripciones uniformes relativas a la homologación de los sistemas de alarma para vehículos y de los vehículos de motor por lo que respecta a sus sistemas de alarma**
DOUE L 351, 30.12.2008, p. 1

UE-4492 Reglamento nº 102 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE) **Disposiciones uniformes relativas a la homologación de I. Dispositivos de acoplamiento corto (DAC) II. Vehículos en lo que respecta a la instalación de un tipo homologado de DAC**
DOUE L 351, 30.12.2008, p. 44

UE-4493 Reglamento (CE) nº 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre **clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas**, y por el que se modifican y derogan las Directivas 67/548/CEE y 1999/45/CE y se modifica el Reglamento (CE) nº 1907/2006
DOUE L 353, 31.12.2008, p. 1

UE-4494 Reglamento (CE) nº 1331/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por el que se establece un **procedimiento de autorización común para los aditivos, las enzimas y los aromas alimentarios**
DOUE L 354, 31.12.2008, p. 1

UE-4495 Reglamento (CE) nº 1332/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre **enzimas alimenta-**

rias y por el que se modifican la Directiva 83/417/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) n° 1493/1999 del Consejo, la Directiva 2000/13/CE, la Directiva 2001/112/CE del Consejo y el Reglamento (CE) n° 258/97
DOUE L 354, 31.12.2008, p. 7

UE-4496 Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre **aditivos alimentarios**
DOUE L 354, 31.12.2008, p. 16

UE-4497 Reglamento (CE) n° 1334/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre los **aromas y determinados ingredientes alimentarios** con propiedades aromatizantes utilizados en los alimentos y por el que se modifican el Reglamento (CEE) n° 1601/91 del Consejo, los Reglamentos (CE) n° 2232/96 y (CE) n° 110/2008 y la Directiva 2000/13/CE
DOUE L 354, 31.12.2008, p. 34

UE-4498 Reglamento (CE) n° 1336/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) n° 648/2004 para adaptarlo al Reglamento (CE) n° 1272/2008 sobre **clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas**
DOUE L 354, 31.12.2008, p. 60

UE-4499 Reglamento (CE) n° 41/2009 de la Comisión, de 20 de enero de 2009, sobre la **composición y etiquetado de productos alimenticios apropiados para personas con intolerancia al gluten**
DOUE L 16, 21.01.2009, p. 3

UE-4500 Reglamento (CE) n° 53/2009 de la Comisión, de 21 de enero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas **Normas Internacionales de Contabilidad** de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Norma Internacional de Contabilidad n° 32 (NIC 32) y a la Norma Internacional de Contabilidad n° 1 (NIC 1)
DOUE L 17, 22.01.2009, p. 23

UE-4501 Reglamento (CE) n° 69/2009 de la Comisión, de 23 de enero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) n° 1126/2008, por el que se adoptan determinadas **Normas Internacionales de Contabilidad** de

conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las modificaciones de la Norma Internacional de Información Financiera 1 (NIIF 1) y a la Norma Internacional de Contabilidad nº 39 (NIC 39)

DOUE L 21, 24.01.2009, p. 10

UE-4502

Reglamento (CE) nº 70/2009 de la Comisión, de 23 de enero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 1126/2008, por el que se adoptan determinadas **Normas Internacionales de Contabilidad** de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las Mejoras de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF)

DOUE L 21, 24.01.2009, p. 16

UE-4503

Reglamento nº 3 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE/ONU) — **Disposiciones uniformes para la homologación de dispositivos catadióptricos para vehículos de motor y sus remolques**

DOUE L 31, 31.01.2009, p. 1

UE-4504

Reglamento nº 4 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE/ONU) — **Disposiciones uniformes para la homologación de los dispositivos para el alumbrado de las placas de matrícula trasera de los vehículos a motor y sus remolques**

DOUE L 31, 31.01.2009, p. 35

UE-4505

Reglamento (CE) nº 78/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativo a la **homologación de vehículos en lo que se refiere a la protección de los peatones y otros usuarios vulnerables de la vía pública**, por el que se modifica la Directiva 2007/46/CE y se derogan las Directivas 2003/102/CE y 2005/66/CE

DOUE L 35, 4.02.2009, p. 1

UE-4506

Reglamento (CE) nº 79/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativo a la **homologación de los vehículos de motor impulsados por hidrógeno** y que modifica la Directiva 2007/46/CE

DOUE L 35, 4.02.2009, p. 32

UE-4507

Reglamento nº 100 de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE/ONU) — **Disposiciones uniformes**

relativas a la homologación de vehículos eléctricos con batería en relación con los requisitos en materia de fabricación, seguridad de funcionamiento y emisiones de hidrógeno (Revisión 2)

DOUE L 45, 14.02.2009, p. 17

UE-4508

Reglamento (CE) nº 134/2009 de la Comisión, de 16 de febrero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al **registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH)** en cuanto a su anexo XI

DOUE L 46, 17.02.2009, p. 3

UE-4509

Reglamento (CE) nº 153/2009 del Consejo, de 19 de febrero de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 3/2008 sobre **acciones de información y de promoción de los productos agrícolas en el mercado interior y en terceros países**

DOUE L 51, 24.02.2009, p. 1

UE-4510

Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la **marca comunitaria** (Versión codificada)

DOUE L 78, 24.03.2009, p. 1

UE-4511

Directiva 2008/100/CE de la Comisión, de 28 de octubre de 2008, por la que se modifica la Directiva 90/496/CEE del Consejo, relativa al **etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios, en lo que respecta a las cantidades diarias recomendadas, los factores de conversión de la energía y las definiciones**

DOUE L 285, 29.10.2008, p. 9

UE-4512

Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la **aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas** (Versión codificada)

DOUE L 299, 8.11.2008, p. 25

UE-4513

Directiva 2008/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, que modifica la Directiva 2006/66/CE, relativa a las pilas y acumuladores y a los residuos de **pilas y acumuladores, por lo que respecta a la puesta en el mercado de pilas y acumuladores**

DOUE L 327, 5.12.2008, p. 7

UE-4514 Directiva 2008/112/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica las Directivas 76/768/CEE, 88/378/CEE y 1999/13/CE del Consejo y las Directivas 2000/53/CE, 2002/96/CE y 2004/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo para adaptarlas al Reglamento (CE) nº 1272/2008, sobre **clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas**
DOUE L 345, 23.12.2008, p. 68

UE-4515 Directiva 2008/128/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2008, por la que se establecen **criterios específicos de pureza en relación con los colorantes utilizados en los productos alimenticios** (Versión codificada)
DOUE L 6, 10.01.2009, p. 20

UE-4516 Directiva 2009/1/CE de la Comisión, de 7 de enero de 2009, por la que se modifica, para su adaptación al progreso técnico, la Directiva 2005/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la **homologación de tipo de los vehículos de motor en lo que concierne a su aptitud para la reutilización, el reciclado y la valorización**
DOUE L 9, 14.01.2009, p. 31

UE-4517 Directiva 2009/2/CE de la Comisión, de 15 de enero de 2009, por la que se adapta al progreso técnico, por trigésimoprimer vez, la Directiva 67/548/CEE del Consejo relativa a la **aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas**
DOUE L 11, 16.01.2009, p. 6

UE-4518 Directiva 2008/121/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a las **denominaciones textiles** (Versión refundida)
DOUE L 19, 23.01.2009, p. 29

UE-4519 Directiva 2008/126/CE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2006/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen las **prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior**
DOUE L 32, 31.01.2009, p. 1

UE-4520 Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la **protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de**

aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio
DOUE L 33, 3.02.2009, p. 10

UE-4521 Directiva 2009/6/CE de la Comisión, de 4 de febrero de 2009, por la que se modifica la Directiva 76/768/CEE del Consejo, relativa a los **productos cosméticos**, a fin de adaptar sus anexos II y III al progreso técnico
DOUE L 36, 5.02.2009, p. 15

UE-4522 Directiva 2009/9/CE de la Comisión, de 10 de febrero de 2009, que modifica la Directiva 2001/82/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un **código comunitario sobre medicamentos veterinarios**
DOUE L 44, 14.02.2009, p. 10

UE-4523 Directiva 2009/10/CE de la Comisión, de 13 de febrero de 2009, que modifica la Directiva 2008/84/CE, por la que se establecen **criterios específicos de pureza de los aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes**
DOUE L 44, 14.02.2009, p. 62

UE-4524 Directiva 2009/19/CE de la Comisión, de 12 de marzo de 2009, por la que se modifica, para adaptarla al progreso técnico, la Directiva 72/245/CEE del Consejo, relativa a las **interferencias de radio (compatibilidad electromagnética) de los vehículos**
DOUE L 70, 14.03.2009, p. 17

UE-4525 Decisión 2009/244/CE de la Comisión, de 16 de marzo de 2009, relativa a la comercialización, con arreglo a la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de un **clavel (*Dianthus caryophyllus* L., línea 123.8.12) modificado genéticamente para alterar el color de la flor [notificada con el número C(2009) 1673]**
DOUE L 72, 18.03.2009, p. 18

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

UE-4526 Reglamento (CE) nº 1341/2008 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE)

nº 1083/2006, relativo al **Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, en lo que respecta a determinados proyectos generadores de ingresos**

DOUE L 348, 24.12.2008, p. 19

UE-4527

Reglamento (CE) nº 1007/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 460/2004, por el que se crea la **Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información**, en lo que respecta a su duración
DOUE L 293, 31.10.2008, p. 1

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

UE-4528

Decisión del Consejo, de 20 de octubre de 2008, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo sobre evaluación estratégica del medio ambiente de la Convención de Espoo de 1991 de la CEPE/ONU sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo

Protocolo sobre evaluación estratégica del medio ambiente de la Convención sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo

DOUE L 308, 19.11.2008, p. 33 y 35

UE-4529

Decisión del Consejo, de 4 de diciembre de 2008, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo sobre la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo al Convenio para la Protección del Medio Marino y de la Región Costera del Mediterráneo

Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo

DOUE L 34, 4.02.2009, p. 17 y 19

UE-4530

Reglamento (CE) nº 967/2008 del Consejo, de 29 de septiembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 834/2007 sobre **producción y etiquetado de los productos ecológicos**

DOUE L 264, 3.10.2008, p. 1

UE-4531

Reglamento (CE) nº 994/2008 de la Comisión, de 8 de octubre de 2008, relativo a un **sistema normalizado y garantizado de registros** de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión nº 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

DOUE L 271, 11.10.2008, p. 3

UE-4532 Reglamento (CE) nº 1102/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativo a la **prohibición de la exportación de mercurio metálico y ciertos compuestos y mezclas de mercurio y al almacenamiento seguro de mercurio metálico**
DOUE L 304, 14.11.2008, p. 75

UE-4533 Reglamento (CE) nº 107/2009 de la Comisión, de 4 de febrero de 2009, por el que se desarrolla la Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los **requisitos de diseño ecológico aplicables a los descodificadores simples**
DOUE L 36, 5.02.2009, p. 8

UE-4534 Reglamento (CE) nº 244/2009 de la Comisión, de 18 de marzo de 2009, por el que se aplica la Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los **requisitos de diseño ecológico para lámparas de uso doméstico no direccionales**
DOUE L 76, 24.03.2009, p. 3

UE-4535 Reglamento (CE) nº 245/2009 de la Comisión, de 18 de marzo de 2009, por el que se aplica la Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los **requisitos de diseño ecológico para lámparas fluorescentes sin balastos integrados, para lámparas de descarga de alta intensidad y para balastos y luminarias que puedan funcionar con dichas lámparas**, y se deroga la Directiva 2000/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo
DOUE L 76, 24.03.2009, p. 17

UE-4536 Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los **residuos** y por la que se derogan determinadas Directivas
DOUE L 312, 22.11.2008, p. 3

UE-4537 Directiva 2008/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, que modifica la Directiva 79/409/CEE del Consejo, relativa a la **conservación de las aves silvestres**, en lo que atañe a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión
DOUE L 323, 3.12.2008, p. 31

UE-4538 Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal
DOUE L 328, 6.12.2008, p. 28

UE-4539 Directiva 2008/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las **normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas**, por la que se modifican y derogan ulteriormente las Directivas 82/176/CEE, 83/513/CEE, 84/156/CEE, 84/491/CEE y 86/280/CEE del Consejo, y por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 84

UE-4540 Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de **incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero**
DOUE L 8, 13.01.2009, p. 3

UE-4541 Decisión 2008/889/CE de la Comisión, de 18 de noviembre de 2008, por la que se modifican las Decisiones 2002/747/CE, 2003/31/CE, 2005/342/CE, 2005/344/CE y 2005/360/CE al objeto de prorrogar la vigencia de los **criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a determinados productos**
DOUE L 318, 28.11.2008, p. 12

UE-4542 Decisión 2008/962/CE de la Comisión, de 15 de diciembre de 2008, por la que se modifican las Decisiones 2001/405/CE, 2002/255/CE, 2002/371/CE, 2002/740/CE, 2002/741/CE, 2005/341/CE y 2005/343/CE con objeto de prorrogar la vigencia de los **criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a determinados productos** [notificada con el número C(2008) 8442]
DOUE L 340, 19.12.2008, p. 115

UE-4543 Decisión 2008/966/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una **lista inicial de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica estépica** [notificada con el número C(2008) 8066]
DOUE L 344, 20.12.2008, p. 117

UE-4544 Decisión 2009/90/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una primera **lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica panónica** [notificada con el número C(2008) 7918]
DOUE L 42, 13.02.2009, p. 1

UE-4545 Decisión 2009/91/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una segunda **lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina** [notificada con el número C(2008) 7973]
DOUE L 42, 13.02.2009, p. 21

UE-4546 Decisión 2009/92/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una **lista inicial de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica del Mar Negro** [notificada con el número C(2008) 7974]
DOUE L 42, 13.02.2009, p. 59

UE-4547 Decisión 2009/93/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una segunda **lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental** [notificada con el número C(2008) 8039]
DOUE L 42, 13.02.2009, p. 63

UE-4548 Decisión 2009/94/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una segunda **lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica boreal** [notificada con el número C(2008) 8046]
DOUE L 42, 13.02.2009, p. 245

UE-4549 Decisión 2009/95/C de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una segunda **lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea** [notificada con el número C(2008) 8049]
DOUE L 42, 13.02.2009, p. 393

UE-4550 Decisión 2009/96/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2008, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una segunda **lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica** [notificada con el número C(2008) 8119]
DOUE L 42, 13.02.2009, p. 466

UE-4551 Decisión 2009/300/CE de la Comisión, de 12 de marzo de 2009, por la que se establecen los criterios ecológicos revisados para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a los televisores *[notificada con el número C(2009) 1830]*
DOUE L 82, 28.03.2009, p. 3

UE-4552 Recomendación 2008/956/Euratom de la Comisión, de 4 de diciembre de 2008, relativa a los **criterios aplicables a la exportación a terceros países de residuos radiactivos y combustible gastado** *[notificada con el número C(2008) 7570]*
DOUE L 338, 17.12.2008, p. 69

UE-4553 Recomendación 2009/39/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2008, sobre el **almacenamiento seguro del mercurio metálico que deje de utilizarse en la industria cloroalcalina** *[notificada con el número C(2008) 8422]*
DOUE L 14, 20.01.2009, p. 10

UE-4554 Reglamento (CE) nº 129/2009 de la Comisión, de 13 de febrero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 197/2006 en lo que respecta a la **validez de las medidas transitorias relativas a antiguos alimentos**
DOUE L 44, 14.02.2009, p. 3

UE-4555 Decisión nº 1351/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece **un programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación**
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 118

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

UE-4556 Reglamento (CE) nº 960/2008 de la Comisión, de 30 de septiembre de 2008, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a **estadísticas comunitarias de la sociedad de la información**
DOUE L 262, 1.10.2008, p. 6

UE-4557 Reglamento (CE) nº 1055/2008 de la Comisión, de 27 de octubre de 2008, por el que se aplica el Reglamento (CE)

nº 184/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a los **critérios de calidad y a los informes de calidad para las estadísticas de balanza de pagos**

DOUE L 283, 28.10.2008, p. 3

UE-4558

Reglamento (CE) nº 1062/2008 de la Comisión, de 28 de octubre de 2008, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 453/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las **estadísticas trimestrales sobre vacantes de empleo en la Comunidad**, por lo que se refiere a los procedimientos de ajuste estacional y los informes sobre la calidad

DOUE L 285, 29.10.2008, p. 3

UE-4559

Reglamento (CE) nº 1007/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 460/2004, por el que se crea la **Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información**, en lo que respecta a su duración

DOUE L 293, 31.10.2008, p. 1

UE-4560

Reglamento (CE) nº 1099/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativo a las **estadísticas sobre energía**

DOUE L 304, 14.11.2008, p. 1

UE-4561

Reglamento (CE, Euratom) nº 1101/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativo a la **transmisión a la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas de las informaciones amparadas por el secreto estadístico** (Versión codificada)

DOUE L 304, 14.11.2008, p. 70

UE-4562

Reglamento (CE) nº 1178/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) nº 1165/98 del Consejo, sobre las **estadísticas coyunturales**, y los Reglamentos (CE) nº 1503/2006 y 657/2007 en lo que respecta a las **adaptaciones como consecuencia de la revisión de las clasificaciones estadísticas NACE y CPA**

DOUE L 319, 29.11.2008, p. 16

UE-4563

Reglamento (CE) nº 1165/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativo a las **estadísticas ganaderas y de producción de carne** y por el que se derogan las Directivas 93/23/CEE, 93/24/CEE y 93/25/CEE

DOUE L 321, 1.12.2008, p. 1

UE-4564 Reglamento (CE) n° 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre **estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo**
DOUE L 354, 31.12.2008, p. 70

UE-4565 Reglamento (CE) n° 19/2009 de la Comisión, de 13 de enero de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 453/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las **estadísticas trimestrales sobre vacantes de empleo en la Comunidad**, por lo que se refiere a la definición de vacante de empleo, las fechas de referencia para la recopilación de datos, las especificaciones de transmisión de los datos y los estudios de viabilidad
DOUE L 9, 14.01.2009, p. 3

UE-4566 Reglamento (CE) n° 20/2009 de la Comisión, de 13 de enero de 2009, por el que se adoptan las **especificaciones del módulo ad hoc de 2010 relativo a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar** establecido en el Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo
DOUE L 9, 14.01.2009, p. 7

UE-4567 Reglamento (CE) n° 24/2009 del Banco Central Europeo, de 19 de diciembre de 2008, relativo a las **estadísticas sobre activos y pasivos de las sociedades instrumentales dedicadas a operaciones de titulización** (BCE/2008/30)
DOUE L 15, 20.01.2009, p. 1

UE-4568 Reglamento (CE) n° 97/2009 de la Comisión, de 2 de febrero de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 295/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las **estadísticas estructurales de las empresas, en lo referente al uso del módulo flexible**
DOUE L 33, 3.02.2009, p. 6

UE-4569 Reglamento (CE) n° 192/2009 de la Comisión, de 11 de marzo de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 177/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece un **marco común para los registros de empresas utilizados con fines estadísticos, en lo que respecta al intercambio de datos confidenciales entre la Comisión (Eurostat) y los Estados miembros**
DOUE L 67, 12.03.2009, p. 14

UE-4570 Reglamento (CE) n° 251/2009 de la Comisión, de 11 marzo 2009, por el que se aplica y se modifica el Reglamento (CE)

nº 295/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las series de datos que deben elaborarse para las **estadísticas estructurales de las empresas y las adaptaciones necesarias tras la revisión de la clasificación estadística de productos por actividades (CPA)**

DOUE L 86, 31.03.2009, p. 170

UE-4571

Reglamento (CE) nº216/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, sobre presentación de **estadísticas de capturas nominales por los Estados miembros que faenen en determinadas zonas distintas de las del Atlántico Norte** (versión refundida)

DOUE L 87, 31.03.2009, p. 1

UE-4572

Reglamento (CE) nº 217/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativo a las **estadísticas de capturas y de la actividad pesquera por parte de los Estados miembros que faenan en el Atlántico noroccidental** (versión refundida)

DOUE L 87, 31.03.2009, p. 42

UE-4573

Reglamento (CE) nº 218/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativo a la transmisión de **estadísticas de capturas nominales por parte de los Estados miembros que faenan en el Atlántico nororiental** (versión refundida)

DOUE L 87, 31.03.2009, p. 70

UE-4574

Reglamento (CE) nº 221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2150/2002, relativo a las **estadísticas sobre residuos, en lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión**

DOUE L 87, 31.03.2009, p. 157

UE-4575

Reglamento (CE) nº 222/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 638/2004 sobre las **estadísticas comunitarias de intercambios de bienes entre Estados miembros**

DOUE L 87, 31.03.2009, p. 160

UE-4576

Reglamento (CE) nº 223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativo a la estadística europea y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) nº 1101/2008 relativo a la **transmisión a la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas de las informaciones amparadas por el secreto estadístico**, el Reglamento

(CE) nº 322/97 del Consejo sobre la estadística comunitaria y la Decisión 89/382/CEE, Euratom del Consejo por la que se crea un Comité del programa estadístico de las Comunidades Europeas
DOUE L 87, 31.03.2009, p. 164

UE-4577 Directiva 2008/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a un **procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad** (versión refundida)
DOUE L 298, 7.11.2008, p. 9

UE-4578 Decisión nº 1297/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al **Programa para Modernizar las Estadísticas Empresariales y Comerciales Europeas (programa MEETS)**
DOUE L 340, 19.12.2008, p. 76

UE-4579 Decisión 2009/301/CE de la Comisión, de 25 de marzo de 2009, por la que se constituye un **Grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales**
DOUE L 82, 28.03.2009, p. 9

UE-4580 Reglamento (CE) nº 1339/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por el que se crea una **Fundación Europea de Formación** (versión refundida)
DOUE L 354, 31.12.2008, p. 82

UE-4581 Decisión 2008/785/CE de la Comisión, de 9 de octubre de 2008, que modifica la Decisión 2005/56/CE por la que se establece la **Agencia Ejecutiva en el Ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural**, encargada de la gestión de la acción comunitaria en materia educativa, audiovisual y cultural de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 58/2003 del Consejo
DOUE L 269, 10.10.2008, p. 11

UE-4582 Decisión nº 1352/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica la Decisión nº 1855/2006/CE por la que se establece el **programa Cultura (2007-2013)**
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 128

UE-4583 Decisión nº 1298/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se establece el

programa de acción Erasmus Mundus 2009-2013 para la mejora de la calidad de la enseñanza superior y la promoción del entendimiento intercultural mediante la cooperación con terceros países
DOUE L 340, 19.12.2008, p. 83

UE-4584 Decisión nº 1357/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica la Decisión nº 1720/2006/CE por la que se establece un **programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente**
DOUE L 350, 30.12.2008, p. 56

UE-4585 Decisión nº 1349/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica la Decisión nº 1719/2006/CE por la que se establece el **programa «La juventud en acción» para el período 2007-2013**
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 113

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

UE-4586 Decisión 2008/876/CE de la Comisión, de 6 de noviembre de 2008, que modifica la Decisión 2004/452/CE, por la que se establece una **lista de organismos cuyos investigadores pueden acceder, con fines científicos, a datos confidenciales**
DOUE L 310, 21.11.2008, p. 28

UE-4587 Decisión nº 1350/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al **Año Europeo de la Creatividad y la Innovación 2009**
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 115

UE-4588 Reglamento (CE) nº 966/2008 de la Comisión, de 1 de octubre de 2008, por el que se aprueban modificaciones no menores del pliego de condiciones de una **denominación inscrita en el registro de especialidades tradicionales garantizadas** [Panellets (ETG)]
DOUE L 263, 2.10.2008, p. 3

UE-4589 Reglamento (CE) nº 1014/2008 de la Comisión, de 16 de octubre de 2008, por el que se **inscriben determinadas denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y**

de Indicaciones Geográficas Protegidas [eské pivo (IGP), Cebreiro (DOP)]

DOUE L 276, 17.10.2008, p. 27

UE-4590

Reglamento (CE) n° 1059/2008 de la Comisión, de 27 de octubre de 2008, por el que se **inscribe una denominación en el registro de denominaciones de origen protegidas y de indicaciones geográficas protegidas** [Arroz del Delta del Ebro o Arròs del Delta de l'Ebre (DOP)]
DOUE L 283, 28.10.2008, p. 34

UE-4591

Reglamento (CE) n° 1204/2008 de la Comisión, de 3 de diciembre de 2008, relativo a la **inscripción de determinadas denominaciones en el registro de especialidades tradicionales garantizadas** establecido en el Reglamento (CE) n° 509/2006 del Consejo sobre las especialidades tradicionales garantizadas de los productos agrícolas y alimenticios (Versión codificada)

DOUE L 326, 4.12.2008, p. 7

UE-4592

Reglamento (CE) n° 1229/2008 de la Comisión, de 10 de diciembre de 2008, por el que se **inscriben determinadas denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas** [San Simón da Costa (DOP), Ail blanc de Lomagne (IGP) y Steirischer Kren (IGP)]

DOUE L 333, 11.12.2008, p. 3

UE-4593

Reglamento (CE) n° 98/2009 de la Comisión, de 2 de febrero de 2009, por el que se **inscriben determinadas denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas** [Aceite de La Alcarria (DOP), Radicchio di Verona (IGP), Zafferano di Sardegna (DOP), Huîtres Marennes Oléron (IGP)]

DOUE L 33, 3.02.2009, p. 8

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

UE-4594

Reglamento (CE) n° 97/2009 de la Comisión, de 2 de febrero de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 295/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las **estadísticas estructurales de las empresas, en lo referente al uso del módulo flexible**

DOUE L 33, 3.02.2009, p. 6

UE-4595 Reglamento (CE) nº 192/2009 de la Comisión, de 11 de marzo de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 177/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece un **marco común para los registros de empresas utilizados con fines estadísticos, en lo que respecta al intercambio de datos confidenciales entre la Comisión (Eurostat) y los Estados miembros**
DOUE L 67, 12.03.2009, p. 14

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

UE-4596 Decisión nº 1358/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica la Decisión nº 1904/2006/CE por la que se establece el **programa «Europa con los ciudadanos» para el período 2007-2013** a fin de promover la ciudadanía europea activa
DOUE L 350, 30.12.2008, p. 58

UE-4597 Decisión 2009/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, por la que se nombra al **Supervisor Europeo de Protección de Datos y al Supervisor Adjunto**
DOUE L 11, 16.01.2009, p. 83

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

UE-4598 Decisión 2008/783/PESC del Consejo, de 15 de septiembre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Croacia sobre la participación de la República de Croacia en la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana (operación EUFOR Chad/RCA)
Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Croacia sobre la participación de la República de Croacia en la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana (operación EUFOR Chad/RCA)
DOUE L 268, 9.10.2008, p. 32 y 33

UE-4599 Decisión 2008/868/PESC del Consejo, de 13 de octubre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la Federación de Rusia en la Operación Militar de la Unión

Europea en la República del Chad y la República Centroafricana (Operación EUFOR Chad/RCA)

Acuerdo entre la Unión Europea y la Federación de Rusia sobre la participación de la Federación de Rusia en la Operación Militar de la Unión Europea en la República del Chad y la República Centroafricana (Operación EUFOR Chad/RCA)

DOUE L 307, 18.11.2008, p. 15 y 16

UE-4600

Decisión 2008/877/PESC del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre el estatuto de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia

Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre el estatuto de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia

DOUE L 310, 21.11.2008, p. 30 y 31

UE-4601

Decisión 2008/887/PESC del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Croacia sobre la participación de la República de Croacia en la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Croacia sobre la participación de la República de Croacia en la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO

DOUE L 317, 27.11.2008, p. 19 y 20

UE-4602

Decisión 2008/814/PESC del Consejo, de 13 de octubre de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre la participación de los Estados Unidos de América en la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO

Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre la participación de los Estados Unidos de América en la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO

DOUE L 282, 25.10.2008, p. 32 y 33

UE-4603

Decisión 2009/29/PESC del Consejo, de 22 de diciembre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Somalia sobre el estatuto de la fuerza naval dirigida por la Unión Europea en la República de Somalia en el marco de la operación militar de la UE Atalanta

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Somalia sobre el estatuto de la fuerza naval dirigida por la Unión Europea en la República de Somalia en el marco de la operación militar de la UE Atalanta

DOUE L 10, 15.01.2009, p. 27 y 29

UE-4604

Decisión 2009/88/PESC del Consejo, de 22 de diciembre de 2008, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Yibuti sobre el estatuto de la fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Yibuti en el marco de la operación militar de la UE Atalanta

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Yibuti sobre el estatuto de la fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Yibuti en el marco de la operación militar de la Unión Europea Atalanta

DOUE L 33, 3.02.2009, p. 41 y 43

UE-4605

Decisión 2009/293/PESC del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa al Canje de Notas entre la Unión Europea y Kenia sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, y detenidas por la fuerza naval EUNAVFOR dirigida por la Unión Europea, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR, de EUNAVFOR a Kenia y con vistas a su trato después de la entrega

Canje de Notas entre la Unión Europea y el Gobierno de Kenia sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, y detenidas por la fuerza naval EUNAVFOR dirigida por la Unión Europea, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR, de EUNAVFOR a Kenia y con vistas a su trato después de la entrega

DOUE L 79, 25.03.2009, p. 47 y 49

UE-4606

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil

DOUE L 331, 10.12.2008, p. 21

UE-4607

Decisión 2008/836 de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 29 de octubre de 2008, sobre el **tratamiento de los documentos de las misiones civiles de gestión de crisis y las operaciones militares de la UE**

DOUE L 299, 8.11.2008, p. 34

UE-4608 Reglamento (CE) nº 1216/2008 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 872/2004 del Consejo relativo a la adopción de **medidas restrictivas adicionales contra Liberia**
DOUE L 328, 6.12.2008, p. 26

UE-4609 Reglamento (CE) nº 1110/2008 del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 423/2007 relativo a la adopción de **medidas restrictivas contra Irán**
DOUE L 300, 11.11.2008, p. 1

UE-4610 Reglamento (CE) nº 1240/2008 de la Comisión, de 10 de diciembre de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 560/2005 del Consejo, por el que se imponen algunas **medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Costa de Marfil**
DOUE L 334, 12.12.2008, p. 60

UE-4611 Reglamento (CE) nº 184/2009 de la Comisión, de 6 de marzo de 2009, por el que se modifica por centésima cuarta vez el Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo, por el que se imponen determinadas **medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes**
DOUE L 63, 7.03.2009, p. 11

UE-4612 Reglamento (CE) nº 77/2009 de la Comisión, de 26 de enero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 314/2004 del Consejo, relativo a determinadas **medidas restrictivas respecto de Zimbabue**
DOUE L 23, 27.01.2009, p. 5

UE-4613 Reglamento (CE) nº 154/2009 del Consejo, de 23 de febrero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1859/2005 mediante el que se imponen a **Uzbekistán determinadas medidas restrictivas**
DOUE L 51, 24.02.2009, p. 3

UE-4614 Reglamento (CE) nº 175/2009 del Consejo, de 5 de marzo de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1210/2003 del Consejo relativo a determinadas **restricciones específicas aplicables a las relaciones económicas y financieras con Iraq**
DOUE L 62, 6.03.2009, p. 1

UE-4615 Reglamento (CE) nº 242/2009 de la Comisión, de 20 de marzo de 2009, que modifica el Reglamento (CE) nº 1183/2005 del Consejo por el que se imponen **medidas restrictivas específicas dirigidas contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo**
DOUE L 75, 21.03.2009, p. 8

UE-4616 Decisión 2008/842/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, por la que se modifican los anexos III y IV de la Posición Común 2007/140/PESC relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra Irán**
DOUE L 300, 11.11.2008, p. 46

UE-4617 Decisión 2008/884/PESC del Consejo, de 21 de noviembre de 2008, por la que se aplica la Acción Común 2007/369/PESC sobre el establecimiento de la **Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN)**
DOUE L 316, 26.11.2008, p. 21

UE-4618 Decisión 2008/888/PESC Atalanta/1/2008 del Comité Político y de Seguridad, de 18 de noviembre de 2008, por la que se nombra al **Comandante de la Fuerza de la Unión Europea para la operación militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y de robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta)**
DOUE L 317, 27.11.2008, p. 24

UE-4619 Decisión 2008/890/PESC del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, por la que se aplica la Acción Común 2007/749/PESC relativa a la **Misión de Policía de la Unión Europea (MPUE) en Bosnia y Herzegovina**
DOUE L 318, 28.11.2008, p. 14

UE-4620 Decisión 2008/901/PESC del Consejo, de 2 de diciembre de 2008, relativa a una **misión de investigación internacional independiente sobre el conflicto de Georgia**
DOUE L 323, 3.12.2008, p. 66

UE-4621 Decisión 2008/918/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre el inicio de la **Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, a la prevención y a la represión**

de los actos de piratería y el robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta)

DOUE L 330, 9.12.2008, p. 19

UE-4622

Decisión 2008/922/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se aplica la Posición Común 2004/161/PESC relativa a la **prórroga de medidas restrictivas contra Zimbabue**

DOUE L 331, 10.12.2008, p. 22

UE-4623

Decisión 2008/974/PESC del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, de apoyo al **Código Internacional de Conducta contra la Proliferación de Misiles Balísticos** en el contexto de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva

DOUE L 345, 23.12.2008, p. 91

UE-4624

Decisión 2008/975/PESC del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, 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 (Athena)**

DOUE L 345, 23.12.2008, p. 96

UE-4625

Decisión 2009/42/PESC del Consejo, de 19 de enero de 2009, en **apoyo a las actividades de la UE para promover entre terceros países el proceso que conduzca a un tratado sobre el comercio de armas**, en el marco de la **Estrategia Europea de Seguridad**

DOUE L 17, 22.01.2009, p. 39

UE-4626

Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, relativa a la **Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia**

DOUE L 301, 12.11.2008, p. 33

UE-4627

Acción Común 2008/862/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, que modifica la Acción Común 2005/889/PESC, por la que se establece una **Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EUBAM Rafah)**

DOUE L 306, 15.11.2008, p. 98

UE-4628

Acción Común 2008/958/PESC del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Acción Común

2005/797/PESC sobre la **Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos**

DOUE L 338, 17.12.2008, p. 75

UE-4629

Acción Común 2009/294/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2009, por la que se modifica la Acción Común 2008/736/PESC sobre la **Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia, EUMM Georgia**

DOUE L 79, 25.03.2009, p. 60

UE-4630

Posición Común 2008/959/PESC del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que modifica la Posición Común 2008/586/PESC por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de **medidas específicas de lucha contra el terrorismo**

DOUE L 338, 17.12.2008, p. 77

UE-4631

Posición Común 2008/822/PESC del Consejo, de 27 de octubre de 2008, relativa a la **acogida temporal por los Estados miembros de la Unión Europea de determinados palestinos**

DOUE L 285, 29.10.2008, p. 21

UE-4632

Posición Común 2008/843/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, por la que se prorroga y modifica la Posición Común 2007/734/PESC relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra Uzbekistán**

DOUE L 300, 11.11.2008, p. 55

UE-4633

Posición Común 2008/844/PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Posición Común 2006/276/PESC del Consejo relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra determinados funcionarios de Belarús**

DOUE L 300, 11.11.2008, p. 56

UE-4634

Posición Común 2008/873/PESC del Consejo, de 18 de noviembre de 2008, por la que se renuevan las **medidas restrictivas contra Costa de Marfil**

DOUE L 308, 19.11.2008, p. 52

UE-4635

Posición Común 2008/944/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se definen las **normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares**

DOUE L 335, 13.12.2008, p. 99

UE-4636 Posición Común 2009/66/PESC del Consejo, de 26 de enero de 2009, que modifica la Posición Común 2008/369/PESC relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra la República Democrática del Congo**
DOUE L 23, 27.01.2009, p. 35

UE-4637 Posición Común 2009/67/PESC del Consejo, de 26 de enero de 2009, por la que se actualiza la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de **medidas específicas de lucha contra el terrorismo** y se deroga la Posición Común 2008/586/PESC
DOUE L 23, 27.01.2009, p. 37

UE-4638 Posición Común 2009/68/PESC del Consejo, de 26 de enero de 2009, relativa a la prórroga de **medidas restrictivas contra Zimbabue**
DOUE L 23, 27.01.2009, p. 43

UE-4639 Posición Común 2009/116/PESC del Consejo, de 10 de febrero de 2009, por la que se prorroga y modifica la Posición Común 2004/133/PESC relativa a las **medidas restrictivas contra extremistas en la ex República Yugoslava de Macedonia (ERYM)**
DOUE L 40, 11.02.2009, p. 56

UE-4640 Posición Común 2009/138/PESC del Consejo, de 16 de febrero de 2009, sobre **medidas restrictivas contra Somalia** y por la que se deroga la Posición Común 2002/960/PESC
DOUE L 46, 17.02.2009, p. 73

UE-4641 Posición Común 2009/139/PESC del Consejo, de 16 de febrero de 2009, por la que se prorrogan las **medidas restrictivas respecto de los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova**
DOUE L 46, 17.02.2009, p. 76

UE-4642 Posición Común 2009/164/PESC del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se renuevan las **medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)**
DOUE L 55, 27.02.2009, p. 44

UE-4643 Posición Común 2009/175/PESC del Consejo, de 5 de marzo de 2009, por la que se modifica la **Posición Común 2003/495/PESC sobre Iraq**
DOUE L 62, 6.03.2009, p. 28

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

UE-4644 Decisión del Consejo, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**
DOUE L 287, 29.10.2008, p. 1

UE-4645 Reglamento (CE) nº 1104/2008 del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al **Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)**
DOUE L 299, 8.11.2008, p. 1

UE-4646 Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la **ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos**
DOUE L 7, 10.01.2009, p. 1

UE-4647 Reglamento (CE) nº 81/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 562/2006 en lo relativo al **Sistema de Información de Visados (VIS) en el marco del Código de Fronteras Schengen**
DOUE L 35, 4.02.2009, p. 56

UE-4648 Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre la **identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección**
DOUE L 345, 23.12.2008, p. 75

UE-4649 Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a **normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular**
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 98

UE-4650 Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la **lucha contra la delincuencia organizada**
DOUE L 300, 11.11.2008, p. 42

UE-4651 Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de **reconocimiento**

mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea
DOUE L 327, 5.12.2008, p. 27

UE-4652 Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la **lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal**
DOUE L 328, 6.12.2008, p. 55

UE-4653 Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la **lucha contra el terrorismo**
DOUE L 330, 9.12.2008, p. 21

UE-4654 Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de **reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas**
DOUE L 337, 16.12.2008, p. 102

UE-4655 Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la **protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal**
DOUE L 350, 30.12.2008, p. 60

UE-4656 Decisión Marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativa al **exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal**
DOUE L 350, 30.12.2008, p. 72

UE-4657 Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de **reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado**
DOUE L 81, 27.03.2009, p. 24

UE-4658 Decisión 2008/852/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a una **red de puntos de contacto en contra de la corrupción**
DOUE L 301, 12.11.2008, p. 38

UE-4659 Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la **Red Judicial Europea**
DOUE L 348, 24.12.2008, p. 130

UE-4660 Decisión 2008/839/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al **Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)**
DOUE L 299, 8.11.2008, p. 43

UE-4661 Decisión 2009/62/CE del Consejo, de 26 de enero de 2009, por la que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 sobre **medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo** y se deroga la Decisión 2008/583/CE
DOUE L 23, 27.01.2009, p. 25

UE-4662 Resolución 2008/C 299/01 del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a la **formación de jueces y fiscales y del personal al servicio de la administración de justicia en la Unión Europea**
DOUE C 299, 22.11.2008, p. 1

UE-4663 Decisión 2008/903/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la plena **aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la Confederación Suiza**
DOUE L 327, 5.12.2008, p. 15

UE-4664 Decisión 2008/972/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, por la que se modifica el anexo 13 de la **Instrucción consular común, sobre el modo de cumplimentar la etiqueta de visado**
DOUE L 345, 23.12.2008, p. 88

UE-4665 Decisión 2009/167/CE del Consejo, de 26 de febrero de 2009, que modifica la Decisión de 27 de marzo de 2000 por la que se **autoriza al Director de Europol para que entable negociaciones sobre acuerdos con terceros Estados y organismos no relacionados con la UE**
DOUE L 56, 28.02.2009, p. 15

UE-4666 Decisión del Consejo, de 10 de febrero de 2009, que modifica el Inventario A del anexo 2 de la **Instrucción Consular Común**, relativo a misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con el visado para titulares de pasaportes diplomáticos y de servicio indonesios
DOUE L 61, 5.03.2009, p. 17

Legislación del Estado (*)

Segundo Cuatrimestre 2009

I. AGRICULTURA Y PESCA

EST-25 Real Decreto 972/2009, de 12 de junio. Se dispone la formación del *Censo Agrario* de 2009.

BOE núm. 143, de 13 junio 2009.

EST-26 Orden ARM/1647/2009, de 15 de junio. Se regula la *pesca* de especies altamente migratorias.

BOE núm. 150, de 22 junio 2009.

II. CULTURA

EST-27 Real Decreto 1305/2009, de 31 de julio. Se crea la *Red de Museos de España*.

BOE núm. 204, de 24 agosto 2009.

III. ECONOMÍA

EST-28 Real Decreto 716/2009, de 24 de abril. Se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del *mercado hipotecario* y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

BOE núm. 107, de 2 mayo 2009.

EST-29 Real Decreto 898/2009, de 22 de mayo. Se regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos, Plan 2000 E de apoyo a la *renovación del parque de vehículos*.

BOE núm. 125, de 23 mayo 2009.

(*) Sección preparada por Antonio JIMÉNEZ BLANCO. Comprende disposiciones generales publicadas en el BOE durante el 2º cuatrimestre de 2009.

EST-30 Orden EHA/1421/2009, de 1 de junio. Se desarrolla el artículo 82 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de *información relevante*.
BOE núm. 133, de 2 junio 2009.

EST-31 Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio. Sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las *entidades de crédito*.
BOE núm. 155, de 27 junio 2009.

EST-32 Ley 5/2009, de 29 de junio. Se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las *entidades de crédito* y el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, para la reforma del régimen de participaciones significativas en empresas de servicios de inversión, en entidades de crédito y en entidades aseguradoras.
BOE núm. 157, de 30 junio 2009.

EST-33 Ley 6/2009, de 3 de julio. Se modifica el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, para suprimir las funciones del Consorcio de Compensación de Seguros en relación con los seguros obligatorios de viajeros y del cazador y reducir el recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras, y el texto refundido de la Ley de *ordenación y supervisión de los seguros privados*, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.
BOE núm. 161, de 4 julio 2009.

IV. EDUCACIÓN E INVESTIGACIÓN

EST-34 Real Decreto 922/2009, de 29 de mayo. Se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las *becas y ayudas al estudio* del Ministerio de Educación para el curso 2009-2010.
BOE núm. 131, de 30 mayo 2009.

EST-35 Real Decreto 1014/2009, de 19 de junio. Se regula la concesión de excedencia temporal para personal investigador funcionario y estatutario que realice *actividades de investigación biomédica*, para el desarrollo de actividades en empresas de base tecnológica.
BOE núm. 155, de 27 junio 2009.

V. ENERGÍA

EST-36 Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril. Se adoptan determinadas *medidas en el sector energético* y se aprueba el bono social.
BOE núm. 111, de 7 mayo 2009.

EST-37 Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio. Se regula la *Oficina de Cambios de Suministrador*.
BOE núm. 149, de 20 junio 2009.

VI. EXTRANJEROS

EST-38 Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio. Se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre *derechos y libertades de los extranjeros en España* y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.
BOE núm. 177, de 23 julio 2009.

VII GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

EST-39 Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. Se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de *Contratos del Sector Público*.
BOE núm. 118, de 15 mayo 2009.

EST-40 Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. Se regula la memoria del *análisis de impacto normativo*.
BOE núm. 173, de 18 julio 2009.

VIII. HACIENDA

EST-41 Real Decreto-Ley 8/2009, de 12 de junio. Se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito, por importe total de 19.821,28 millones de euros, y se modifican determinados preceptos de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de *Impuestos Especiales*.
BOE núm. 143, de 13 junio 2009.

IX. MEDIO AMBIENTE

EST-42 Real Decreto 948/2009, de 5 de junio. Se determinan la composición, las funciones y las normas de funcionamiento del *Consejo Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad*.
BOE núm. 149, de 20 junio 2009.

X MINAS

EST-43 Real Decreto 975/2009, de 12 de junio. Sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por *actividades mineras*.
BOE núm. 143, de 13 junio 2009.

XI. SANIDAD

EST-44 Real Decreto 641/2009, de 17 de abril. Se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la *salud en el deporte*.
BOE núm. 112, de 8 mayo 2009.

EST-45 Ley 4/2009, de 15 de junio. De control de *precursores de drogas*.
BOE núm. 145, de 16 junio 2009.

EST-46 Real Decreto 1085/2009, de 3 de julio. Se aprueba el Reglamento sobre instalación y utilización de aparatos de rayos X con fines de *diagnóstico médico*.
BOE núm. 173, de 18 julio 2009.

EST-47 Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio. Se regula la disponibilidad de *medicamentos* en situaciones especiales.
BOE núm. 174, de 20 julio 2009.

XII. TELECOMUNICACIONES

EST-48 Ley 7/2009, de 3 de julio. De medidas urgentes en materia de *telecomunicaciones* (procedente del Real Decreto-Ley 1/2009, de 23 de febrero).
BOE núm. 161, de 4 julio 2009.

EST-49 Real Decreto-Ley de 11/2009, de 13 de agosto. Se regula, para las concesiones de ámbito estatal, la prestación del servicio de *televisión digital terrestre de pago* mediante acceso condicional.
BOE núm. 197, de 15 agosto 2009.

EST-50 Ley 8/2009, de 28 de agosto. De financiación de la *Corporación de Radio y Televisión Española*.
BOE núm. 210, de 31 agosto 2009.

XIII. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EST-51 Real Decreto 1223/2009, de 17 de julio. Se crea la Escuela de la *Inspección de Trabajo y Seguridad Social*.
BOE núm. 173, de 18 julio 2009.

EST-52 Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio. De medidas urgentes de *empleo* destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales.
BOE núm. 200, de 19 agosto 2009.

EST-53 Real Decreto-Ley 10/2009, de 13 de agosto. Se regula el programa temporal de *protección por desempleo e inserción*.
BOE núm. 197, de 15 agosto 2009.

XIV. TRÁFICO

EST-54 Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo. Se aprueba el Reglamento General de *Conductores*.
BOE núm. 138, de 8 junio 2009.

XV. TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

EST-55 Real Decreto 714/2009, de 24 de abril. Relativo a la seguridad de las aeronaves de terceros países que utilizan *aeropuertos* situados en territorio español.
BOE núm. 112, de 8 mayo 2009.

EST-56 Real Decreto 862/2009, de 14 de mayo. Se aprueban las normas técnicas de diseño y operación de aeródromos de uso

público y se regula la certificación de los *aeropuertos* de competencias del Estado.

BOE núm. 132, de 1 junio 2009.

EST-57 Real Decreto 973/2009, de 12 de junio. Se regulan las titulaciones profesionales de la *marina mercante*.

BOE núm. 159, de 2 julio 2009.

EST-58 Real Decreto 1084/2009, de 3 de julio. Se modifica el Real Decreto 1381/2002, de 20 de diciembre, de *instalaciones portuarias* de recepción de desechos generados por los buques y residuos de carga.

BOE núm. 173, de 18 julio 2009.

XVI. UNIÓN EUROPEA

EST-59 Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio. Se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de *ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea* y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

BOE núm. 177, de 23 julio 2009.

Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas (*)

I. AEROPUERTOS

CAT-8

Ley 14/2009, de 22 julio (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Ley de Aeropuertos y helipuertos.

BOE núm. 198, de 17 de agosto.

Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5430, de 28 de julio.

II. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

ARA-8

Ley 2/2009, de 11 mayo (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Del Presidente y del Gobierno de Aragón.

BOE núm. 137, de 6 de junio.

Boletín Oficial de Aragón núm. 93, de 19 de mayo.

III. ADMINISTRACIÓN LOCAL

CAS-13

Ley 8/2009, de 16 junio (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).

Transferencia de competencias entre la Comunidad Autónoma y las entidades locales de Castilla y León.

BOE núm. 163, de 7 de julio.

Boletín Oficial de Castilla y León, núm. 116, de 22 de junio.

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las Leyes de Ley de las Comunidades Autónomas publicadas en el BOE durante el segundo cuatrimestre de 2009 (V-VIII).

IV. AGROALIMENTACIÓN

EXT-1

CAT-9 Ley 4/2009, de 15 abril (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Normas reguladoras del Instituto de Investigación y Tecnología Agroalimentarias.

Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5365, de 23 de abril.

BOE núm. 121, de 19 de mayo.

V. CAJAS DE AHORRO

MAD-3

Ley 2/2009, de 23 junio (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid).

Modifica la Ley 4/2003, de 11 de junio, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid.

BOE núm. 208, de 28 de agosto.

Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 148, de 24 de junio.

VI. CORPORACIONES PROFESIONALES

VAL-5

Ley 5/2009, de 30 junio (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Creación del Colegio Oficial de Dietistas y Nutricionistas de la Comunitat Valenciana.

BOE núm. 177, de 23 de julio.

Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 6049, de 3 de julio.

NAV-4

Ley Foral 4/2009, de 30 abril (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).

Crea el Colegio Oficial de Educadoras y Educadores Sociales de Navarra.

BOE núm. 125, de 23 de mayo.

Boletín Oficial de Navarra núm. 57, de 11 de mayo.

VII. COOPERACIÓN AL DESARROLLO

CAN-5

Ley 4/2009, de 24 abril (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).

Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo.

BOE núm. 132, de 1 de junio.

Boletín Oficial de Canarias núm. 84, de 5 de mayo.

VIII. DERECHO FORAL

BAL-3

Ley 3/2009, de 27 abril (Presidencia de las Illes Balears).

Modifica Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento.

BOE núm. 121, de 19 de mayo.

Boletín Oficial des Illes Balears núm. 66, de 5 de mayo.

IX. EDUCACIÓN

CAT-10

Ley 12/2009, de 10 julio (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Ley de Educación de Cataluña.

BOE núm. 189, de 6 de agosto.

Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5422, de 16 de julio.

X. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

CAT-11

Ley 11/2009, de 6 julio (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Espectáculos públicos y las actividades recreativas de Cataluña.

BOE núm. 186, de 3 de agosto.

Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5419, de 13 de julio.

XI. ESTADÍSTICA

EXT-5

Ley 3/2009, de 22 junio (Presidencia de la Junta de Extremadura).

Creación del Instituto de Estadística de Extremadura

BOE núm. 165, de 9 de julio.

Diario Oficial de Extremadura núm. 120, de 24 de junio.

AST-4

Ley 2/2009, de 8 mayo (Presidencia del Principado de Asturias).

Plan Asturiano de Estadística 2009-2012.

BOE núm. 186, de 3 de agosto.

Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 109, de 13 de mayo.

XII. FUNCIÓN PÚBLICA

GAL-10 Ley 2/2009, de 23 junio (Presidencia de la Xunta de Galicia).
Modificación del texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo.
BOE núm. 168, de 13 de julio.
Diario Oficial de Galicia núm. 122, de 24 de junio.

AST-5 Ley 1/2009, de 8 mayo (Presidencia del Principado de Asturias).
Regula la incorporación de personal laboral fijo de carácter docente a los cuerpos de funcionarios docentes.
BOE núm. 186, de 3 de agosto.
Boletín Oficial del Principado de Asturias núm. 109, de 13 de mayo.

XIII. HACIENDAS AUTONÓMICA

CAT-12 Ley 8/2009, de 13 mayo (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Modificación de determinados preceptos relativos al interés de demora del texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña y de la Ley 15/2008, de presupuestos para 2009.
BOE núm. 138, de 8 de junio.
Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5380, de 15 de mayo.

CAT-13 Ley 7/2009, de 13 mayo (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Modificación de la Ley 14/2008 de la Oficina Antifraude de Cataluña.
BOE núm. 138, de 8 de junio.
Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5380, de 15 de mayo.

CAN-6 Ley 2/2009, de 3 abril (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).
Modificación del artículo 64 de la Ley 5/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2009.
BOE núm. 110, de 6 de mayo.
Boletín Oficial de Canarias núm. 72, de 16 de abril.

GAL-9 Ley 3/2009, de 23 junio (Presidencia de la Xunta de Galicia).
Modifica el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre.
BOE núm. 170, de 15 de julio.
Diario Oficial de Galicia núm. 126, de 30 de junio.

NAV-5 Ley Foral 7/2009, de 5 junio (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).
Regula la asignación tributaria del 0,7 por 100 que los contribuyentes de la Comunidad Foral destinan a otros fines de interés social.
BOE núm. 155, de 27 junio.
Boletín Oficial de Navarra núm. 73, de 15 de junio.

XIV INDUSTRIA

CAT-14 Ley 9/2009, de 30 junio (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Política Industrial de Cataluña.
BOE núm. 186, de 3 de agosto.
Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5417, de 9 de julio.

XV. INSTITUCIONES AUTONÓMICAS

CAT-15 Ley 2/2009, de 12 febrero (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Consejo de Garantías Estatutarias.
BOE núm. 74, de 27 de marzo.
Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5321, de 18 de febrero.

VAL-6 Ley 4/2009, de 5 mayo (Presidencia de la Generalitat Valenciana).
Reforma del artículo 5.4 de la Ley 11/1988, de 26 de diciembre, del Síndic de Greuges.
BOE núm. 133, de 2 de junio.
Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 6012, de 13 de mayo.

XVI. I+D+i

VAL-7 Ley 2/2009, de 14 abril (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Coordinación del Sistema Valenciano de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico.

BOE núm. 110, de 6 de mayo.

Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 5994, de 16 de abril.

RIO-4 Ley 3/2009, de 23 junio (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

Ley de Ciencia, la Tecnología y la Innovación de La Rioja.

BOE núm. 168, de 13 de julio.

Boletín Oficial de La Rioja núm. 81, de 1 de julio.

XVII. MATERNIDAD

VAL-8 Ley 6/2009, de 30 junio (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Protección a la Maternidad de Valencia.

BOE núm. 177, de 23 de julio.

Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 6049, de 3 de julio.

XVIII. MEDIACIÓN FAMILIAR

CAT-16 Ley 15/2009, de 22 julio (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Ley Mediación Derecho Privado.

BOE núm. 198, de 17 de agosto.

Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5432, de 30 de julio.

XIX. MEDIDAS ECONÓMICAS

CAN-7 Ley 6/2009, de 6 mayo (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).

Ley de medidas urgentes en materia de ordenación territorial para la dinamización sectorial.

BOE núm. 132, de 1 de junio.

Boletín Oficial de Canarias núm. 89, de 12 de mayo.

BAL-4 Ley 2/2009, de 19 marzo (Presidencia de las Illes Balears).
Normas reguladoras de rehabilitación y mejora de barrios de los municipios de las Illes Balears.
BOE núm. 121, de 19 de mayo.
Boletín Oficial des Illes Balears núm. 44, de 26 de marzo.

BAL-5 Ley 1/2009, de 25 febrero (Presidencia de las Illes Balears).
Medidas tributarias para impulsar la actividad económica.
BOE núm. 84, de 7 de abril.
Boletín Oficial des Illes Balears núm. 32, de 3 de marzo.

RIO-5 Ley 2/2009, de 23 junio (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).
Medidas urgentes de impulso a la actividad económica.
BOE núm. 168, de 13 de julio.
Boletín Oficial de La Rioja núm. 81, de 1 de julio.

XX.MEDIO AMBIENTE

CAN-8 Ley 3/2009, de 24 abril (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).
Ley de Agencia Canaria de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático.
BOE núm. 132, de 1 de junio.
Boletín Oficial de Canarias núm. 84, de 5 de mayo.

CAS-14 Ley 5/2009, de 4 junio (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).
Ley del Ruido de Castilla y León.
BOE núm. 162, de 6 de julio.
Boletín Oficial de Castilla y León, núm. 107, de 9 de junio.

CAT-17 Ley 6/2009, de 28 abril (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Ley de Evaluación Ambiental.
BOE núm. 123, de 21 de mayo.
Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5374, de 7 de mayo.

XXI. MEMORIA HISTÓRICA

CAT-18 Ley 10/2009, de 30 junio (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Localización e identificación de las personas desaparecidas durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, y la dignificación de las fosas comunes.

BOE núm. 186, de 3 de agosto.

Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5417, de 9 de julio.

XXII. MUSEOS

NAV-6 Ley 10/2009, de 2 julio (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).

Museos de Navarra.

BOE núm. 197, de 15 de agosto.

Boletín Oficial de Navarra núm. 88, de 17 de julio.

XXIII. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO

ARA-9 Ley 3/2009, de 17 de junio (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Urbanismo.

BOE núm. 170, de 15 de julio.

Boletín Oficial de Aragón núm. 124, de 30 de junio.

ARA-10 Ley 4/2009, de 22 de junio (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Ordenación del territorio.

BOE núm. 170, de 15 de julio.

Boletín Oficial de Aragón núm. 124, de 30 de junio.

CAN-9 Ley 7/2009, de 6 mayo (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).

Modificación del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias sobre declaración y ordenación de áreas urbanas en el litoral canario.

BOE núm. 132, de 1 de junio.

Boletín Oficial de Canarias núm. 89, de 12 de mayo.

DRC-5 Ley 2/2009, de 3 de julio (Presidencia de Cantabria).
Modificación de la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria.
BOE núm. 198, de 17 de agosto.
Boletín Oficial de Cantabria núm. 132, de 10 de julio.

CAT-19 Ley 3/2009, de 10 marzo (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Ley de regularización y mejora de urbanizaciones con déficits urbanísticos.
BOE núm. 86, de 8 de abril.
Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5342, de 19 marzo.

NAV-7 Ley Foral 6/2009, de 5 junio (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).
Medidas urgentes en materia de urbanismo y vivienda.
BOE núm. 155, de 27 junio.
Boletín Oficial de Navarra núm. 73, de 15 de junio.

XXIV. PATRIMONIO

NAV-8 Ley Foral 9/2009, de 18 junio (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).
Modifica el artículo 103 de la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra.
BOE núm. 166, de 10 de julio.
Boletín Oficial de Navarra núm. 79, de 19 de junio.

XXV. POLICÍAS AUTONÓMICAS

CAN-10 Ley 9/2009, de 16 julio (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).
Modificación de la Ley 2/2008, de 28 de mayo, del Cuerpo General de la Policía Canaria.
BOE núm. 185, de 1 de agosto.
Boletín Oficial de Canarias núm. 141, de 22 de julio.

NAV-9 Ley Foral 5/2009, de 29 mayo (Presidencia de la Comunidad Foral de Navarra).
Modifica la Ley Foral 8/2007, de 23 de marzo, de las Policías de Navarra.
BOE núm. 155, de 27 junio.
Boletín Oficial de Navarra núm. 70, de 8 de junio.

XXVI. PUBLICIDAD INSTITUCIONAL

CAS-15 Ley 4/2009, de 28 mayo (Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla y León).
Ley de Publicidad Institucional de Castilla y León.
BOE núm. 140, de 10 de junio.
Boletín Oficial de Castilla y León, núm. 100, de 29 de mayo.

XXVII. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

CAT-20 Ley 5/2009, de 28 abril (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).
Ley de Recursos contra las Calificaciones de Registradores de la Propiedad de Cataluña 2009.
BOE núm. 122, de 20 de mayo.
Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5374, de 7 de mayo.

XXVIII. SERVICIOS SOCIALES

ARA-11 Ley 5/2009, de 30 de junio (Presidencia de la Comunidad de Aragón).
Servicios Sociales.
BOE núm. 201, de 20 de agosto.
Boletín Oficial de Aragón núm. 132, de 10 de julio.

BAL-6 Ley 4/2009, de 11 de junio (Presidencia de las Illes Balears).
Servicios Sociales de las Illes Balears.
BOE núm. 163, de 7 de julio.
Boletín Oficial des Illes Balears núm. 89, de 18 de junio.

MAD-4 Ley 1/2009, de 15 junio (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid).
Creación de una Comisión Permanente no Legislativa para las Políticas Integrales de la Discapacidad.
BOE núm. 207, de 27 de agosto.
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid núm. 146, de 22 de junio.

XXIX. TRANSPORTE MARÍTIMO

CAN-11 Ley 8/2009, de 9 julio (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).

Modifica la Ley 12/2007, de 24 de abril, de Ordenación del Transporte Marítimo de Canarias.

BOE núm. 196, de 14 de agosto.

Boletín Oficial de Canarias núm. 142, de 23 de julio.

XXX. TURISMO

ARA-12 Ley 6/2009, de 6 de julio (Presidencia de la Comunidad de Aragón).

Centros de Ocio de Alta Capacidad de Aragón

BOE núm. 202, de 21 de agosto.

Boletín Oficial de Aragón núm. 137, de 17 de julio.

XXXI. UNIVERSIDADES

CAN-12 Ley 5/2009, de 24 abril (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Canarias).

Modifica la Ley 11/2003, de 4 de abril, sobre Consejos Sociales y Coordinación del Sistema Universitario de Canarias.

BOE núm. 132, de 1 de junio.

Boletín Oficial de Canarias núm. 84, de 5 de mayo.

XXXII. VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

VAL-9 Ley 3/2009, de 14 abril (Presidencia de la Generalitat Valenciana).

Modificación de la Ley 1/2004, de 24 de mayo, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.

BOE núm. 110, de 6 de mayo.

Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 5994, de 16 de abril.

XXXIII. VIVIENDA

CAT-21

 Ley 13/2009, de 22 julio (Presidencia de la Generalitat de Catalunya).

Normas reguladoras de Agencia de la Vivienda de Cataluña.

BOE núm. 198, de 17 de agosto.

Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 5430, de 28 de julio.

Disposiciones generales de la Junta de Andalucía (*)

I. ACCESIBILIDAD

AND-32 Decreto 293/2009, de 7 de julio (Consejería de la Presidencia).
Reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía.
BOJA núm. 140, de 21 de julio.

II. ACCIÓN EXTERIOR

AND-33 Decreto 276/2009, de 16 de junio (Consejería de la Presidencia).
Plan Anual de la Cooperación Andaluza.
BOJA núm. 129, de 6 de julio.

AND-34 Acuerdo de 29 de junio de 2009, de la Mesa del Parlamento de Andalucía, sobre normas por las que se regula la concesión de ayudas y subvenciones para actividades de cooperación y solidaridad con los países en vía de desarrollo.
BOJA núm. 131, de 8 de julio.

AND-35 Decreto 306/2009, de 21 de julio (Consejería de Gobernación).
Aprueba el Primer Plan Integral para los Andaluces y Andaluzas en el Mundo.
BOJA núm. 155, de 8 de agosto.

III. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

AND-36 Decreto 277/2009, de 16 de junio de 2009 (Consejería de Justicia y Administración Pública).

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las leyes y disposiciones generales más importantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el segundo cuatrimestre de 2009 (V-VIII).

Aprueba los Estatutos del Instituto Andaluz de Administración Pública.
BOJA núm. 131, de 8 de julio.

AND-37 Decreto 163/2009, de 19 de mayo (Consejería de la Presidencia).
Estructura Orgánica de la Consejería de la Presidencia.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-38 Decreto 164/2009, de 19 de mayo (Consejería de Gobernación).
Estructura orgánica de la Consejería de Gobernación.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-39 Decreto 165/2009, de 19 de mayo (Consejería de Economía y Hacienda).
Modifica el Decreto 116/2008, de 29 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-40 Decreto 166/2009, de 19 de mayo (Consejería de Educación).
Modifica el Decreto 121/2008, de 29 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Educación.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-41 Decreto 167/2009, de 19 de mayo (Consejería de Justicia y Administración Pública).
Estructura la estructura orgánica de la Consejería de Justicia y Administración Pública.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-42 Decreto 168/2009, de 19 de mayo (Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa).
Estructura orgánica de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-43 Decreto 169/2009, de 19 de mayo (Consejería de Obras Públicas y Transportes).
Estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Transportes.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-44 Decreto 170/2009, de 19 de mayo (Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo).

Estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo.

BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-45 Decreto 171/2009, de 19 de mayo (Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud).

Estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-46 Decreto 172/2009, de 19 de mayo (Consejería de Agricultura y Pesca).

Estructura Orgánica de la Consejería de Agricultura y Pesca.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-47 Decreto 173/2009, de 19 de mayo (Consejería de Turismo, Comercio y Deporte).

Modifica el Decreto 119/2008, de 29 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-48 Decreto 174 /2009, de 19 de mayo (Consejería para la Igualdad y Bienestar Social).

Estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-49 Decreto 175/2009, de 19 de mayo (Consejería de Cultura).

Modifica el Decreto 123/2008, de 29 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Cultura.
BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

AND-50 Decreto 176/2009, de 19 de mayo (Consejería de Medio Ambiente).

Modifica el Decreto 194/2008, de 6 de mayo, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente, y el Decreto 2/2009, de 7 de enero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Andaluza del Agua.

BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

IV. DEPORTE

AND-51 Decreto 311/2009, de 28 de julio (Consejería de Turismo, Comercio y Deporte).
Modifica el Decreto 86/1986, de 7 de mayo, por el que se crea el Centro de Investigación, Estudio, Documentación y Difusión del Deporte denominado UNISPORT, el Decreto 224/1999, de 9 de noviembre, por el que se crea el Centro Andaluz de Medicina del Deporte, y el Decreto 119/2008, de 29 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.
BOJA núm. 148, de 31 de julio.

V. EDUCACIÓN

AND-52 Decreto 149/2009, de 12 de mayo (Consejería de Educación).
Regula los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil.
BOJA núm. 92, de 15 de mayo.

AND-53 Decreto 287/2009, de 30 de junio (Consejería de la Presidencia).
Regula la prestación gratuita del servicio complementario de transporte escolar para el alumnado de los Centros docentes sostenidos con fondos públicos.
BOJA núm. 128, de 3 de julio.

AND-54 Decreto 288/2009, de 30 de junio (Consejería de Educación).
Crea escuelas infantiles de titularidad municipal en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
BOJA núm. 134, de 13 de julio.

AND-55 Decreto 301/2009, de 14 de julio (Consejería de Educación).
Regula el calendario y la jornada escolar en los centros docentes, a excepción de los universitarios.
BOJA núm. 139, de 20 de julio.

AND-56 Decreto 292/2009, de 7 de julio (Consejería de Educación).
Crea escuelas infantiles de titularidad distinta a la Junta de Andalucía.
BOJA núm. 140, de 21 de julio.

VI. EMPLEO

AND-57 Ley 3/2009, de 28 de mayo (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Aprueba el Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA).

BOJA núm. 117, de 19 de junio.

AND-58 Decreto 310/2009, de 28 de julio (Consejería de Gobernación).

Aprueba las bases reguladoras y se convoca para el ejercicio 2009 las subvenciones destinadas a financiar los préstamos concertados por las Diputaciones Provinciales andaluzas con entidades de crédito para la ejecución de proyectos de obras y servicios realizados por las Corporaciones Locales, en colaboración con el Servicio Público de Empleo Estatal y de acuerdo con el Programa de Fomento del Empleo Agrario.

BOJA núm. 148, de 31 de julio.

VII ENERGÍA

AND-59 Acuerdo de 21 de julio de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el de 26 de junio de 2007, por el que se crea la Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía (REDEJA).

BOJA núm. 150, de 4 de agosto.

VIII. HACIENDA PÚBLICA

AND-60 Decreto 99/2009, de 27 de abril (Consejería de Economía y Hacienda).

Regula los fondos de apoyo a las Pymes Agroalimentarias, Turísticas y Comerciales y de Industrias Culturales, y del Fondo para la Internacionalización de la Economía Andaluza.

BOJA núm. 85, de 6 de mayo.

AND-61 Decreto 264/2009, de 2 de junio (Consejería de Economía y Hacienda).

Autoriza la puesta en circulación de una o varias emisiones de Deuda Pública de la Junta de Andalucía, o la concertación de operaciones de endeudamiento, cualquiera que sea la forma en la que se documenten, tanto en opera-

ciones en el interior como en el exterior, por un importe máximo equivalente a mil doscientos dieciséis millones de euros.

BOJA núm. 109, de 9 de junio.

AND-62 Ley 4/2009, de 10 de junio (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Concesión de un crédito extraordinario para sufragar las subvenciones a adjudicar a las formaciones políticas por los gastos electorales causados por las Elecciones al Parlamento de Andalucía celebradas el día 9 de marzo de 2008. BOJA núm. 119, de 22 de junio.

IX. I+D+i

AND-63 Decreto 254/2009, de 26 de mayo (Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa).

Reglamento por el que se determina la clasificación y se regula el procedimiento para la acreditación y el Registro Electrónico de Agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento.

BOJA núm. 109, de 9 de junio.

XII. JUEGOS Y APUESTAS

AND-64 Decreto 280/2009, de 23 de junio (Consejería de Gobernación). Aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

BOJA núm. 134, de 13 de julio.

XIII. MEDIO AMBIENTE

AND-65 Acuerdo de 28 de julio de 2009, del Consejo de Gobierno, por el que se acuerda la formulación del Plan Director Territorial de Gestión de Residuos no Peligrosos de Andalucía 2010-2019.

BOJA núm. 168, de 28 de agosto.

XIV. MEMORIA HISTÓRICA

AND-66 Decreto 289/2009, de 30 de junio (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Modifica el Decreto 54/2005, de 22 de febrero, por el que se crea la figura de Comisario para la recuperación de la Memoria Histórica.
BOJA núm. 132, de 9 de julio.

XV. ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

AND-67 Decreto 259/2009, de 26 de mayo (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).

Modifica el Decreto 59/2006, de 14 de marzo, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio del Litoral de Granada.
BOJA núm. 110, de 10 de junio.

AND-68 Decreto 260/2009, de 26 de mayo (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).

Modifica el Decreto 88/2007, de 27 de marzo, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio del Campo de Gibraltar.
BOJA núm. 112, de 12 de junio.

AND-69 Decreto 261/2009, de 26 de mayo (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).

Modifica el Decreto 90/2007, de 27 de marzo, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de La Janda.
BOJA núm. 112, de 12 de junio.

AND-70 Decreto 262/2009, de 26 de mayo (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).

Modifica el Decreto 92/2007, de 27 de Acuerdo la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa Noroeste de la Provincia de Cádiz.
BOJA núm. 112, de 12 de junio.

AND-71 Decreto 267/2009, de 9 de junio (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).

Aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Sevilla y se crea su Comisión de Seguimiento.
BOJA núm. 132, de 9 de julio.

AND-72 Decreto 308/2009, de 21 de julio (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).

Aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Málaga y se crea su comisión de seguimiento.
BOJA núm. 142, de 23 de julio.

XVI. PATRIMONIO

AND-73

Ley 2/2009, de 2 de abril (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Autoriza la transmisión de la titularidad del inmueble denominado Palacio de los Condes de Buenavista, sito en Málaga.

BOJA núm. 103, de 1 de junio.

XVII. PESCA

AND-74

Decreto 124/2009, de 5 de mayo (Consejería de Agricultura y Pesca).

Regula la autorización de actividad de los centros de expedición y de depuración, así como la comercialización en origen de los moluscos bivalvos y otros invertebrados marinos vivos y se crea el Registro Oficial de Centros de Expedición y de Depuración de Andalucía.

BOJA núm. 95, de 20 de mayo.

XVIII. SANIDAD

AND-75

Decreto 307/2009, de 21 de julio (Consejería de Salud)

Define la actuación de las enfermeras y los enfermeros en el ámbito de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

BOJA núm. 151, de 5 de agosto.

XIX. UNIVERSIDADES

AND-76

Decreto 302/2009, de 14 de julio (Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa).

Autoriza la implantación de enseñanzas universitarias de Grado, Máster y Doctorado, se actualiza el catálogo de enseñanzas universitarias conducentes a la expedición por las Universidades Públicas de Andalucía de títulos oficiales, así como la estructura de los centros que las imparten y se fijan los precios públicos y tasas a satisfacer por la prestación de servicios académicos y administrativos universitarios para el curso 2009/2010.

BOJA núm. 138, de 17 de julio.

XX. VIVIENDA

AND-77

Decreto 266/2009, de 9 de junio (Consejería de Vivienda y Ordenación del Territorio).

Modifica el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012, aprobado por el Decreto 395/2008, de 24 de junio.

BOJA núm. 125, de 30 de junio.

ÍNDICE ANALÍTICO

Acceso público a los documentos del Tribunal, **UE-4230**

Acción exterior: **AND-35**

Acciones de información y de promoción de los productos agrícolas en el mercado interior y en terceros países, **UE-4272, UE-4292, UE-4490, UE-4509**

Acogida temporal por los Estados miembros de la Unión Europea de determinados palestinos, **UE-4631**

Actividades de Investigación Biomédica: **EST-35**

Actividades Mineras: **EST-43**

Acuerdo CE-Confederación Suiza que modifica el Acuerdo CE-Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas, **UE-4234**

Acuerdo CE-República Popular China sobre los precursores de drogas y las sustancias frecuentemente utilizados en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, **UE-4238**

Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, **UE-4468**

Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre Costa de Marfil, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, **UE-4471**

Acuerdo de Cooperación CE y sus Estados-Confederación Suiza luchar contra el fraude y cualquier otra actividad ilegal que afecte a sus intereses financieros, **UE-4208**

Acuerdo de cooperación entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y el Gobierno de la República de Kazajstán sobre los usos pacíficos de la energía nuclear, **UE-4474**

Acuerdo de Pesca para el Océano Índico Meridional, **UE-4313, UE-4466**

Acuerdo en forma de Canje de Notas CE-República de Belarús por el que se modifica el Acuerdo CE-República de Belarús sobre comercio de productos textiles, **UE-4233, UE-4469**

Acuerdo en forma de Canje de Notas CE-República de Chile acerca de la modificación del Acuerdo sobre el comercio de vinos, **UE-4235**

Acuerdo en forma de Canje de Notas CE-República de Cuba relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común, **UE-4232**

Acuerdo entre la Comunidad Europea y Australia sobre el comercio del vino **UE-4236**

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República de la India sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, **UE-4350, UE-4467**

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Nepal sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, **UE-4351**

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, **UE-4606**

Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Armenia sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, **UE-4352**

Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Pakistán sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, **UE-4353**

Acuerdo entre la Unión Europea y Georgia sobre el estatuto de la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia, **UE-4600**

Acuerdo entre la Unión Europea y la Federación de Rusia sobre la participación de la Federación de Rusia en la Operación Militar de la Unión Europea en la República del Chad y la República Centroafricana (Operación EUFOR Chad/RCA), **UE-4599**

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Croacia sobre la participación de la República de Croacia en la operación militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana (operación EUFOR Chad/RCA), **UE-4598**

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Croacia sobre la participación de la República de Croacia en la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO, **UE-4601**

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Somalia sobre el estatuto de la fuerza naval dirigida por la Unión Europea en la República de Somalia en el marco de la operación militar de la UE Atalanta, **UE-4603**

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Yibuti sobre el estatuto de la fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Yibuti en el marco de la operación militar de la Unión Europea Atalanta, **UE-4604**

Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre la participación de los Estados Unidos de América en la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo, EULEX KOSOVO, **UE-4602**

Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra, **UE-4470**

Adaptación al procedimiento de reglamentación con control, **UE-4217, UE-4218, UE-4219**

Aditivos alimentarios, **UE-4496**

Administración autonómica: **AND-37; AND-38; AND-39; AND-40; AND-41; AND-42; AND-43; AND-44; AND-45; AND-46; AND-47; AND-48; AND-49; AND-50**

Administración Local: **CAS-13**

Aeropuertos: **CAT-8**

Aeropuertos: **Est-55, Est-56**

- Agencia Canaria de Desarrollo Sostenible y Cambio Climático: **CAN-8**
- Agencia Ejecutiva en el Ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural, **UE-4581**
- Agencia Europea de Seguridad Aérea, **UE-4360**
- Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información, **UE-4527, UE-4559**
- Agencia Ferroviaria Europea, **UE-4362**
- Almacenamiento seguro del mercurio metálico que deje de utilizarse en la industria cloroalcalina, **UE-4553**
- Análisis de Impacto Normativo: **EST-40**
- Año Europeo de la Creatividad y la Innovación 2009, **UE-4587**
- Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (2010), **UE-4346**
- Aparato de control en el sector de los transportes por carretera, **UE-4365**
- Aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la Confederación Suiza, **UE-4663**
- Aplicación de las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable, **UE-4391**
- Aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, **UE-4340**
- Aplicación del artículo 81-3 CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea (consorcios), **UE-4367, UE-4392**
- Aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, **UE-4512, UE-4517**
- Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, **UE-4512**
- Aromas y determinados ingredientes alimentarios con propiedades aromatizantes utilizados en los alimentos, **UE-4497**
- Asignación a Somalia de recursos del 10º Fondo Europeo de Desarrollo, **UE-4473**
- Asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas, **UE-4435, UE-4478**
- Autorización al Director de Europol para que entable negociaciones sobre acuerdos con terceros Estados y organismos no relacionados con la UE, **UE-4665**
- Autorización de las actividades pesqueras de los buques pesqueros comunitarios fuera de las aguas comunitarias y al acceso de los buques de terceros países a las aguas comunitarias, **UE-4315**

Autorización de las ayudas estatales, **UE-4394, UE-4395, UE-4396, UE-4397, UE-4398, UE-4399, UE-4400, UE-4401, UE-4402, UE-4403, UE-4404, UE-4405, UE-4406, UE-4407, UE-4408, UE-4409, UE-4410, UE-4411, UE-4412, UE-4413, UE-4414, UE-4415, UE-4416, UE-4417, UE-4418, UE-4419, UE-4420, UE-4421, UE-4422, UE-4423, UE-4424, UE-4425, UE-4426**

Autorización de los organismos pagadores y otros órganos y a la liquidación de cuentas del FEAGA y del FEADER, **UE-4251**

Autorización permanente de un aditivo en la alimentación animal, **UE-4279, UE-4281**

Ayuda estatal C 9/07 (ex N 608/06) que España tiene previsto conceder, **UE-4393**

Ayuda para el almacenamiento privado de determinados productos agrícolas, **UE-4287**

Balance del sector de las instituciones financieras monetarias, **UE-4442**

Base de datos central de exclusión, **UE-4209**

Becas y Ayudas Al Estudio: **EST-34**

Cajas de Ahorros: **MAD-3**

Canje de Notas entre la Unión Europea y el Gobierno de Kenia sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, y detenidas por la fuerza naval EUNAVFOR dirigida por la Unión Europea, así como de las propiedades incautadas en posesión de EUNAVFOR, de EUNAVFOR a Kenia y con vistas a su trato después de la entrega, **UE-4605**

Censo Agrario: **Est-25**

Centros de Ocio: **ARA-12**

Certificados de exportación y a las restituciones por exportación de leche y productos lácteos, **UE-4298**

Ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea: **Est-59**

Clasificación, embalaje y etiquetado de las sustancias peligrosas, **UE-4517**

Clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, **UE-4493, UE-4498, UE-4514**

Clavel (*Dianthus caryophyllus* L., línea 123.8.12) modificado genéticamente para alterar el color de la flor, **UE-4525**

Código Aduanero Comunitario, **UE-4239**

Código comunitario de prácticas y tratamientos enológicos, **UE-4249, UE-4252**

Código comunitario sobre medicamentos veterinarios, **UE-4522**

Código de conducta para los sistemas informatizados de reserva, **UE-4366**

- Código Internacional de Conducta contra la Proliferación de Misiles Balísticos, **UE-4623**
- Comandante de la Fuerza de la Unión Europea para la operación militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y de robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta), **UE-4618**
- Comercialización de las semillas de determinadas especies de plantas forrajeras, oleaginosas y textiles, **UE-4302**
- Comercialización de materiales de multiplicación de frutales y de plantones de frutal destinados a la producción frutícola, **UE-4300**
- Comercio de determinados productos siderúrgicos CE-República de Kazajstán, **UE-4245**
- Comisión.- No oposición a una concentración notificada, **UE-4427, UE-4428, UE-4429, UE-4430, UE-4431, UE-4432, UE-4433, UE-4434**
- Comité de expertos sobre desplazamiento de trabajadores, **UE-4345**
- Comité de responsables europeos de reglamentación de valores, **UE-4227**
- Comité de supervisores bancarios europeos, **UE-4228**
- Comité europeo de supervisores de seguros y de pensiones de jubilación, **UE-4229**
- Composición y etiquetado de productos alimenticios apropiados para personas con intolerancia al gluten, **UE-4499**
- Comunicaciones sobre el reconocimiento de las organizaciones de productores, **UE-4337**
- Condiciones para los desplazamientos de animales dentro de una misma zona restringida, **UE-4284**
- Condiciones zoonositarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad, **UE-4260, UE-4270, UE-4296**
- Conductores: **Est-54**
- Consejo de Garantías Estatutarias: **CAT-15**
- Consejo Estatal Para El Patrimonio Natural y la Biodiversidad: **Est-42**
- Conservación de las aves silvestres, **UE-4537**
- Contratos Del Sector Público: **Est-39**
- Control de las concentraciones entre empresas, **UE-4378**
- Control físico de las exportaciones de productos agrícolas que se beneficien de una restitución o de otros importes, **UE-4269**
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, **UE-4644**
- Convenio de 20 de mayo de 1987 relativo a un régimen común de tránsito, **UE-4231**
- Convenio Internacional sobre la Armonización de los de los Controles de Mercancías en las Fronteras, **UE-4237**

Cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido, a fin de combatir el fraude fiscal vinculado a las operaciones intracomunitarias, **UE-4436**

Cooperación internacional al desarrollo: **CAN-;** **AND-33;** **AND-34**

Corporación de Radio y Televisión Española: **Est-50**

Corporaciones Profesionales: **VAL-5;** **NAV-4**

Correspondencia de las calificaciones de formación profesional entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas, **UE-4344**

Criterios aplicables a la exportación a terceros países de residuos radiactivos y combustible gastado, **UE-4552**

Criterios de calidad y a los informes de calidad para las estadísticas de balanza de pagos, **UE-4557**

Criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a determinados productos, **UE-4541,** **UE-4542**

Criterios específicos de pureza de los aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes, **UE-4523**

Criterios específicos de pureza en relación con los colorantes utilizados en los productos alimenticios, **UE-4515**

Cuentas anuales del Banco Central Europeo, **UE-4455**

Delimitación de las zonas de destino para las restituciones a las exacciones reguladoras por exportación en el sector de los cereales y del arroz, **UE-4288**

Denominación inscrita en el registro de especialidades tradicionales garantizadas, **UE-4588,** **UE-4591**

Denominaciones textiles, **UE-4518**

Deporte: **AND-51**

Derecho antidumping definitivo, **UE-4377,** **UE-4380** **UE-4381,** **UE-4383,** **UE-4386,** **UE-4388,** **UE-4389**

Derecho antidumping, **UE-4390**

Derecho compensatorio definitivo, **UE-4379,** **UE-4382,** **UE-4384,** **UE-4385,** **UE-4387**

Derechos y Libertades de los Extranjeros En España: **Est-38**

Derogación once Reglamentos obsoletos del sector de la política pesquera común, **UE-4336**

Determinados aspectos de los folletos y la publicidad, **UE-4348,** **UE-4489**

Diagnóstico Médico: **Est-46**

Directrices comunes respecto de las caras nacionales y la emisión de monedas en euros destinadas a la circulación, **UE-4465**

Directrices de buenas prácticas en materia de inspecciones de los aparatos de control realizadas con ocasión de controles en carretera o por talleres autorizados, **UE-4376**

Directrices estratégicas comunitarias de desarrollo rural (período de programación 2007–2013), **UE-4311**

Directrices para los sistemas de vigilancia zoonosanitaria basados en el riesgo, **UE-4306**

Discapacitados: **MAD-4; AND- 32**

Disposiciones especiales de aplicación del régimen de certificados de importación y de exportación en el sector de los cereales y del arroz, **UE-4275**

Disposiciones uniformes para la homologación de dispositivos catadióptricos para vehículos de motor y sus remolques, **UE-4503**

Disposiciones uniformes para la homologación de los dispositivos para el alumbrado de las placas de matrícula trasera de los vehículos a motor y sus remolques, **UE-4504**

Disposiciones uniformes relativas a la homologación de I. Dispositivos de acoplamiento corto (DAC) II, **UE-4492**

Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos eléctricos con batería en relación con los requisitos en materia de fabricación, seguridad de funcionamiento y emisiones de hidrógeno, **UE-4507**

Educación: **CAT-10; AND-52; AND-53; AND-54; AND-55; AND-56**

Eliminación de controles practicados en las fronteras de los Estados miembros en el transporte por carretera y por vía navegable, **UE-4358**

Emisión de billetes de banco denominados en euros, **UE-4452**

Empleo: **AND-57; AND-58**

Empleo: **Est-52**

Empresa común para la realización del sistema europeo de nueva generación para la gestión del tránsito aéreo (SESAR), **UE-4361**

Encuestas sobre la estructura de las explotaciones agrícolas y a la encuesta sobre los métodos de producción agrícola, **UE-4258**

Entidades de Crédito: **Est-31, Est-32**

Enzimas alimentarias, **UE-4495**

Equivalencias entre categorías de permisos de conducción, **UE-4374**

Especificaciones del módulo *ad hoc* de 2010 relativo a la conciliación de la vida laboral con la vida familiar, **UE-4566**

Especificaciones técnicas de interoperabilidad referentes a subsistemas del sistema ferroviario transeuropeo convencional, **UE-4375**

Espectáculos públicos: **CAT-11**

Estadística: **EXT-5; AST-4**

Estadísticas comunitarias de intercambios de bienes entre Estados miembros, **UE-4575**

Estadísticas comunitarias de la sociedad de la información, **UE-4556**

Estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo, **UE-4564**

Estadísticas coyunturales, adaptaciones como consecuencia de la revisión de las clasificaciones estadísticas NACE y CPA, **UE-4562**

Estadísticas de capturas nominales por los Estados miembros que faenan en determinadas zonas distintas de las del Atlántico Norte, **UE-4571**

Estadísticas de capturas nominales por parte de los Estados miembros que faenan en el Atlántico nororiental, **UE-4573**

Estadísticas de capturas y de la actividad pesquera por parte de los Estados miembros que faenan en el Atlántico noroccidental, **UE-4572**

Estadísticas estructurales de las empresas y las adaptaciones necesarias tras la revisión de la clasificación estadística de productos por actividades (CPA), **UE-4570**

Estadísticas estructurales de las empresas, en lo referente al uso del módulo flexible, **UE-4568, UE-4594**

Estadísticas ganaderas y de producción de carne, **UE-4257, UE-4563**

Estadísticas monetarias y de instituciones y mercados financieros, **UE-4464**

Estadísticas sobre activos y pasivos de las sociedades instrumentales dedicadas a operaciones de titulización, **UE-4567**

Estadísticas sobre energía, **UE-4560**

Estadísticas sobre residuos, en lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, **UE-4574**

Estadísticas trimestrales sobre vacantes de empleo en la Comunidad, **UE-4558, UE-4565**

Estatuto y la financiación de los partidos políticos a escala europea, **UE-4216**

Estrategia Europea de Seguridad, apoyo a las actividades de la UE para promover entre terceros países el proceso que conduzca a un tratado sobre el comercio de armas, **UE-4625**

Etiqueta ecológica comunitaria a determinados productos, **UE-4541, UE-4542**

Etiqueta ecológica comunitaria a los televisores, **UE-4551**

Etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios, en lo que respecta a las cantidades diarias recomendadas, los factores de conversión de la energía y las definiciones, **UE-4511**

Evaluación Ambiental: **CAT-17**

Exenciones que pueden concederse a las estadísticas sobre activos y pasivos de fondos de inversión, **UE-4457**

Exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, **UE-4656**

Exigencias de información estadística del Banco Central Europeo, **UE-4459**

Exportación a terceros países de residuos radiactivos y combustible gastado, **UE-4475**

Exportación de bienes culturales, **UE-4246**

Financiación de los costes comunes de las operaciones de la Unión Europea que tengan repercusiones en el ámbito militar o de la defensa (Athena), **UE-4624**

Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), **UE-4255, UE-4278**

Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, disposiciones relativas a la gestión financiera, **UE-4276**

Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, en lo que respecta a determinados proyectos generadores de ingresos, **UE-4526**

Formación de jueces y fiscales y del personal al servicio de la administración de justicia en la Unión Europea, **UE-4662**

Función Pública: **GAL-10; AST-5**

Fundación Europea de Formación, **UE-4580**

Garantías sanitarias para el transporte de équidos entre dos terceros países, **UE-4307**

Gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias, **UE-4368**

Gestión de las flotas pesqueras registradas en las regiones ultraperiféricas de la Comunidad, **UE-4325**

Gobierno de Aragón: **ARA-8**

Grupo de expertos de alto nivel sobre bibliotecas digitales, **UE-4579**

Grupo Europeo de Política de Clústers, **UE-4477**

Hacienda Autónoma: **CAT-12; GAL-9; NAV-5; AND-60; AND-61; AND-62**

Homologación de los vehículos de motor impulsados por hidrógeno, **UE-4506**

Homologación de tipo de los vehículos de motor en lo que concierne a su aptitud para la reutilización, el reciclado y la valorización, **UE-4516**

Homologación de vehículos en lo que se refiere a la protección de los peatones y otros usuarios vulnerables de la vía pública, **UE-4505**

I+D+i: **VAL-7; RIO-4; AND-63**

Identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección, **UE-4648**

Importación del lúpulo procedente de terceros países, **UE-4271**

Importaciones de productos ecológicos procedentes de terceros países, **UE-4261**

Impuestos Especiales: **Est-41**

Inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, **UE-4347**

Industria: **CAT-14**

Información Relevante: **Est-30**

Inscripción de determinadas denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, **UE-4589, UE-4590, UE-4592, UE-4593**

Inspección de Trabajo y Seguridad Social: **Est-51**

Instalaciones Portuarias: **Est-58**

Instituto Andaluz de Administración Pública: **AND-36**

Instituto de Investigación y Tecnología Agroalimentarias: **CAT-9**

Instrucción consular común, sobre el modo de cumplimentar la etiqueta de visado, **UE-4664**

Instrucción Consular Común, **UE-4666**

Instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema, **UE-4461, UE-4463**

Interferencias de radio (compatibilidad electromagnética) de los vehículos, **UE-4524**

Introducción del sistema de rotación en el Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo, aplazamiento, **UE-4448**

Juegos y Apuestas: **AND-64**

Legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera, **UE-4343, UE-4372**

Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, **UE-4646**

Límites de capturas de determinadas poblaciones de faneca noruega, merlán y eglefino, **UE-4324**

Lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica canónica, **UE-4544**

Lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina, **UE-4545**

Lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental, **UE-4547**

Lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica boreal, **UE-4548**

Lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica mediterránea, **UE-4549**

Lista actualizada de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica atlántica, **UE-4550**

Lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad, **UE-4359**

Lista de buques que practican la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada en el Atlántico Norte, **UE-4321**

Lista de organismos cuyos investigadores pueden acceder, con fines científicos, a datos confidenciales, **UE-4586**

Lista inicial de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica estépica, **UE-4543**

Lista inicial de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica del Mar Negro, **UE-4546**

Lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, **UE-4652**

Lucha contra el terrorismo, **UE-4653**

Lucha contra la delincuencia organizada, **UE-4650**

Mantenimiento de la aeronavegabilidad de las aeronaves y productos aeronáuticos, **UE-4356**

Marca comunitaria, **UE-4510**

Marco común para los registros de empresas utilizados con fines estadísticos, en lo que respecta al intercambio de datos confidenciales entre la Comisión (Eurostat) y los Estados miembros, **UE-4569, UE-4595**

Marco comunitario para la recopilación, gestión y uso de los datos del sector pesquero, **UE-4338**

Marco de las adquisiciones conjuntas del Eurosistema, **UE-4447**

Marina Mercante: **Est-57**

Materiales forestales de reproducción producidos en terceros países, equivalencia, **UE-4309**

Maternidad: **VAL-8**

Mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos de los Estados miembros, **UE-4441**

Mecanismo de respuesta rápida frente a la fuerte subida de los precios de los productos alimenticios en los países en desarrollo, **UE-4472**

Medallas y fichas similares a monedas de euro, **UE-4445, UE-4446**

Mediación familiar: **CAT-16**

Medicamentos: **Est-48**

Medidas de gestión adoptadas por la Comisión del Atún para el Océano Índico, **UE-4326**

Medidas de intervención en el mercado de la leche desnatada en polvo, **UE-4289**

Medidas de intervención en el mercado de la mantequilla, **UE-4286**

Medidas de protección contra la introducción en la Comunidad de organismos nocivos para los vegetales o productos vegetales, **UE-4304**

Medidas económicas: **CAN-7; BAL-4; BAL-5; RIO-5**

Medidas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), **UE-4642**

Medidas En El Sector Energético: **Est-36**

Medidas específicas de lucha contra el terrorismo, **UE-4630, UE-4637, UE-4653, UE-4661**

Medidas necesarias para el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales participantes, **UE-4450**

Medidas necesarias para el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales no participantes, **UE-4454**

Medidas necesarias para la contribución al valor acumulado de los recursos propios del Banco Central Europeo y para el ajuste de los activos de los bancos centrales nacionales equivalentes a las reservas exteriores, **UE-4453**

Medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación, **UE-4443**

Medidas necesarias para la protección del euro contra la falsificación a los Estados miembros que no han adoptado el euro como moneda única, **UE-4444**

Medidas para prevenir y detectar la manipulación de los datos de los tacógrafos, **UE-4371**

Medidas restrictivas adicionales contra Liberia, **UE-4608**

Medidas restrictivas contra determinados funcionarios de Belarús, **UE-4633**

Medidas restrictivas contra extremistas en la ex República Yugoslava de Macedonia (ERYM), **UE-4639**

Medidas restrictivas contra Irán, **UE-4609, UE-4616**

Medidas restrictivas contra la República Democrática del Congo, **UE-4636**

Medidas restrictivas contra Somalia, **UE-4640**

Medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, **UE-4661**

Medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Costa de Marfil, **UE-4610, UE-4634**

Medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, **UE-4611**

Medidas restrictivas específicas dirigidas contra personas que incurren en violación del embargo de armas en relación con la República Democrática del Congo, **UE-4615**

Medidas restrictivas respecto de los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova, **UE-4641**

Medidas restrictivas respecto de Uzbekistán, **UE-4613, UE-4632**

Medidas restrictivas respecto de Zimbabwe, **UE-4612, UE-4638**

Memorándum de cooperación entre la Organización de Aviación Civil Internacional y la Comunidad Europea, **UE-4355**

Memoria histórica: **CAT-18; AND-66**

- Mercado Hipotecario: **Est-28**
- Métodos de clasificación de las canales de cerdo en España, **UE-4310**
- Métodos de muestreo y análisis para el control oficial de los piensos, **UE-4293**
- Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EUBAM Rafah), **UE-4627**
- Misión de investigación internacional independiente sobre el conflicto de Georgia, **UE-4620**
- Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia, EUMM Georgia **UE-4629**
- Misión de Policía de la Unión Europea (MPUE) en Bosnia y Herzegovina, **UE-4619**
- Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN), **UE-4617**
- Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos, **UE-4628**
- Modelos comunitarios de clasificación de las canales de vacuno, porcino y ovino, **UE-4265**
- Modificación del Acuerdo de 16 de marzo de 2006 entre el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros que no forman parte de la zona del euro por el que se establecen los procedimientos de funcionamiento del mecanismo de tipos de cambio de la tercera fase de la unión económica y monetaria, **UE-4439**
- Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, **UE-4222**
- Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, **UE-4224**
- Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, **UE-4223, UE-4226**
- Modificación del Reglamento interno del Consejo, **UE-4221**
- Modificación del Reglamento relativo a la aplicación de las reservas mínimas, **UE-4440**
- Modificaciones de las instrucciones prácticas relativas a los recursos directos y a los recursos de casación, **UE-4225**
- Modificaciones de los términos de las autorizaciones de comercialización de medicamentos para uso humano y medicamentos veterinarios, **UE-4480**
- Movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea, **UE-4212, UE-4213**
- Movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, **UE-4211**
- Movilización del Instrumento de Flexibilidad, **UE-4214**
- Museos: **NAV-6**
- Nivel mínimo de formación en las profesiones marítimas, **UE-4369**

Normas comunes de comercialización para las conservas de sardinas, **UE-4334**

Normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, **UE-4357**

Normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares, **UE-4635**

Normas de aplicación de la política comunitaria de flotas pesqueras, **UE-4318**

Normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas, **UE-4539**

Normas de comercialización del aceite de oliva, **UE-4256, UE-4295**

Normas de comercialización en el sector de las frutas y hortalizas, **UE-4264**

Normas internacionales de contabilidad, **UE-4479, UE-4483, UE-4484, UE-4485, UE-4486, UE-4487, UE-4500, UE-4501, UE-4502**

Normas mínimas para la protección de cerdos, **UE-4305**

Normas mínimas para la protección de terneros, **UE-4303**

Normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, **UE-4649**

Oficina Antifraude de Cataluña: **CAT-13**

Oficina de Cambios de Suministrador: **Est-37**

Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, a la prevención y a la represión de los actos de piratería y el robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta), **UE-4621, UE-4626**

Ordenación del territorio: **ARA-10; CAN-9; AND-67; AND-68; AND-69; AND-70; AND-71; AND-72**

Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: **Est-33**

Organización común de mercado de los forrajes desecados, **UE-4297**

Organización común del mercado vitivinícola, **UE-4274**

Participación de los bancos centrales nacionales en la clave para la suscripción del capital del Banco Central Europeo, **UE-4449**

Patrimonio autonómico: **NAV-8; AND-73**

Pesca: **AND-74**

Pesca: **Est-26**

Pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores, **UE-4513**

Plan a largo plazo para las poblaciones de bacalao y las pesquerías que las explotan, **UE-4333**

Plan plurianual para las poblaciones de arenque distribuidas al oeste de Escocia y para las pesquerías de estas poblaciones, **UE-4331**

Policías autonómicas: **CAN-10; NAV-9**

Posibilidades de pesca de determinadas poblaciones de peces de aguas profundas por parte de los buques pesqueros comunitarios, **UE-4335**

Posibilidades de pesca y las condiciones asociadas aplicables en el Mar Báltico a determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces, **UE-4332**

Posibilidades de pesca y las condiciones correspondientes para determinadas poblaciones de peces aplicables en el Mar Negro, **UE-4322**

Posición Común sobre Iraq, **UE-4643**

Precusores de Drogas: **Est-45**

Preferencias comerciales autónomas para la República de Moldova, **UE-4242**

Prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior, **UE-4519**

Prescripciones uniformes relativas a la homologación de los sistemas de alarma para vehículos y de los vehículos de motor por lo que respecta a sus sistemas de alarma, **UE-4491**

Presupuestos: **CAN-6**

Prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiiformes transmisibles, **UE-4280, UE-4282, UE-4299**

Procedimiento comunitario que garantice la transparencia de los precios aplicables a los consumidores industriales finales de gas y de electricidad, **UE-4577**

Procedimiento de autorización común para los aditivos, las enzimas y los aromas alimentarios, **UE-4494**

Procedimientos y condiciones de la puesta en venta de cereales en poder de los organismos pagadores o de los organismos de intervención, **UE-4285**

Producción y etiquetado de los productos ecológicos, **UE-4266, UE-4530**

Productos cosméticos, **UE-4521**

Programa «Europa con los ciudadanos» para el período 2007-2013, **UE-4596**

Programa «La juventud en acción» para el período 2007-2013, **UE-4585**

Programa comunitario plurianual coordinado de control para destinado a garantizar el respeto de los límites máximos de residuos de plaguicidas en los alimentos de origen vegetal y animal, **UE-4259**

Programa comunitario plurianual sobre la protección de los niños en el uso de Internet y de otras tecnologías de la comunicación, **UE-4555**

Programa Cultura (2007-2013), **UE-4582**

Programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente, **UE-4584**

Programa de acción Erasmus Mundus 2009-2013, **UE-4583**

Programa de estabilidad actualizado de España (2008-2011), **UE-4458**

Programa específico de control e inspección con miras a la recuperación de las poblaciones de atún rojo del Atlántico oriental y el Mediterráneo, **UE-4339**

Programa para Modernizar las Estadísticas Empresariales y Comerciales Europeas (programa MEETS), **UE-4578**

Programas nacionales de erradicación, control y vigilancia de determinadas enfermedades animales y zoonosis cofinanciados por la Comunidad, **UE-4308**

Programas nacionales de reestructuración para el sector del algodón, **UE-4254**

Prohibición de la exportación de mercurio metálico y ciertos compuestos y mezclas de mercurio y al almacenamiento seguro de mercurio metálico, **UE-4532**

Prohibición de la pesca de bacalao por los buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4319**

Prohibición de la pesca de brótola por los buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4328**

Prohibición de la pesca de carbonero por los buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4329**

Prohibición de la pesca de fletán negro por los buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4323**

Prohibición de la pesca de lenguado común por los buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4320**

Prohibición de la pesca de mielga o galludo por los buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4330**

Prohibición de la pesca de sable negro por los buques que enarbolan pabellón de España, **UE-4327**

Prohibición de utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias β -agonistas en la cría de ganado, **UE-4301**

Prórroga de medidas restrictivas contra Zimbabwe, **UE-4622**

Protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, **UE-4655**

Protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, **UE-4520**

Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, **UE-4341**

Protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, **UE-4538**

Protección por Desempleo e Inserción: **Est-53**

Protocolo relativo a la gestión integrada de las zonas costeras del Mediterráneo, **UE-4529**

Protocolo sobre evaluación estratégica del medio ambiente de la Convención sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, **UE-4528**

Pruebas de la llegada a destino de las exportaciones al margen de cuota en el sector del azúcar, **UE-4294**

Publicidad Institucional: **CAS-15**

Reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, **UE-4657**

Reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, **UE-4651**

Reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, **UE-4654**

Recopilación de datos relativos al euro y sobre el funcionamiento del Sistema de Información sobre la Moneda, **UE-4460**

Recopilación y gestión de los datos básicos sobre pesca, **UE-4317**

Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía: **AND-59**

Red de Museos de España: **Est-27**

Red de puntos de contacto en contra de la corrupción, **UE-4658**

Red Judicial Europea, **UE-4659**

Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas, **UE-4220**

Régimen común aplicable a las importaciones de algunos productos textiles originarios de países terceros, **UE-4244**

Régimen común aplicable a las importaciones, **UE-4247**

Régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, inclusión de las actividades de aviación en él, **UE-4540**

Régimen comunitario de control de las exportaciones de productos y tecnología de doble uso, **UE-4241**

Régimen general de los impuestos especiales, **UE-4437**

Régimen jurídico de la contabilidad y la información financiera en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, **UE-4462**

Regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común, **UE-4250, UE-4268, UE-4277**

Regímenes de ayuda y utilización de las tierras retiradas de la producción con vistas a la obtención de materias primas, **UE-4253**

Registro de la propiedad: **CAT-20**

Registro de las rentas en las explotaciones agrícolas, **UE-4267**

Registro y la transmisión electrónicos de las actividades pesqueras y sobre los medios de teledetección, **UE-4316**

Registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), **UE-4508**

Reglamento de adquisiciones del Banco Central Europeo, **UE-4456**

Reglamento único para las OCM, modificación, **UE-4273**

Renovación del Parque de Vehículos: **Est-29**

Requisitos de certificación para la comercialización y la importación en la Comunidad de animales de la acuicultura y productos derivados y se establece una lista de especies portadoras, **UE-4482**

Requisitos de certificación para la importación de productos de la pesca, moluscos bivalvos, equinodermos, tunicados y gasterópodos marinos vivos destinados al consumo humano, **UE-4481**

Requisitos de diseño ecológico aplicables a los descodificadores simples, **UE-4533**

Requisitos de diseño ecológico aplicables al consumo de energía eléctrica en los modos «preparado» y «desactivado» de los equipos eléctricos y electrónicos domésticos y de oficina, **UE-4488**

Requisitos de diseño ecológico para lámparas de uso doméstico no direccionales, **UE-4534**

Requisitos de diseño ecológico para lámparas fluorescentes sin balastos integrados, para lámparas de descarga de alta intensidad y para balastos y luminarias que puedan funcionar con dichas lámparas, **UE-4535**

Requisitos para la atribución y utilización coordinadas de los códigos de interrogador en modo S para el cielo único europeo, **UE-4367-bis**

Residuos, **UE-4536**

Residuos: **AND-65**

Restituciones a la exportación para determinados productos agrícolas, **UE-4262**

Restituciones por exportación para determinados productos lácteos, **UE-4290, UE-4291**

Restricciones específicas aplicables a las relaciones económicas y financieras con Iraq, **UE-4614**

Ruido: **CAS-14**

Salud en el Deporte: **Est-44**

Sanidad: **AND-75**

Seguridad de los ferrocarriles comunitarios, **UE-4370**

Servicios de enlace de datos para el cielo único europeo, **UE-4363**

Servicios Sociales: **ARA-11; BAL-6**

Síndic de Greuges: **VAL-6**

Sistema común del impuesto sobre el valor añadido, a fin de combatir el fraude fiscal vinculado a las operaciones intracomunitarias, **UE-4438**

Sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, **UE-4314**

Sistema de alerta rápida para uso de los ordenadores de la Comisión y de las agencias ejecutivas, **UE-4215**

Sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, **UE-4243**

Sistema de contabilidad y control de materiales nucleares por los operadores de instalaciones nucleares, **UE-4476**

Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), **UE-4645, UE-4660**

Sistema de Información de Visados (VIS) en el marco del Código de Fronteras Schengen, **UE-4647**

Sistema de licencias FLEGT aplicable a las importaciones de madera en la Comunidad Europea, **UE-4240**

Sistema de preferencias arancelarias generalizadas, **UE-4248**

Sistema de recursos propios de las Comunidades, **UE-4210**

Sistema normalizado y garantizado de registros, **UE-4531**

Sistemas automáticos de intercambio de datos de vuelo que dan soporte a los servicios de enlace de datos, **UE-4364**

Sistemas de garantía de depósitos, en lo que respecta al nivel de cobertura y al plazo de pago, **UE-4349**

Sucesiones: **BAL-3**

Supervisor Europeo de Protección de Datos y al Supervisor Adjunto, **UE-4597**

Tasas aeroportuarias, **UE-4373**

Telecomunicaciones: **Est-48**

Televisión Digital Terrestre de Pago: **Est-49**

Tipología comunitaria de las explotaciones agrícolas, **UE-4263**

Trabajo a través de empresas de trabajo temporal, **UE-4342**

Transferencias de las participaciones del capital del Banco Central Europeo entre los bancos centrales nacionales y del ajuste del desembolso del capital, **UE-4451**

Transmisión a la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas de las informaciones amparadas por el secreto estadístico, **UE-4561, UE-4576**

Transporte Marítimo: **CAN-11**

Tratamiento de los documentos de las misiones civiles de gestión de crisis y las operaciones militares de la UE, **UE-4607**

Universidades: **CAN-12; AND-76**

Urbanismo: **ARA-9; DRC-5; CAT-19; NAV-7**

Uso de determinados términos tradicionales en las etiquetas de los vinos importados de los Estados Unidos de América, **UE-4283**

Utilización de sustancias antimicrobianas para eliminar la contaminación microbiana de las canales de aves de corral, **UE-4312**

Validez de las medidas transitorias relativas a antiguos alimentos, **UE-4554**

Víctimas del Terrorismo: **VAL-9**

Vivienda: **CAT-21; AND-77**

Zona Europea Común de Aviación (ZECA), **UE-4354**

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES*

El Proyecto de ley reguladora del derecho de acceso a la vivienda

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA. III. INSTRUMENTOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANDALUZAS

I. INTRODUCCIÓN

El BOPA núm. 258 de 16 de junio de 2009 publica el texto del Proyecto de ley presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía reguladora del *derecho de acceso a la vivienda en esta Comunidad Autónoma*. Con la norma proyectada se pretende cumplir las pautas que imponen el art. 47 de la Constitución y el 25 del Estatuto de Autonomía.

Este derecho es, quizá, uno de los más paradigmáticos de los tradicionalmente denominados derechos sociales, por cuanto recoge una aspiración básica de cualquier persona, cuya naturaleza jurídica tanto se ha discutido y cuya configuración jurídica presenta tan grandes dificultades, como se desprende de la regulación que acomete el Parlamento de Andalucía a propuesta del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. Con independencia de planteamientos políticos de corto alcance y del juicio que el proyecto y seguramente el texto definitivo puedan recibir desde perspectivas ajenas a la jurídica, como por ejemplo la económica, no cabe sino encomiar el empeño del Gobierno andaluz. Además de un derecho, el de la vivienda es un grave problema para cuya solución nuestro ordenamiento jurídico cuenta con los poderes públicos de una manera muy particular (art. 47 CE, art. 25 EA, art. 37. 1. 22 EA etc... a los que se sumará esta Ley en su momento). Al margen, por tanto, de medidas ya conocidas cuya eficacia no parece haber sido satisfactoria, desde una perspectiva estrictamente lógica, la configuración

* Esta Sección ha sido realizada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ

de este derecho en términos de hacerlo viable en el ámbito del tráfico jurídico, no hay duda, que debe considerarse una prioridad y es, por ello, que podemos ver con complacencia esta iniciativa legislativa. Otra cosa es que el empeño sea más o menos dificultoso en el plano jurídico o que vaya a ser verdaderamente útil desde una perspectiva social.

Con independencia de las consideraciones que se hará a lo largo de estas páginas, desde estos momentos introductorios conviene no perder de vista algo que a pesar de ser obvio se olvida con demasiada frecuencia: los textos legales por si solos no resuelven los problemas, sobre todo si se trata de carencias que vienen marcadas por la necesidad. Un buen texto, naturalmente ayuda, pero conviene no excederse en las expectativas pues estos excesos llaman a la autocomplacencia que, si puede servir para la fácil propaganda, generan frustración que de ordinario viene a recaer sobre quienes ya de por si están golpeados por otras carencias y dificultades. Bienvenido el texto, pero sabiendo que sin los recursos necesarios, sin una auténtica voluntad política y sin un entorno económico que lo favorezca, con él solo, habremos andado muy poco. Y eso en el caso de que efectivamente hayamos dado con un buen texto favorecedor de una acción administrativa eficaz y solidaria.

El presente trabajo se orienta a alertar sobre algunas dificultades que la regulación –muy difícil, más allá de proclamas populistas– que este derecho plantea con el ánimo de colaborar a su solución y a la interpretación de lo que, en definitiva, resulte de la tramitación parlamentaria. Nos tememos que la realidad que se impone quede muy distante no solo del populismo fácil que quiere ver en este derecho la satisfacción de una necesidad sin contraprestación, aunque nadie seriamente pueda mantener semejante propuesta, sino que posiblemente también queden fuera situaciones dignas de protección en sí pero para las que no siempre existen los recursos suficientes. La Ley que se proyecta es en ese sentido un impulso a la acción administrativa en el ámbito de la vivienda a la que se ordena y dota de instrumentos que pueden ser válidos, aunque naturalmente también pueden presentar aspectos discutibles y contraproducentes. Tal vez esta norma, cuando llegue a entrar en vigor sea lo más que en el marco político económico en que nos movemos se pueda hacer por *el derecho a una vivienda*, en el bien entendido de que no está claro que este sea el entorno más adecuado para satisfacer esta necesidad, pues es obvio que para ello no hacen tanta falta derechos como viviendas y que éstas estén al alcance de todos, porque para todos existan las suficientes oportunidades de desarrollo individual económico y social. Desde esta perspectiva la Ley, y bienvenida sea, puesto que no parece que haya otra cosa, es un remedio parcial a un problema que no se sabe muy bien como afrontar.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA

El objeto de la Ley que se proyecta es *desarrollar en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía el derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna y adecuada del que son titulares las personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía en las condiciones establecidas en la misma.*

Para la Ley proyectada la primera referencia a la hora de formular el derecho a la vivienda es la determinación de su titular, que concreta en las personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Ley andaluza será pues más generosa que la Constitución que restringe el derecho a los españoles (art. 47). No hay duda de lo acertado del precepto que, yendo más allá del texto constitucional, conecta con lo más profundo del sentido del derecho que se configura: la necesidad de una vivienda digna para el adecuado desarrollo de la persona no puede estar condicionada por la circunstancia de una nacionalidad u otra. El texto constitucional parece establecer una limitación cautelosa y comprensible desde una perspectiva de la incidencia de las futuras regulaciones en las cargas públicas y en las diversas políticas sociales, pero no hay duda que desde una óptica más reducida y en el marco de unas determinadas políticas sociales se debe ampliar ese círculo de titulares de forma que alcance a todos los vecinos, por tanto, sin que sea exigible la nacionalidad española que, en este caso, se convertiría en una circunstancia discriminatoria (art. 2 del proyecto). Creo que no se puede reprochar nada al texto del proyecto desde este punto de vista. En una situación de inmigración como la que vivimos, la carencia de vivienda adecuada es un problema individual y social al margen de la nacionalidad de quienes lo padecen y sus consecuencias negativas gravan sobre el conjunto de la sociedad. Por otro lado, la necesaria integración social de los inmigrantes pasa por la solución de este problema.

Por tanto, vecindad administrativa en Andalucía y proscripción de la discriminación, subrayándose de modo especial la existente entre hombres y mujeres son las notas más sustantivas definitorias de la titularidad de este derecho. Su claridad es evidente y sobre lo dicho no hace falta más comentario. Sin embargo, a partir de aquí empiezan las dificultades. Éstas hacen su aparición en el párrafo segundo del art. 2: *el derecho comporta la satisfacción de las necesidades habitacionales de sus titulares y de quienes con ellos convivan.* Una consideración crítica plantea de inmediato ¿Qué derechos tienen los que conviven con los titulares? ¿son titulares, a su vez, del derecho a la vivienda los que conviven con los titulares? ¿Por qué unos conviven con los titulares y otros

son titulares? ¿por qué no son titulares del derecho a la vivienda los que conviven con los titulares, si son personas físicas y tienen la vecindad administrativa en Andalucía? ¿cómo acceden éstos a la condición de titulares del derecho a la vivienda? Creo que aquí hay algunas dificultades de formulación que convendría precisar.

En este orden de cosas hay también algo más inquietante y es el artículo 5 que condiciona el acceso a la vivienda a que *se acredite que se está en situación económica para llevar una vida independiente con suficiente grado de autonomía*, así resulta que sólo tendrán derecho a acceder a una vivienda digna quien tengan una mínima capacidad económica con lo que estamos ante la clásica pescadilla que se muerde la cola: habrá personas que podrían llevar una vida independiente si no gravase sobre ellos el peso económico de la vivienda. Es como si, para ser atendido en un hospital público, hubiera que acreditar que antes de encontrarse mal se gozaba de buena salud. Se desprende de aquí la extraña sensación de que sólo tienen derecho a una vivienda quienes de alguna manera puedan pagarla. Todo esto recuerda la publicidad que predica el derecho de todos a Internet, que nadie discute a quienes pagan la correspondiente suscripción.

Desde la perspectiva del objeto el proyecto procura una aproximación al concepto de necesidad habitacional a la que se pretende subvenir mediante una solución que posibilite una vida independiente y autónoma y se favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 2. 2). A tal efecto se entenderá por vivienda digna la que como mínimo reúna los siguientes requisitos:

a) Que se trate de una edificación fija y estable, constituyendo a efectos registrales una finca independiente; b) Que sea accesible: particularmente las destinadas a titulares con necesidades especiales; c) Que sea una vivienda de calidad en los términos de calidad que se recogen en el artículo 3.

Ese artículo define la calidad de las viviendas a que se tiene derecho por referencia tres fuentes que, en principio, son razonables: los estándares que se establezcan en la legislación urbanística, los criterios establecidos por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, o normativa que lo sustituya y la potestad reglamentaria de la Administración que determinará los niveles de calidad y los parámetros mínimos exigibles a las viviendas que se construyan en Andalucía. Se trata de ejercicio de potestad reglamentaria de carácter ejecutivo por lo que su contenido deberá reflejar los empeños de esta Ley, aunque forzoso es reconocer

que será difícil un control de su ejercicio desde los criterios señalados, al menos en algunas ocasiones.

Los requisitos acogidos bajo las letras a y b son de naturaleza muy diferente y merecen una valoración muy diferente también. El primero de ellos es un requisito de carácter formal, bienvenido en principio, pero que poco dice frente a una necesidad de carácter material como la que se pretende satisfacer. El segundo, me parece mucho más interesante porque introduce un importante factor de relatividad: es cierto que restringido exclusivamente a *necesidades especiales*. Bueno es que se considere esas necesidades que parecen apuntar a exigencias de movilidad, pues creo que la construcción del derecho que se pretende ha de apoyarse más en la metodología que con este requisito se insinúa. Aquí está, en mi opinión la gran carencia del proyecto: no mira tanto a las necesidades sentidas que parecen presuponerse, cuanto a la mecánica de adjudicación para prevenir situaciones fraudulentas. Por ello temo que el proyecto se deja condicionar por pretendidos criterios objetivos que pueden terminar por convertirse en obstáculos frente a quienes de verdad sienten la necesidad. En ese sentido creo que los requisitos de acceso que se contienen en el art. 5 pueden ser muy objetivos, pero no menos frustrantes de lo que se desea: la satisfacción de la necesidad. Así:

a) Carecer de unos ingresos económicos que, computados conjuntamente en su caso con los de su unidad familiar, les permitan acceder a una vivienda del mercado libre en el correspondiente municipio.

b) Contar con tres años de vecindad administrativa en el municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía donde se solicite la inscripción en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida. A estos efectos los municipios podrán, motivadamente, exigir un período de empadronamiento menor al establecido en este apartado. Todo ello, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el mundo.

c) No ser titulares del pleno dominio de alguna otra vivienda protegida o libre o estar en posesión de la misma en virtud de un derecho real de goce o disfrute vitalicio.

d) Acreditar que se está en situación económica de llevar una vida independiente con el suficiente grado de autonomía.

e) Estar inscritas en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida, regulado en el artículo 16.

No puede afirmarse seriamente que ninguno de estos requisitos sea irracional o carente de fundamento, aunque puedan ser matizables en su formulación y alcance; por el contrario, todos responden a cautelas necesarias, pero parece que miran más a la evitación del fraude –objetivo razonable– que a la explicitación de la necesidad, si exceptuamos el primero –con matizaciones que no son del caso– y con el agravante del apartado d) ya comentado que puede tener un efecto restrictivo no deseable. La configuración del derecho queda, de esta forma desvinculada de la necesidad. La necesidad de vivienda sólo es un presupuesto para la exigencia de un derecho si se dan determinadas circunstancias que no son por sí expresivas de ésta.

Acaso no se pueda ir mucho más lejos de lo que apunta el texto del Proyecto. Y en tal caso, afirmando, como no puede ser de otra manera la imperiosa necesidad de una vivienda digna, no nos queda más remedio que reconocer humildemente la imposibilidad de articular un derecho a ella como solución. Estas páginas no pretenden en absoluto la descalificación del texto proyectado. Estimando cuanto de loable tiene este esfuerzo, creo que queda claro que no se puede hablar de que en él se configure un verdadero derecho pues, además de lo expuesto es preciso cuestionarse: ¿a que tienen derecho los titulares del derecho a una vivienda digna? ¿Qué pueden exigir ante un órgano judicial?

Con sentido realista el art. 24 del Proyecto rubricado *protección jurisdiccional de los derechos* faculta en su párrafo primero a los titulares de los derechos con arreglo a las condiciones del art.5 *a exigir de las Administraciones públicas el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho a la vivienda digna y adecuada en los términos de la presente Ley*. Son estas últimas palabras la clave de lo exigible y, por tanto, del auténtico contenido del derecho de referencia. Que no parece cifrarse lisa y llanamente en una vivienda.

No dudo de la corrección del precepto, pero no hay duda de que se mueve en un ámbito muy estrecho que no se compadece con la expectativa que levanta la consagración de un derecho como el que se alude. Posiblemente quienes se encuentren en situación de carencia agradecerían una respuesta más generosa que la solución de emergencia para casos extremos que se prevé los alojamientos transitorios de personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma.

El mismo art. 24 en su apartado 2 ofrece un nivel de concreción en sí mismo estimable, pero también insuficiente si el objetivo es una vivienda digna para quien realmente la necesita. En efecto, de acuerdo con el referido

texto, quienes acrediten un interés legítimo, transcurrido el plazo establecido en la disposición final segunda de esta Ley (dos años desde su entrada en vigor), podrán reclamar ante la correspondiente Administración municipal el cumplimiento del deber de aprobar el Plan Municipal de vivienda y Suelo y promover activamente la ejecución de la programación prevista en el mismo en el caso de que éste se haya aprobado. De nuevo bienvenida la medida, pero que lejos queda de poder reclamar una vivienda.

Hablar de un derecho a una vivienda digna, por tanto, no es posible si por ello entendemos la exigibilidad, sin más de una prestación consistente en el acceso, sin más a una vivienda. No obstante, esta constatación no puede justificar un juicio negativo sobre la globalidad del proyecto. Las determinaciones que se hacen en torno a este derecho constituyen el apoyo necesario para articular una normativa que marca unas pautas claras en relación con la política de la vivienda que ha de producirse a través de los correspondientes instrumentos que regula la Ley.

III INSTRUMENTOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANDALUZAS

Tal vez el contenido más sustantivo y realista de la Ley sea la articulación en su Título II de una serie de medidas tendentes a hacer efectivo el derecho a la vivienda –léase a resolver el problema– de quienes pueden pagarla y de quienes no pueden, obviamente teniendo muy presentes a estos últimos. De estos mecanismos y su correcto funcionamiento dependerá el nivel de accesibilidad a la vivienda en esta Comunidad Autónoma. En lo fundamental se prevén dos tipos de medidas. De un lado, las que se denominan *ayudas públicas y otras medidas de fomento* que enumera el art. 9 con carácter enunciativo puesto que expresamente se admiten cualesquiera otras que se estimen convenientes y que deberán ser recogidas por los planes de la vivienda y suelo que la Ley agrupa en dos grandes grupos: las modalidades de ayudas para la vivienda protegida y las medidas para favorecer el acceso a la vivienda libre y la mejora del parque residencial.

De otra parte y junto a éstas, la Ley prevé otras medidas que se articulan a partir de diversos instrumentos de planeamiento y tomando como base el urbanístico. A este respecto el art. 10. 2 establece:

El Plan General de Ordenación Urbanística, de acuerdo con la normativa en materia de ordenación del territorio y urbanismo y los instrumentos de ordenación terri-

torial, contendrá las determinaciones de ordenación, gestión y ejecución que sean precisas para cubrir las necesidades de vivienda establecidas en los planes municipales de vivienda y suelo.

Para ello, entre otras determinaciones, clasificará suelo suficiente con uso residencial para su desarrollo y ejecución a corto y medio plazo y establecerá, en relación a las reservas de suelo con destino a vivienda protegida, la edificabilidad destinada a tal fin en cada área o sector con uso residencial, las previsiones de programación y gestión de la ejecución de los ámbitos y, en los suelos con ordenación detallada, su localización concreta, plazos de inicio y terminación de las actuaciones. Asimismo, establecerá las acciones de rehabilitación que favorezcan la revitalización de los tejidos residenciales y la recuperación del patrimonio construido, así como la eliminación de las situaciones de infravivienda existentes.

Sobre ello se da entrada a lo que parecen ser las figuras centrales en el sistema de articulación de políticas de vivienda que establece la Ley: los planes de vivienda y suelo en su doble nivel autonómico y local:

El primero –Plan Andaluz de la Vivienda y del suelo– será elaborado por la Administración autonómica y aprobado por el Consejo de Gobierno, debiendo ser oída la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación con los siguientes contenidos mínimos:

a) Un análisis y evolución del sector de la vivienda en Andalucía, con expresión de los resultados habidos en los planes precedentes.

b) Los objetivos y prioridades en materia de vivienda protegida y suelo, así como su distribución territorial.

c) La definición de las distintas actuaciones públicas en materia de vivienda, suelo y rehabilitación.

d) La previsión de financiación y modalidades de ayudas autonómicas que correspondan, así como la gestión de las ayudas estatales.

e) Las condiciones de acceso a las actuaciones protegidas en materia de vivienda, suelo y rehabilitación que se recogen en el Plan.

f) Las medidas complementarias que resulten necesarias para alcanzar los objetivos contemplados en el Plan.

g) Las medidas para el seguimiento y aplicación del Plan.

El Plan deberá ser revisado, al menos, cada cinco años, sin perjuicio de su posible prórroga.

Por su parte los ayuntamientos elaborarán y aprobarán sus correspondientes planes municipales de vivienda y suelo. La elaboración y aprobación de dichos planes se realizará de forma coordinada con el planeamiento urbanístico general, manteniendo la necesaria coherencia con lo establecido en el Plan Andaluz de Vivienda y Suelo.

Los planes municipales de vivienda y suelo deberán ser revisados, como mínimo, cada cinco años, sin perjuicio de su posible prórroga, o cuando precisen su adecuación al Plan Autonómico de Vivienda y Suelo. Su contenido tal como establece el art. 13 de Proyecto deberá ser:

a) La determinación de las necesidades de vivienda de las familias residentes en el municipio, al objeto de concretarlas viviendas protegidas que se deben promover.

b) Las propuestas de viviendas de promoción pública y su localización.

c) Los alojamientos transitorios que se consideren necesarios y la determinación de los equipamientos que se deben reservar a tal fin.

d) Las propuestas de actuaciones dirigidas a fomentar la conservación, mantenimiento y rehabilitación del parque de viviendas.

e) Las medidas tendentes a la progresiva eliminación de la infravivienda.

f) Las propuestas de cuantificación y localización de las viviendas protegidas, en sus diferentes programas.

g) El establecimiento de los procedimientos de adjudicación.

h) Las medidas necesarias para el seguimiento y aplicación del Plan.

i) Las restantes medidas y ayudas que se consideren necesarias para garantizar la efectividad del derecho a una vivienda digna y adecuada.

La norma intenta, además, perfilar los principales aspectos técnicos de unos planes que deberán ser aprobados por los propios municipios y remitidos a la Consejería competente en materia de vivienda en los siguientes términos:

Los planes municipales de vivienda y suelo se adecuarán a las características específicas del municipio e incluirán una programación temporal de las actuaciones que resulten necesarias para satisfacer las necesidades de vivienda en su correspondiente municipio. El planeamiento urbanístico municipal se realizará en coherencia con el contenido de los planes municipales de vivienda y suelo.

Los planes municipales de vivienda y suelo deberán incorporar los estudios, informes y demás documentación que permita la motivación suficiente de cada uno de los contenidos mínimos a que hace referencia el apartado 2.

Las necesidades municipales de vivienda se determinarán teniendo en cuenta los datos contenidos en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida.

Con ello se da entrada a la última de las piezas claves del mecanismo de articulación de la política de vivienda en Andalucía: el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida, al que se dedica el art. 16 y se considera como el instrumento básico para la determinación de las personas solicitantes de la vivienda protegida. Su regulación se remite al desarrollo reglamentario. Se impone a los Ayuntamientos la obligación de crear y a mantener el Registro de manera permanente, en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

El sistema se cierra con la previsión de Actuaciones supramunicipales e intermunicipales y de reservas de suelo para viviendas y un Título dedicado a regular la conservación, mantenimiento y rehabilitación de las viviendas.

Para concluir puede afirmarse que el proyecto si, como es de esperar llega a feliz término, habrá dotado a las Administraciones competentes en materia de vivienda en Andalucía de una serie de instrumentos que bien desarrollados y aplicados contribuirán a ampliar la oferta de viviendas protegidas en nuestra Comunidad Autónoma. Quizá el único reproche que se pueda hacer, con independencia de su coste, es que tardará tiempo en estar a pleno funcionamiento y, de momento supondrá aumento de gastos y complicación de gestión y, aunque de aquí no van a salir viviendas para todos, esperemos que se concrete en un sistema equitativo de ayudas.

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma

I. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ORDEN de 12 de mayo de 2009, de modificación de la de 31 de octubre de 2007, por la que se determina la jornada y el horario en el ámbito de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el calendario laboral y se establece para el ejercicio 2009 el calendario laboral.

BOLETÍN número 101 de 28/05/2009

II FUNCIÓN PÚBLICA

ORDEN de 27 de abril de 2009, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Consejería de Empleo, en cumplimiento de las Sentencias que se citan.

BOLETÍN número 90 de 13/05/2009

ORDEN de 27 de abril de 2009, 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 Economía y Hacienda.

BOLETÍN número 97 de 22/05/2009

DECRETO 157/2009, de 12 de mayo, 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.

BOLETÍN número 105 de 03/06/2009

DECRETO 158/2009, de 12 de mayo, 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.

BOLETÍN número 105 de 03/06/2009

DECRETO 159/2009, de 12 de mayo, 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 Cultura y al Patronato de la Alhambra y el Generalife.

BOLETÍN número 105 de 03/06/2009

DECRETO 160/2009, de 12 de mayo, por el que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente al Instituto Andaluz de la Juventud.

BOLETÍN número 105 de 03/06/2009

DECRETO 161/2009, de 12 de mayo, 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 para la Igualdad y Bienestar Social.

BOLETÍN número 105 de 03/06/2009

DECRETO 162/2009, de 12 de mayo, 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 Salud y al Servicio Andaluz de Salud.

BOLETÍN número 105 de 03/06/2009

DECRETO 251/2009, de 19 de mayo, por el que se modifica parcialmente la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, correspondiente al Consejo Consultivo de Andalucía.

BOLETÍN número 112 de 12/06/2009

DECRETO 252/2009, de 19 de mayo, 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.

BOLETÍN número 112 de 12/06/2009

ORDEN de 25 de mayo de 2009, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente al Servicio Andaluz de Empleo, en cumplimiento de la sentencia que se cita.

BOLETÍN número 122 de 25/06/2009

ORDEN de 29 de mayo de 2009, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente al Instituto Andaluz de Investigación y Formación

Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción Ecológica, en cumplimiento de la sentencia que se cita.

BOLETÍN número 122 de 25/06/2009

ORDEN de 3 de junio de 2009, por la que se modifica parcialmente la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía correspondiente a la Agencia Andaluza del Agua, en cumplimiento de la sentencia que se cita.

BOLETÍN número 122 de 25/06/2009

III. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

ORDEN de 20 de abril de 2009, por la que se modifica la de 31 de julio de 1991, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Empresa Pública de Suelo de Andalucía.

BOLETÍN número 83 de 04/05/2009

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, España, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

ALTZELAI, Igone, *Hacia una Administración descentralizada para la defensa de la competencia en España*, "R.V.A.P." núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp.15–57. *Vid. (6)*.

ENOCH, Alberti, *El nuevo Consejo de garantías Estatutarias del Estatuto de Autonomía de Cataluña como instrumento de garantía de los derechos*, "R.V.A.P." núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp. 15–26.

Este estudio explica los orígenes y los motivos que condujeron a la adopción de este sistema de control previo por parte del Estatuto Catalán y cuestiona su legitimidad constitucional a la luz del recurso de inconstitucionalidad presentado ante Tribunal Constitucional explorando al propio tiempo los requerimientos de carácter institucional necesarios para que el Consejo pueda ejercer adecuadamente sus funciones, especialmente en lo que atañe a la garantía de independencia de sus miembros y la emisión de dictámenes de carácter vinculante. Estos últimos plantean, en su opinión, problemas pero éstos *no alcanzan la legitimidad de la previsión de este mecanismo de control*.

CARTABIA, Marta, *La Unión Europea y los derechos fundamentales: 50 años después*, "R.V.A.P." núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp. 85–102.

PLA BOIX, Ana M., *El régimen lingüístico de la provincia canadiense del Nuevo Brunswick*, "R.V.A.P." núm. 82 (I), septiembre–diciembre 2008, pp. 159–185.

OVEJERO PUENTE, Ana María, *La elaboración de los proyectos del Ley del Gobierno*, "R.V.A.P." núm. 82 (I), septiembre–diciembre 2008, pp. 125–158.

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA. En esta ocasión damos cuenta del número 37 de la *Revista Catalana de Dret Públic* que el lector puede consultar íntegramente en www.eapc.cat/rcdp En la Revista los estudios aparecen con un amplio resumen en castellano, inglés y catalán que no tendría sentido repetir aquí. Sólo destacaremos aquellos estudios que, a nuestro humilde entender, tengan un interés especial basándonos en sus *abstrac*. Del mismo modo, la RVAP dentro de un proceso de renovación y mejora de su calidad incluye resumen de sus estudios que nos servirán de base para su recensión.

Destacamos especialmente este trabajo que aporta ideas personales en el contexto de un páramo hastial creativo y de guías telefónicas en el que falta lo que mi Maestro, el Prof. PÉREZ MORENO, denomina la “tercera dimensión”. OVEJERO PUENTE demuestra tener cabeza de jurista y nos ofrece un agudo análisis pleno de “tercera dimensión”. Este estudio reflexiona sobre la conveniencia de una regulación de las fases prelegislativas que permitan canalizar las fuerzas políticas confluyentes, clarificar las competencias y responsabilidades y ofrecer espacios ciertos para la interlocución con la sociedad durante las fases prelegislativas de elaboración de la Ley. Cree OVEJERO PUENTE que los proyectos de Ley son el paradigma y la esencia de la dirección política del gobierno y se realizan en el ejercicio de la competencia constitucional inmediata del Gobierno del art. 97 de la CE. Por ello todos los actos parciales a través de los cuales se elabora el texto del anteproyecto son “actos de gobierno” y conllevan elementos de decisión y de dirección política. La autora considera que la ordenación de un proceso interno en el seno del Administración y del Gobierno para la elaboración de los anteproyectos de Ley, puede tener algunos beneficios: produce una mayor calidad en la técnica legislativa, una clarificación de las competencias de los órganos intervinientes y por tanto una mejor y mas eficaz determinación de las responsabilidades de los distintos actores intervinientes. En supuestos de gobiernos de coalición ayudaría a establecer responsabilidades políticas de los partidos coaligados. OVEJERO PUENTE considera que sería muy útil para los diputados conocer a qué *lobby* ha recibido el ministerio proponente y cuales han sido sus propuestas. O elementos puramente formales, como la obligación de apertura de un trámite de alegaciones públicas. De esta forma, a su juicio, se completarían las normas de naturaleza competencial de elaboración de los textos que establece la LOFAGE. Este procedimiento de producción normativa implicaría la posibilidad de control jurisdiccional sobre la forma excluyendo el control sobre el contenido como núcleo de poder político del ejecutivo democrático del que responde políticamente. El trabajo incluye una amplia bibliografía. Consideramos acertado el enfoque y las propuestas que pretenden la regulación de la realidad. Si existen los lobbies el derecho debe regularlos e introducir transparencia. Esta existe en buena medida en la Unión Europea donde las sugerencias y presiones dejan rastro escrito y accesible en Internet. Creemos igualmente que la evolución de la Ley en los últimos tiempos degradada y reglamentista –no es infrecuente la elevación a Ley de preceptos reglamentarios (el Reglamento de Planeamiento o el de Gestión urbanística ha sido convertido en el Ley por el legislador autonómico), exige una mutación del procedimiento de elaboración de anteproyectos en la línea sugerida por OVEJERO PUENTE que no es otra que el clásico procedimiento de elaboración de disposiciones generales. Quizás habría que enriquecer este esquema con las técnicas existentes en el derecho norteamericano estudiadas certeramente por LAVILLA RUBIRA en su libro hoy ya clásico *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*”, Civitas, 1991.

URIARTE TORRALDAI, Roberto, *Notas sobre la admisibilidad constitucional de las consultas populares de ámbito autonómico*, “R.V.A.P.” núm. 82 (I), septiembre–diciembre 2008, pp. 227–260.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo, *Repensando el Estado democrático*, "RCDP" núm. 37, 2008, 2ª época, diciembre pp. 21-73.

Cree el autor que, a pesar del recurrente comentario sobre la crisis de los partidos, siguen constituyendo el mecanismo asociativo más adecuado para canalizar la pluralidad política de la sociedad y para estructurar democráticamente los órganos de poder político del Estado. De aquí la necesidad de seguir profundizando en la democratización interna de los partidos y en la plena vigencia en el interior de los mismos de los derechos constitucionales de sus afiliados, ya que constituyen el momento inicial del proceso de participación política democrática. En este sentido, la LO de partidos políticos de 2002 supone sólo un avance mínimo con respecto a la legislación anterior y un desarrollo muy limitado de lo dispuesto en la Constitución. Cree que sigue faltando un desarrollo más detallado de aspectos centrales de la democracia interna como puede ser la forma de elección de los órganos ejecutivos del partido en la que el artículo se decanta claramente por las primarias abiertas. En cuanto a los derechos de los afiliados, el autor propugna el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales en el interior de los partidos, especialmente en el plano procedimental, los consagrados en los artículos 24 y 25 de la Constitución. En el trabajo que recensamos se recoge la jurisprudencia existente en la materia, desde la del Tribunal Constitucional hasta la de las Audiencias Provinciales.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

GARCÍA GARCÍA, María Jesús *La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria*, "RCDP" núm. 37, 2008, 2ª época, diciembre pp. 417-460.

En este trabajo la autora considera que la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es un valor que la Constitución promueve a lo largo de su articulado de una forma diferente en función del ámbito público al que se refiere y a la forma de participación prevista para el mismo. Todos los ámbitos funcionales de lo público tienen reconocida en el texto constitucional una forma de participación ciudadana, que en sus manifestaciones más intensas implican el ejercicio directo de la soberanía por parte de los ciudadanos y el reconocimiento de un derecho fundamental a participar en los asuntos públicos que se manifiesta en intervenciones muy concretas tales como la iniciativa legislativa popular, algunas modalidades de referéndum o el régimen del concejo abierto, amparadas en el artículo 23 de la Constitución.

Pero la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos no se agota sólo en estas formas de democracia directa, Son los mecanismos de la democracia partici-

pativa que permiten a los poderes públicos contar con la intervención de los ciudadanos otorgando una legitimidad democrática a sus decisiones. Esta modalidad de participación se manifiesta especialmente en el ámbito administrativo y tiene su máximo exponente en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias, procedimiento con relación al cual el artículo 105 de la Constitución garantiza la audiencia de los ciudadanos. Y sobre la base de este principio constitucional el legislador ha previsto otras formas de participación inscritas en el marco de la democracia participativa, aunque no concretadas expresamente en la Constitución. En estas coordenadas han de inscribirse nuevos cauces de participación tendentes a legitimar las decisiones de la Administración o a dotarlas de ciertas garantías de acierto y oportunidad, tales como la iniciativa popular reglamentaria, que complementa los cauces de participación expresamente previstos en la Constitución al tiempo que busca implicar a los administrados en la gestión pública. Precisamente es objeto de este trabajo analizar todas estas formas de participación referidas a un aspecto concreto de la actividad administrativa como es la elaboración de normas de carácter reglamentario por su alcance general y su vocación de permanencia. La autora estudia en especial: 1) La configuración legal de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales (la competencia para establecer el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentaria y las garantías procedimentales mínimas de la participación ciudadana: el trámite de audiencia a los ciudadanos y la información pública; 2) Nuevas formas de participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: la iniciativa popular reglamentaria (fundamento y naturaleza jurídica; sujetos legitimados para ejercer el derecho a la iniciativa reglamentaria; objeto de la iniciativa reglamentaria, procedimiento y efectos de la iniciativa reglamentaria).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español*, "RCDP" núm. 37, 2008, 2ª época, diciembre pp. 223-245.

El artículo analiza sintéticamente la práctica de la participación del ciudadano en las funciones administrativas que ha tenido lugar en España durante los treinta años de experiencia constitucional. Repasa las diferentes modalidades de participación reconocidas en los textos normativos, incluso constitucionales y estatutarios, y señala a grandes rasgos cómo se han desarrollado en la realidad. El resultado apunta a un modelo de participación controlado y dirigido desde el poder político, cada vez más concentrado, que favorece a los llamados *agentes sociales* y a algunas asociaciones y entidades representativas de intereses o a sus dirigentes, pero que deja mucho que desear desde el punto de vista de la participación real y efectiva del ciudadano de a pie. A ello se une una práctica propagandística y sesgada de la información que se transmite a la ciudadanía desde los Gobiernos y Administraciones Públicas y un déficit de garantías de la información libre y veraz: Treinta años de experiencia constitucional y numerosas experiencias personales llevan al autor a la cautela y al escepticismo pues lo que viene constatando cada vez con más claridad SÁNCHEZ MORÓN es la desviación partido-

crática, tan grave, que sufre nuestro sistema en la realidad. Y el escaso interés o la falta de voluntad real y de decisión de nuestros gobernantes para cambiar esta tendencia. Finalmente, en el estudio recensionado se señalan algunas propuestas para corregir la tendencia observada, desde el escepticismo del predominio casi absoluto de los partidos políticos en nuestra vida institucional. Entre estas propuestas destacamos: 1) La regulación de la participación debe avanzar sustancialmente en aquellos casos en que permite la intervención de cualquier ciudadano sin otra cualificación y generar mayor transparencia en la actividad administrativa. A tal efecto deben aprovecharse con decisión las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y las telecomunicaciones. Para empezar, convendría regular con mayor precisión (y generosidad democrática) los documentos que deben publicarse obligatoriamente en las páginas web de las Administraciones Públicas, incluyendo todo tipo de informes y estudios elaborados por aquéllas en materia de su competencia, salvo rigurosa y justificada excepción, inclusive si los resultados son críticos o desfavorables para el gobierno de turno. De otro lado, deberían practicarse con mayor asiduidad los foros o *blogs* de participación y fórmulas similares; 2) Para SÁNCHEZ MORÓN, la creación de órganos de participación con representantes de asociaciones o entidades sociales debe plantearse con cuidado, para evitar incrementar sin motivo real la organización administrativa y crear cotos privilegiados y cerrados de relación. Más aún, sería muy conveniente revisar la continuidad de muchos de los órganos de participación que hoy existen y que son innecesarios o carecen de toda trascendencia. Las leyes, del Estado y de las Comunidades Autónomas, deberían obligar a someter a evaluación periódica la actividad de estos órganos, para determinar cuál es su actividad real, cuál su influencia en las decisiones y, por tanto, los que están justificados y los que no lo están. 3) Cree el autor que sería conveniente facilitar la realización de consultas populares sobre asuntos de especial trascendencia pero relativos a la política cotidiana de las diferentes Administraciones Públicas. En su opinión debería atribuirse al referéndum el significado de un mecanismo más habitual de participación, en vez de lo que hoy es, un expediente plebiscitario sobre los complejos y espinosos problemas que afectan a la organización territorial del Estado. El referéndum sobre asuntos de tanta trascendencia y cada vez más difíciles de comprender por el ciudadano corriente no hace sino desprestigiar esa institución como fórmula de participación ciudadana. No es de extrañar, pues, la escasísima participación en los últimos *referendums* autonómicos de Cataluña y Andalucía. Sin embargo, debería recuperarse o desarrollarse la práctica del *referéndum* en la esfera local y, por qué no, en el trámite de aprobación de otras leyes importantes y de gran trascendencia social (leyes sobre derechos individuales, por ejemplo), que son los casos habituales en otras latitudes y en los que aquí ningún gobernante parece dispuesto a contar con la opinión de los ciudadanos directamente expresada.

RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J., *Minorías, nacionalidades y minorías nacionales. La problemática aplicación en España del Convenio Marco para la Protección de la Minorías Nacionales del Consejo de Europa*, , “R.V.A.P.” núm. 82 (I), septiembre–diciembre 2008, pp. 187–226.

LABACA ZABALA, M^a Lourdes, *La tutela, protección y promoción del factor religioso en euskadi*, R.V.A.P.” núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp. 57–98.

Este estudio analiza el desarrollo de la legislación sobre el factor religioso en Euskadi. La asunción de competencias legislativas y de ejecución por parte de esta comunidad no ha supuesto que se haya ocupado de forma directa del factor religioso. No obstante, se ha legislado distintas cuestiones que guardan relación con los derechos que derivan del derecho fundamental a la libertad religiosa (educación, sanidad, medios de comunicación, uniones de hecho, régimen fiscal, asistencia religiosa, servicios funerarios, urbanismo y lugares de culto), pero siempre de forma transversal. Para la autora esta escasez contrasta con la llegada en los últimos años de inmigrantes de otras culturas que requieren y demandan propuestas que permitan el ejercicio efectivo de sus derechos culturales religiosos. Cree LABACA ZABALA que es el momento en el que se debe comenzar a tener en consideración la nueva conformación social y desarrollar una legislación específica que tenga en consideración el factor religioso-cultural de la nueva sociedad cumpliendo así el mandato del art. 9 CE cuando ordena hacer real y efectivos los derechos y libertades de los ciudadanos.

BUSTOS GISBERT, Rafael, *Tribunal constitucional, Tribunal Supremo y Comité de los Derechos humanos: ¿un diálogo constitucional de sordos a propósito del art. 14. 5 PIDCP? Un melodrama con presumible final feliz*, “R.V.A.P.” núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp. 49–84.

FOSSAS ESPADALER, Enric, «*Cosa interpretada*» en *derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional*, “R.V.A.P.” núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp. 165–181.

Del estudio de diversos pronunciamientos del TC el autor concluye que éste ha asumido el efecto de cosa interpretada y ha admitido su vinculación a la jurisprudencia del TEDH para establecer el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades de la CE que coinciden con los del CEDH. El Tribunal ha precisado que dicha vinculación se refiere a la concreción del contenido de los derechos del CEDH que el TC ha de reconocer como contenido esencial o contenido mínimo de los derechos fundamentales del CE.

FRÉMONT, Jaques, *Derechos fundamentales en el sistema constitucional canadiense: entre la Carta constitucional y los códigos provinciales*, “R.V.A.P.” núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp. 181–196.

LAZO VITORIA, Ximena, *Los contratos sobre defensa y seguridad en el mercado europeo*, “R.V.A.P.” núm. 82 (I), septiembre–diciembre 2008, pp. 99–124.

En este trabajo se analizan las condiciones que legitiman la aplicación de la excepción contemplada en el artículo 296 del TCEE respecto de los contratos públicos cele-

brados en los sectores de defensa y seguridad pública a la luz de la jurisprudencia del TJCEE. También se estudian los nuevos instrumentos aprobados por Agencia Europea de la Defensa de la Comisión Europea para procurar avanzar hacia un verdadero mercado europeo en esta materia. Cree LAZO VITORIA que la aplicación que los Estados Miembros han venido efectuando del artículo 296 del Tratado, al amparar la mayor parte de los contratos celebrados ha perdido su virtualidad de excepción para devenir en regla general. El autor considera esperable que la propuesta de directiva impulsada por la Comisión Europea sirva para reconducir, al menos en parte, el curso de las cosas. El trabajo culmina con una selecta bibliografía.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

LABACA ZABALA, M^a Lourdes, *La tutela, protección y promoción del factor religioso en euskadi*, R.V.A.P." núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp. 57–98. *Vid.* (3).

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

MARINAS SUÁREZ, Dunia, *Los talibanes en Luxemburgo: sanciones inteligentes y derechos fundamentales comunitarios*, "R.V.A.P." núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp. 197–235.

(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.).

ALTZELAI, Igone, *Hacia una administración descentralizada para defensa de la competencia en España*, "R.V.A.P." núm. 82 (II), septiembre–diciembre 2008, pp.15–57.

En este trabajo, a la vista de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, analiza los avances realizados en el proceso de descentralización iniciado por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que reformó la Ley 16/1989, de defensa de la competencia. El proceso de descentralización se inicia tras las STC 208/1999, de 11 de noviembre, plasmado en el nivel legislativo en la Ley 1/2002, de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y CCAA en materia de defensa de la competencia. La Ley 15/2007, de 3 de julio ha optado por un sistema de Autoridad única, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que asume las funciones de los dos órganos estatales anteriores (Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia); La autora resalta que salvo Andalucía con la Agencia de Defensa de Competencia de Andalucía el resto de CCAA (9 comunidades que han creado órganos de defensa de la

competencia) sigue el modelo dual anterior imitando la estructura estatal hoy ya superada. La autora considera que la nueva ley se ocupa de la descentralización frente a su predecesora conteniendo una docena de artículos y cinco disposiciones adicionales donde se hace mención a los órganos de la defensa de la competencia autonómicos. ALTZELAI considera que la Ley 15/2007, de 3 de julio ha ampliado el marco competencial autonómico, aunque en ocasiones esa ampliación es mas formal que efectiva. La autora echa de menos un auténtico reconocimiento a las Comunidades Autónomas del conjunto de competencias ejecutivas para la aplicación de la ley, especialmente en relación con algunas materias como el control de concentraciones, las ayudas públicas o las funciones de carácter consultivo y promoción de la competencia. Por último, cree que en aras de una mayor cohesión, sistematización y seguridad jurídica la Ley 15/2007, de 3 de julio debiera haberse fusionado con la Ley 1/2002, de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y CCAA en materia de defensa de la competencia.

LAFONT NICUESA, Luis, *Comentario a la STJ del País Vasco número 354/2007, de 17 de mayo: La inspección de las Cajas de Ahorro por las Comunidades Autónomas y el Banco de España*, "R.V.A.P." núm. 82 (I), septiembre-diciembre 2008, pp. 261-284.

(7) § Varia.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Democracia y Parlamento*, "RCDP" núm. 37, 2008, 2ª época, diciembre pp. 129-155.

LARIOS PATERNA, María Jesús, *Participación de los ciudadanos en el procedimiento legislativo: la nueva regulación de la iniciativa legislativa popular y las competencias legislativas*, "RCDP" núm. 37, 2008, 2ª época, diciembre pp. 183-222.

MARTÍN NÚÑEZ, Esther, *La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental. Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la participación política*, "RCDP" núm. 37, 2008, 2ª época, diciembre pp. 315-342.

BENGOETXEA, J., *Las listas negras: un agujero negro en la Europa de los Derechos fundamentales*, "R.V.A.P." núm. 82 (II), septiembre-diciembre 2008, pp. 27-48.

Abreviaturas

RCDP	Revista Catalana de Dret Públic
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

José ESTEVE PARDO, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, 211 págs.

Los seres humanos vivimos rodeados de tecnología y desarrollamos nuestras actividades sirviéndonos de los avances que nos proporciona la ciencia. Nuestras vidas se encuentran tan subordinadas a la tecnología que nos resultaría imposible vivir de otra manera. *El desconcierto del Leviatán*, la última obra del profesor ESTEVE, nos invita a meditar sobre cómo los avances científicos y tecnológicos colocan al Derecho en una situación comprometida y desconcertante: tener que adoptar decisiones en asuntos con alto contenido científico y técnico, cuyo sustrato, su presupuesto de hecho, desborda al conocimiento jurídico.

La relevancia de la ciencia para el Derecho cristaliza en el combate que éste libra con la incertidumbre a la hora de tomar decisiones jurídicas. La ciencia es hoy la fuente principal de generación de incertidumbres y el propio conocimiento científico se reconoce inseguro en muchos de los frentes por los que avanza. En estas situaciones de incertidumbre, los modos de decisión propios del Derecho no se están aplicando. Esta constatación lleva al profesor ESTEVE a fundamentar una denuncia necesaria en relación con un tema crucial, vital podría decirse, en la medida que marca nuestro destino colectivo. Un alegato contra la deriva cientifista del Derecho que nos recuerda que éste ha de procurar fiabilidad y equilibrio y recuperar para sí la dialéctica de poder y voluntad que respalda y legitima la acción pública en nuestro sistema constitucional.

Como señala el autor en el capítulo introductorio, *El Leviatán*, obra cumbre de Hobbes, es el símbolo de la seguridad del Estado que inaugura toda una línea de pensamiento y realizaciones en la política y en el Derecho que acaba configurando el sistema político-jurídico en el que estamos instalados. Esa seguridad continúa hasta bien entrado el siglo XX, cuando la ciencia percibe que el progreso deja de ser lineal y que los logros científicos abren un frente de incertidumbre, rasgo característico y definitorio de nuestra época, en torno a los nuevos riesgos de origen tecnológico. Así, el Leviatán muestra su desconcierto ante los dominios de la ciencia.

El capítulo I de la obra presenta el tema fundamental del libro: el reto que la incertidumbre científica plantea al Derecho y a las instancias políticas

con responsabilidades de decisión. Este desafío se ve acentuado porque, a diferencia de la filosofía o el arte, que sí pueden permitirse la opción por la incertidumbre, el Derecho no puede mantenerse en ella ni puede expresarse en términos de probabilidades. El elemento científico-técnico suscita la continua reformulación y recomposición de las referencias de la decisión jurídica, dadas las nuevas y cambiantes posibilidades que abre la ciencia. El desconcierto está servido por el propio ritmo del desarrollo tecnológico y por ser nuestro sistema jurídico de corte positivista, construido sobre el paradigma contrario: el de la seguridad jurídica o certidumbre de las referencias que ofrecen las normas.

En el Capítulo II, el autor hace ver que lo característico de la nueva correlación entre la ciencia y el Derecho es que el progreso científico y tecnológico permite decidir en sectores muy relevantes que hasta tiempos recientes quedaban fiados a los procesos naturales, al margen de la intervención humana. Como exponentes de esa expansión del elemento científico-técnico destacan algunas interrogantes. Entre ellas la enigmática cuestión del riesgo que puede ser asumido por una sociedad envuelta en tejido tecnológico tan denso. Pero también la apertura de una línea reflexiva de la investigación científica, que señala límites y medida el paradigma volcado en el conocimiento y dominio de nuestro entorno vital. Todo ello en un contexto de incremento del potencial tecnológico que permite adoptar decisiones en aquello confiado a la naturaleza. Para el Derecho, la extensión de la intervención tecnológica incrementa el espacio de regulación jurídica. Las decisiones jurídicas hacen más dependientes del estado de la ciencia; mientras que el lado oscuro de la misma se concentra en la noción, plenamente juridificable, de riesgo. La persona se hace así objeto de la técnica. Sobre las decisiones que puedan adoptarse se genera una incertidumbre que no sólo afecta al conocimiento científico, sino que, por recaer sobre lo constitutivo de la persona, entran de lleno en la valoración ética y moral.

El capítulo III analiza el calado y el alcance de la pretensión de seguridad jurídica en los dominios de la incertidumbre científica. La certeza, la seguridad jurídica, constituye una de las principales aportaciones del Derecho al desarrollo social y económico en general. El mercado, la industria, los trabajadores, las empresas han venido exigiendo del Derecho mayor seguridad para apoyar en ella las relaciones que entablan. Sin embargo, la búsqueda de las certezas parece situarse fuera de los objetivos de la ciencia por dos razones. La primera es que la propia ciencia ha visto desvanecerse muchas de las que creía que eran sus más firmes verdades. La segunda es que la ciencia se supedita cada vez más a la técnica (y surge la tecnociencia). Y ésta orienta y programa

las investigaciones con arreglo a criterios de utilidad y rentabilidad de sus productos.

Los Capítulos II, V y VI se refieren al agudo problema que se le plantea al Derecho cuando se ve en la tesitura de decidir en la incertidumbre. Los poderes públicos deben decidir sobre el destino y la aplicación de nuevos productos y tecnologías que son resultados y aplicaciones de la investigación científica, de la tecnociencia. La gran cuestión es si se está produciendo una nueva división de poderes en estos casos ¿Decide la ciencia o decide el Derecho? El choque trasciende a los intereses en juego, puesto que ciencia y Derecho reivindican diferentes legitimaciones para adoptar las decisiones. La posición de la ciencia se apoya en el conocimiento experto sobre materias que rebasan el conocimiento de las autoridades públicas; mientras que la legitimación de estas últimas es la que les viene del Derecho. El consenso alcanzado por los expertos y operadores acaba por ejercer una presión a la que las instancias jurídicas no oponen resistencia por la falta de conocimiento experto y la utilidad que supone el asumir el consenso alcanzado por los agentes del sector, pero existen razones –y esto es clave– por las cuales hay que reinstaurar al Derecho y a los poderes públicos el protagonismo decisorio. La obra repara en tres de ellas que son fundamentales. La primera es la afirmación reiterada de que son las instancias públicas las que han de adoptar efectivamente las decisiones. La segunda es que ese poder decisorio expresa la capacidad de autodisposición de una comunidad, que decide sobre cuestiones que le afectan. La tercera es que las decisiones adoptadas se imputan a los órganos jurídicos y no a los dictados científicos que han influido sobre ellos.

Bajo estas claves analiza el autor el modelo que se está imponiendo en el Derecho para la toma de decisiones en entornos de incertidumbre. El Derecho está adoptando una orientación cientifista, que puede generar distorsiones en los valores y expectativas que a él se le reconocen, en el sentido de fiar el acierto de su decisión en la que se considere óptima solución científica o técnica. Así, el fenómeno que se origina por la complejidad técnica y científica es la ganancia, por parte de las entidades y organizaciones que –en principio– son ajenas a los mecanismos de legitimación del Derecho, de espacios de decisión con relevancia jurídica. En los sectores con un marcado componente técnico los elementos que les dan poder de influencia y decisión relevante son el conocimiento especializado del que estas organizaciones se hacen depositarias; la capacidad de influencia alcanzada a través de los procesos de autoorganización y el consenso que en el marco de estas organizaciones se alcanza entre los diferentes sectores y operadores. El efecto más llamativo y reseñable de esta tendencia es que se está formando un segmento

de entidades privadas que realizan actividades de certificación, acreditación, cumplimiento de normas de control técnico, a las que se les transfieren relevantes funciones declarativas, resolutivas y de control. Nos encontramos con un Derecho acuciado por garantizar el resultado, y no tan preocupado por las formas ni los medios, y que, sin embargo, se ve abocado a dotar de objetividad a un sistema que trastoca radicalmente sus presupuestos de legalidad y legitimidad.

El Capítulo VII versa sobre el principio de precaución, que es la fórmula positivizada que mayor protagonismo ha ganado para articular las relaciones entre los poderes públicos y ciencia en los entornos donde reina la incertidumbre, presupuesto inexcusable de aplicación del principio. Los efectos de la aplicación del mismo han de calibrarse en función de la intensidad de las medidas que se adopten. Hay medidas que sólo pueden tomarse en base al mismo: las medidas de excepción, que excepcionan el régimen jurídico vigente y cuya aplicación conduce a una situación de anomia en la que la ciencia se sitúa en una posición soberana. En este punto centra el autor su crítica al principio de precaución, porque mediante él se entregan las facultades de decisión y regulación a una ciencia que no ha tenido nunca que construir, porque no es ése su cometido, fórmulas o expedientes de decisión y regulación.

En el Capítulo VIII, el profesor ESTEVE expone su tesis nuclear: la reivindicación del modelo de decisión característico del Derecho frente a la deriva cientifista del Derecho. La sujeción a los dictados de la ciencia plantea muy serios inconvenientes; el principal es que el Derecho acaba por renunciar a los procedimientos de decisión propios y a dotar de legitimidad democrática y de seguridad jurídica a sus decisiones, de lo que el autor deriva serias objeciones. La primera es la constatación de que esa remisión a la ciencia y la tecnología produce mayor incertidumbre que la que en principio se pretende resolver. La segunda es que con esta orientación son frecuentes las decisiones negativas o de excepción que dejan en suspenso o excepcionan el régimen jurídico legítimamente establecido. La tercera es la pérdida de seguridad jurídica para operadores, instancias públicas, mercados y, en definitiva, toda la actividad económica. La cuarta objeción se plantea al final de la obra al abordar la cuestión de la responsabilidad derivada de las decisiones sobre el riesgo.

El modelo de decisión y regulación característico del Derecho no había pretendido nunca su identificación ni su aproximación con las determinaciones ciertas y objetivas, empíricamente demostrables de las ciencias. El Derecho ha venido estableciendo sus propias reglas que valoran y ponderan

los bienes y derechos. A partir de esas valoraciones, el Derecho establece sus certezas a las que trata de conferir mayor consistencia. Sobre la incertidumbre de los hechos, el Derecho levanta su propia certidumbre. Sin embargo, la ciencia sólo reconocería la situación de incertidumbre que le impediría adoptar una resolución fundada. En otras palabras, el Derecho va más allá, rebasando ese umbral de incertidumbre para establecer su propia certeza.

En cuanto a la afirmación de que el conocimiento científico no es un valor absoluto, esta idea se proyecta sobre la posición del Derecho ante la investigación científica: el conocimiento científico no puede ser para el Derecho un valor absoluto al que debe subordinarse cualquier consideración sobre bienes jurídicos, valores y derechos. No se trata de imponer un principio de prevención, sino de destacar la posición del ordenamiento jurídico ante el problema entre conocimiento y medios utilizados para alcanzarlo: por muy relevante que sea el conocimiento, si los medios para alcanzarlos no son lícitos, resulta inválido.

El Derecho fía desde antiguo la resolución de las incertidumbres a un sistema de presunciones que expresan máximas de experiencia; esto es, se presume lo que muy probablemente ocurre según la experiencia. Pero ese planteamiento está cambiando por la introducción en el ordenamiento jurídico de criterios valorativos que no se basan en la experiencia y por otro tipo de presunciones. Así se recurre, por ejemplo, a presunciones institucionales u orgánicas, cuando el ordenamiento establece una presunción de autoridad a favor de una institución científica determinada, de una agencia o comité que acaba cubriendo la falta de conocimiento experto y aportando el criterio de la decisión, o la decisión misma.

Por último, los capítulos IX, X, XI y XII abordan la controvertida cuestión de la responsabilidad. En principio, la imputación apunta directamente a los agentes y sujetos más implicados en el avance científico y la innovación técnica, cargando así a quien promueve un progreso en beneficio de la sociedad. No obstante, el avance y desarrollo tecnológico en ningún momento se bloquea ante la carga de responsabilidades, fundamentalmente porque ese avance es selectivo: cuando se encuentra con sectores de alto riesgo en los que podrían producirse grandes o frecuentes daños, el progreso tecnológico se dirige hacia sectores con menor potencial de riesgo.

En perspectiva histórica, la ciencia y la técnica vivieron originariamente al margen de cualquier responsabilidad por varias razones: el dominio del régimen romanista de la responsabilidad aquiliana, que exige la concurrencia

de culpa o negligencia para reconocer la responsabilidad; la ponderación de beneficios y costes que para la sociedad reportaba el progreso científico-técnico, especialmente durante la revolución industrial, donde no se reparaba –o no importaban en primer término– los posibles accidentes ni el potencial de riesgo de las invenciones. En la fase postindustrial varias circunstancias conducen a la ruptura del consenso social a favor de esta situación de inmunidad; el tiempo y el acrecentamiento del riesgo hacen visible el lado oscuro del desarrollo técnico e industrial.

Ante esta visión, la cuestión principal es determinar con carácter general los criterios de asignación de responsabilidad por daños en situaciones de incertidumbre y concretarla en cada caso. La respuesta dependerá precisamente –matiza el profesor ESTEVE– del entorno en que la incertidumbre habite principalmente, ya se sitúe ésta en el origen, en la causa o en el sujeto que produce el daño (y, por tanto, haya desconocimiento o sombras en el nexo causal), ya en el desconocimiento científico del potencial dañoso de ciertas tecnologías o productos, ya se localice la incertidumbre en los efectos o la perdurabilidad del daño. Pero no sólo importa dónde aflora la incertidumbre, sino cual sea el mayor o menor grado de ésta, su intensidad o calado, que se erige en la segunda coordenada que ha de tenerse en cuenta para enfocar certeramente la cuestión.

Especialmente agudo es el reto que supone la responsabilidad por decisiones adoptadas en situaciones de reconocida e insuperable incertidumbre, cuyo gran problema es la ausencia del conocimiento, presupuesto básico de la responsabilidad. Ésta es la encrucijada en la que se encuentran los poderes públicos cuando desde foros científicos se alerta sobre posibles riesgos de ciertas actividades o productos que gozan de plena cobertura legal. Es aquí donde ha cobrado mayor aliento el principio de precaución, al amparo del *better safe than sorry*, y que justifica que, ante las advertencias de la ciencia sobre la existencia de riesgos, se opte por decisiones negativas. A pesar de ello, la responsabilidad no desaparece cuando se adoptan medidas preventivas en evitación de un riesgo para la salud o el medio ambiente porque si con la adopción de tales medidas se producen perjuicios que quienes los sufren no están obligados a soportar, habrá que responder por ellos.

Al cabo da la impresión que la institución de la responsabilidad civil, tal y como la conocemos, no sea adecuada para nuclear los casos de responsabilidad por las actuales decisiones adoptadas en entornos de incertidumbre científica, ni el proceso judicial característico de la responsabilidad parece adecuado para canalizar y resolver estos conflictos. Habría que plantearse

entonces una nueva responsabilidad, emancipándose de la idea de responsabilidad que conocemos. En este orden de consideraciones el profesor ESTEVE desliza una frase que inevitablemente obliga a reflexionar: “*no parece que puede plantearse la responsabilidad, en efecto, cuando el reconocido e insuperable desconocimiento sitúa al poder público en la posición de un menor de edad que desconoce las consecuencias de sus actos. Los conceptos propios de la responsabilidad como son la determinación y cuantificación del daño o su línea de causación tienden a diluirse, y a perderse su rastro por completo, en el complejo entorno tecnológico que nos envuelve*”.

Efectivamente, la Administración se ve incapacitada para prevenir, corregir y reparar los riesgos del progreso científico y tecnológico. Sin embargo, no puede olvidarse que el logro y el mantenimiento de la transparencia, la objetividad y la imparcialidad a la hora de decidir y de determinar la responsabilidad de los sujetos implicados en la causación de un daño es un papel que constitucionalmente le corresponde y sólo ella puede cumplir. La superación del *desconcierto del Leviatán* ante los retos de la sociedad del riesgo demanda con urgencia redefinir y reubicar las garantías jurídicas en un proceso en el que la Administración no puede renunciar a su misión de supervisión del sistema.

Desde que publicara su pionera obra *Técnica, riesgo y Derecho* (Ariel, Barcelona, 1999) hasta *El desconcierto del Leviatán*, son decenas los trabajos que el profesor Esteve ha publicado y dirigido sobre el particular. Desgraciadamente, en este país la excelencia intelectual queda muchas veces recluida intramuros de la Universidad y de la Academia, y más aún en el ámbito de las Ciencias Sociales y Jurídicas, en el que la valía se mide en términos cuantitativos antes que cualitativos. Por eso es tan de alabar el esfuerzo divulgativo de este libro, su pretensión de saltar las barreras de la especialización para cumplir la mayor y más noble aspiración del saber, que no es otra que expandirse y calar.

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

Ginés VALERA ESCOBAR. *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía.* Dirección General de Administración Local. Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Final de 2008. 774 páginas.

Tras la favorable acogida que tuvo en el mundo de la Administración Local el Libro *Una Aproximación al Procedimiento de Otorgamiento de Licencia*

Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía, del mismo autor, editado por la Dirección General de Administración Local en 2004 –que llegó incluso a agotarse– la Consejería de Gobernación ha publicado una versión ampliada y puesta al día del texto originario titulado *Régimen Jurídico General de la Licencia Municipal de Obras y Apertura de Establecimiento en Andalucía*, dedicado a teorizar sobre el principio de la autonomía local, el concepto de licencia urbanística y especificar el régimen del medio ambiente, establecimientos de comercio minorista y de apertura de establecimientos dedicados a la alimentación, y que tendrá continuación en otro libro actualmente en elaboración, que abordará el régimen de la licencia municipal de obras y apertura de establecimiento en Andalucía y las novedades en cuanto al régimen de autorización que implica la trasposición de la Directiva de Servicios, que estudiará con especial detenimiento la normativa aplicable a los establecimientos docentes, sanitarios, establecimientos públicos destinados a espectáculos públicos o actividades recreativas, deportivos, industriales, turísticos... concluyendo con el análisis sistemático del procedimiento de otorgamiento de este tipo de licencias. Lo que en su día fue el germen de un tratado que contemplara toda la legislación sectorial con incidencia en las licencias de obras y apertura en Andalucía, el presente texto empieza a acercarse al tratamiento global de este campo, que pese a la importancia que tiene en el mundo económico era una tarea pendiente y por hacer, dada su complejidad y la dificultad para recopilar todas las normas que pudieran resultar aplicables cuando se pretendiere poner en marcha una actividad. Y no digamos, intentar sistematizar con cierto orden todo tipo de establecimientos de forma que se encontraran rápidamente y el operador jurídico ganare tiempo al tener una referencia jurídica que le orientare para completar el régimen aplicable. Pues bien, este es precisamente el valor del libro: la propuesta de sistematizar toda, o casi toda mejor dicho, la legislación sectorial de aplicación a un sector económico de forma que se tuviere una visión panorámica y secuencial del procedimiento de otorgamiento de licencia de obras y apertura de establecimiento en nuestra Comunidad Autónoma, donde convergen potestades y Leyes y normas sectoriales estatales, autonómicas y locales, y, en un momento dado, todo tipo de informes, autorizaciones y licencias de distintos Organismos o Administraciones. Con esta guía, todo aquél que quiera orientarse ya cuenta al menos con cuatro puntos cardinales y no partirá de cero al enmarcar la solución, con las reflexiones a que invita su lectura. La idea era muy simple y pese a que cueste trabajo crearlo, ningún autor había hecho algo parecido, porque si bien hay magníficos manuales sobre licencias y procedimiento para su obtención, la bastísima legislación sectorial aplicable quedaba huérfana para la doctrina más autorizada, dado lo difícil que era abarcarla, y no digamos sistematizarla como aquí se ha intentado.

Dada la condición funcional del autor como Técnico de Administración General del Ayuntamiento de El Ejido (Almería) con experiencia urbanística como investigador y docente, aporta un texto eminentemente práctico y de consulta para tener encima de la mesa del despacho, sin grandes artificios doctrinales pero con rigor científico, dirigido fundamentalmente a la Administración Local y a los Funcionarios de los Ayuntamientos y de la Junta de Andalucía, Alcaldes y Concejales y, como no, también a los Promotores de iniciativas económicas, en donde se aborda con perspectiva global el estudio del procedimiento jurídico-administrativo para la implantación y autorización de todo tipo de establecimientos en Andalucía, analizando cada fase y la sucesión competencial en la ponderación y tutela de los intereses confluyentes que entren en juego, atribuida a la Administración estatal, autonómica o local y que habrá que encajar en un puzzle. Todo ello ilustrado con reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de Tribunales Superiores de Justicia y casi toda (porque toda sería un desideratum, dado lo cambiante) la legislación sectorial estatal y autonómica que pueda afectar a un expediente (Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Ley de Comercio Interior, Ley de Ordenación del Territorio, normativa Ambiental y un largo etcétera...).

En suma, de todo ello debe resultar una obra que pretende ser útil, herramienta de trabajo para conocer las claves de decisión para la implantación de todo tipo de establecimientos en Andalucía y que la Junta pone a disposición de los 771 Municipios andaluces en su meta de proporcionar a la Administración Local recursos adecuados, más aún ahora que cualquier contribución para reactivar la economía será bien recibida.

Juana Rivera Aparicio

**Revista de Estudios
de la Administración
Local**

Septiembre-Diciembre 2008 Número 308

I. Estudios

Leopoldo Tolivar Alas
**EL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y EL NUEVO MARCO
REGULADOR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**
9

José Carlos Laguna de Paz
**LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL:
PROMOCIÓN Y MOVILIDAD**
47

Ana I. Olmedo Gaya
**EL NUEVO RÉGIMEN DE LOS PERMISOS Y LICENCIAS
DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS**
63

Casimiro López García
**EL PAPEL DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL EN LA REFORMA
DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE RÉGIMEN LOCAL**
91

Manuel Jiménez Dorantes
**LA POTESTAD SANCIONADORA MUNICIPAL Y SU RELACIÓN CON LA LEY
EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO**
131

II. Crónicas y Documentos

Manuel Rebollo
**LA SUPRESIÓN DE LOS PEQUEÑOS MUNICIPIOS: RÉGIMEN,
ALTERNATIVAS, VENTAJAS E ICONVENIENTES**
151

Valdemir Pires y Carmen Pineda
**PRESUPUESTO PARTICIPATIVO: UNA TIPOLOGÍA PARA SUPERAR LOS
LÍMITES DE LAS DEFINICIONES DEMASIADO AMPLIAS O RESTRICTIVAS**
207

III. Recensiones

Tomás Quintana López
LOS PATRIMONIOS MUNICIPALES DEL SUELO
EDITORIAL IUSTEL. COLECCIÓN BIBLIOTECA DE DERECHO MUNICIPAL,
Nº. 24. MADRID, 2007, 256 PÁGS.
(Recensión: José Antonio Tardío Pato)
247

Justo Zambrana
EL CIUDADANO CONFORME. MÍSTICA PARA LA GLOBALIZACIÓN
TAURUS PENSAMIENTO, 2006
(Recensión: Manuel Martínez Bargueño)
248

Adalmir Marquetti, Geraldo Adriano de Campos y Roberto Pires (orgs.)
**DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E REDISTRIBUIÇÃO: ANÁLISE
DE EXPERIÊNCIAS DE ORÇAMENTO PARTICIPATIVO**
XAMA EDITORA, SAO PAULO, BRASIL, 2008, 183 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pineda Nebot)
251

José Luis González Leal
CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y CUOTAS URBANÍSTICAS
EDITORIAL BAYER HERMANOS, S.A. BARCELONA, 2008, 599 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pinea Nebot)
254

María José Canel
COMUNICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS
EDITORIAL TECNOS. MADRID, 2007, 284 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pineda Nebot)
258

IV. Sumarios de otras revistas

IIAAAP