

ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

Revista Andaluza de Administración Pública

Nº 53

Enero-Febrero-Marzo 2004



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

Excmos. e Ilmos. Sres.

Manuel F. Clavero Arévalo, Catedrático de Derecho Administrativo
(*Presidente*)

Saturio Ramos Vicente, Vicerrector de Investigación de la Universidad de Sevilla
Joaquín Castillo Sempere, Director del Instituto Andaluz de Administración Pública
Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional
Sebastián Cano Fernández, Viceconsejero de Educación y Ciencia
Francisco del Río Muñoz, Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía
Pedro Escribano Collado, Catedrático de Derecho Administrativo
Venancio Gutiérrez Colomina, Secretario del Ayuntamiento de Sevilla
Francisco López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo
Isabel Mateos Guilarte, Directora General de Administración Electrónica y Calidad de los Servicios
Antonio Moreno Andrade, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
Juan Osuna Baena, Director General de la Administración Local
José Ortiz Díaz, Catedrático de Derecho Administrativo
Rafael Puyá Jiménez, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
Eduardo Roca Roca, Catedrático de Derecho Administrativo
Federico Romero Hernández, Secretario del Ayuntamiento de Málaga
José Taboada Castiñeiras, Director General de la Función Pública
José Vallés Ferrer, Catedrático de Política Económica
José Antonio Víboras Jiménez, Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía

Director:

Alfonso Pérez Moreno, Catedrático de Derecho Administrativo

Secretaria:

Concepción Barrero Rodríguez, Profesora Titular de Derecho Administrativo

Consejo de Redacción:

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

Secretaría de Redacción:

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

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de publicaciones en materias
de Administración Públicas

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

Talleres: Tecnographic, S.L. Sevilla

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

Número suelto: 12 euros

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Muñoz Torrero nº 1

41071 SEVILLA

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

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es



SUMARIO

Pág.

In Memoriam. Ángel Martín del Burgo Marchán
(Enrique Barrero González)

9

ESTUDIOS

- Belén Noguera de la Muela*
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. 17
- Juan Francisco Pérez Gálvez*
El vínculo del personal estatutario de los servicios de salud
y la competencia jurisdiccional. 47
- Javier Sola Teyssiere*
La ordenación del turismo y sus relaciones con la legislación
de ordenación del territorio, del urbanismo y de la protección
del medio ambiente. 109

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Las vías de hecho y la suspensión cautelar. Comentario al auto
del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
(Sevilla) de 12 de Abril de 2003.
Juan Antonio Ureña Salcedo 135

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios
Jurídico Básicos.- IV. Instituciones del Estado.- V. Fuentes.
VI. Organización Territorial del Estado.-VII. Economía y Hacienda.
(Francisco Escribano López) 153

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>)	167
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<i>José L. Rivero Ysern</i>)	193

CRÓNICA PARLAMENTARIA

(<i>Manuel Medina Guerrero</i>)	209
-----------------------------------	-----

DOCUMENTOS

Crónica del Acto de la Universidad de Florencia de reconocimiento de Eduardo García de Enterría como uno de los protagonistas de la cultura jurídica europea (25 de Octubre de 2003) (<i>Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz</i>)	225
La encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas (<i>Antonio José Sánchez Sáez</i>)	227
Políticas de la Unión Europea en materia de no discriminación de la población inmigrante (<i>Irene Blázquez Rodríguez</i>)	267

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas.	291
Disposiciones Estatales.	311
Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas.	315
Disposiciones generales de la Junta de Andalucía.	317
Índice Analítico.	323
<i>(Lucía Millán Moro)</i>	
<i>(Antonio Jiménez Blanco)</i>	
<i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES: Planificación farmacéutica y procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia	331
Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i> <i>(Carmen Núñez Lozano)</i>	345

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	351
------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

VV.AA: LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. Libro
homenaje al Prf. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta.
Ed. Atelier. Barcelona, 2003, 982 págs.
(Hugo Santos Gil)

363

In Memoriam: Ángel Martín del Burgo Marchán

Enrique Barrero González,

Letrado Jefe del Ayuntamiento de Sevilla

Una esquila de ABC nos ha traído la noticia del fallecimiento a los ochenta y ocho años de edad del Magistrado jubilado del Tribunal Supremo Ángel Martín del Burgo y Marchán. Aunque desde hace muchos años residía en Madrid y era natural de Daimiel, en donde reposan sus restos, era oportuno que se difundiera aquí la noticia, pues la carrera profesional del Magistrado estuvo vinculada a nosotros durante muchos años. Ingresó en su juventud en el extinguido cuerpo de Jueces Comarcales, del que pasó por oposición al de Jueces de Primera Instancia e Instrucción, en cuya categoría sirvió durante algunos años el Juzgado de Morón de la Frontera. También por oposición ganó plaza de Magistrado especialista de lo Contencioso-administrativo tras la promulgación de la excelente Ley de la jurisdicción de 1956 y vino destinado a la Sala territorial de Sevilla, en donde permaneció hasta su promoción a Magistrado del Tribunal Supremo en 1972. Formó Sala en Sevilla, en principio con los Magistrados Miguel Cruz Cuenca, que habría de morir luego en Madrid asesinado por ETA, y Francisco de Paula Piñero y Carrión. Poco después se incorporarían Fernando Rubiales Poblaciones que pasó a presidir la Sala y otros Magistrados en las sucesivas ampliaciones del Tribunal. Martín del Burgo fue ponente en Sevilla de numerosas Sentencias en las que se aunaban sus profundos conocimientos doctrinales, el manejo exhaustivo de la jurisprudencia y la brillantez de la exposición. De ellas quedan cumplidos testimonios en los Boletines que por aquel entonces publicaba el Colegio de Abogados de Sevilla. En el Tribunal Supremo continuaron brillando sus Sentencias que, como las anteriores de Sevilla, abundaron siempre en conceptos esenciales, con una aplicación a la vez serena, innovadora y progresiva del derecho: La conciencia de la función subordinada del Juez, “al que le está prohibido todo tipo de subjetivismo interpretativo que desborde la norma”, y de la necesidad, no obstante, de superar las dudas con realismo jurídico, en un Derecho “en el que hay poco espacio para lo dogmático y lo absoluto” y en el que “lo que importa es no perder nunca de vista su sentido instrumental, al servicio de lo racional y de lo justo”; la constatación de que la aplicación del Derecho administrativo, como afirmaba Forsthoff, es un caso especial de la aplicación del Derecho en general, con sus propios “principios informadores, que demandan una interpretación institucional”; el respeto a lo que viene impuesto por la na-

turalidad de las cosas, por la primacía de lo real y por el valor normativo de lo fáctico; la preocupación por la relevancia de los principios generales, como los de igualdad, proporcionalidad, buena fe y otros, en la búsqueda de la justicia material; el enfoque socio-histórico de las normas; la decidida interpretación favorecedora, *pro constitutione*, de los grupos o colectivos más necesitados de protección, como los ancianos, la juventud, las mujeres, o los discapacitados; la aplicación equilibrada del carácter revisor de la jurisdicción, rescatado del “fortín dogmático en que muchos pretendieron encerrarlo”, pero con respeto a los ámbitos decisorios de los órganos legítimos de la administración, “sin invasión jurisdiccional de las funciones propiamente políticas”... Todas estas ideas, y tantas más, inspiraron el pensamiento jurídico y la práctica judicial del gran Magistrado, en la que muchos pudimos aprender con ilusionada satisfacción.

Las Sentencias de Martín del Burgo fueron profusamente comentadas y justamente elogiadas por la doctrina. Así por ejemplo: “Inseguridad en el cómputo de los plazos. El binomio días hábiles / días inhábiles”, de José Bermejo Vera, en Revista de Administración Pública nº 73, enero-abril 1974; “Silencio negativo y posibilidad de recurrir con arreglo al artículo 58 de la Ley Jurisdiccional”, de Linde Paniagua, en Revista de Administración Pública nº 83, mayo-agosto 1977; “Inejecución de Sentencias, estado de necesidad y responsabilidad patrimonial de la Administración. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1978. Ponente: Ángel Martín del Burgo”, de Javier Salas, en Revista Española de Derecho Administrativo, nº 18, julio-septiembre 1978; “Sobre distinción entre cierre y deslinde de fincas. Sentencias de la Sala 4ª de T.S. de 21 de marzo de 1979 y de 7 de abril de 1979”, de Fernando Sáinz Moreno, en Revista Española de Derecho Administrativo nº 24 de enero-marzo de 1980; “El trámite de audiencia al interesado y la administración urbanística. Comentario a la Sentencia de 24 de febrero de 1980. Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Martín del Burgo y Merchán”, de J. Francisco López Márquez, en Revista española de derecho Administrativo nº 28, enero-marzo 1981; “La “relativización” del procedimiento para elaborar Disposiciones de carácter general. Comentario a la Sentencia del Tribunal supremo de 12 de diciembre de 1978”, de José Bermejo Vera, en Revista Española de derecho Administrativo nº 30, julio-septiembre de 1981; “Autonomía Local y legitimación para recurrir. Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1981. Magistrado ponente: Ángel Martín del Burgo”, de Fernando Sáinz Moreno, en Revista Española de Derecho Administrativo nº 31, octubre-diciembre 1981; “Legitimación Corporativa y recurso directo contra Reglamentos. Comentarios a la Sentencia del tribunal Supremo de 11 de abril de 1981. Resolución 1831. Ponente: Señor D. Ángel Martín del Burgo y Merchán”, de Bartomeu

Colon Pastor, en Revista Española de Derecho Administrativo, nº 32, enero-marzo 1982; “La nacionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 7 de junio de 1986”, de José Carlos Fernández Rozas y Santiago Álvarez González, en La Ley. Año VIII. Nº 1694, de 22 de abril de 1987; “Nulidad de Reglamento por violación de los principios generales del derecho y omisión de la audiencia a los interesados. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª de 18 de diciembre de 1985, Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Martín del Burgo y Merchán”, de Juan de la Cruz Ferrer, en Revista Española de Derecho Administrativo, nº 52;... También se prodigaron comentarios de Sentencias del Magistrado en la prensa diaria; Así por ejemplo, “La Penosa situación de los propietarios de casas de renta antigua”, en El Correo de Andalucía de 24 de marzo de 1985, de Enrique Barrero González; “El Supremo ordena instalar escaleras mecánicas en el subterráneo de Canalejas”, de Pedro Montoliú, en El País de 21 de noviembre de 1985; “El Supremo prohíbe la urbanización de Dragonera”, de Joan Caimari, en El País de 13 de febrero de 1987; etc.

También tuvieron sus Sentencias particular relevancia y valoración en Tratados Generales de Derecho Administrativo o monografías y artículos jurídicos. Villar Palasí en su libro “La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos”, que recoge su discurso de ingreso en la Real academia de Jurisprudencia y Legislación en 10 de febrero de 1975, construyó el epígrafe “la clarificación de la claridad” (pág. 113) sobre la Sentencia de Martín del Burgo de 12 de junio de 1972, con ideas que el Magistrado había tomado, según me comentó años después, del libro de Joaquín Dualde “Una revolución en la lógica del Derecho”, de 1933. González Navarro lo citaba expresamente en “Derecho Administrativo Español, Tomo II”. Pamplona 1988, a propósito de la Sentencia de 27 de diciembre de 1984, como “ese gran Magistrado que es Martín del Burgo”; Sáinz Moreno, en “El Control Judicial de la fijación de coeficientes multiplicadores en el sistema retributivo de la función pública”, en Revista de Administración Pública nº 81, afirmaba que en la Sentencia de 26 de noviembre de 1975, “utiliza con toda agudeza la idea que late en la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados” y concluye que “la buena argumentación de esta Sentencia ha servido de fundamento expreso a sentencias posteriores”; Espinar Vicente y Carmen Ruiz Enrique decían en “Documentación del Boletín Oficial del Estado”, Boletín nº 1484, que la Sentencia de Martín del Burgo de 7 de junio de 1986 “ha abierto un camino nuevo en nuestra práctica (se refiere al régimen de adquisición de la nacionalidad española) y ha sido recibida con gran satisfacción por la doctrina más autorizada”. Juan Miguel de la Cuétara lo citaba expresamente en “Las Potestades Administrativas”. Tecnos. 1991, a propósito de la Sentencia de 9 de junio de 1978 relacionada con el principio de proporcionalidad.

De especial interés es el uso extenso que, con las debidas citas, hizo Jesús González Pérez de Sentencias de Martín del Burgo. Así su libro “El principio general de la buena fé en el Derecho Administrativo”, que constituyó su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, está construido básicamente sobre ponencias del Magistrado, al que cita también en su libro “Régimen Jurídico de la Administración Local”, de Abella, 1985 y en su libro “El Derecho a la tutela jurisdiccional”, Civitas 1984, con referencia a la Sentencia de 5 de octubre de 1983. El Ministro de Justicia Landelino Lavilla se apoya en “una importante Sentencia del Tribunal Supremo (de 27 de octubre de 1976, de Martín del Burgo) en su Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1978 sobre “Poder Judicial y Constitución”: José Luis Lasso Martínez en su libro “Urbanismo, Planes”, de Editorial Montecorvo, 1981 comenta la Sentencia de 4 de diciembre de 1972, calificándolo de ponente excepcional; Luciano Parejo Alfonso, en fin, en su libro “Urbanismo: régimen de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración”. Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, dedicó un addenda especial, ya finalizado e incluso en prensa el libro, a comentar su Sentencia de 1 de julio de 1982 sobre el artículo 87.2 de la Ley del Suelo, a la que califica como “el inicio de la formación de doctrina Jurisprudencial en la materia”.

Martín del Burgo expresó también su pensamiento en artículos y libros de extraordinario interés. Sin propósito exhaustivo pueden citarse, entre los artículos, “El delito de conducción de vehículos de motor en estado de embriaguez”, en Anales de la Clínica Médico Forense de Madrid, nº 11, 1953, “La función judicial en España (apuntes para una política de Perfeccionamiento)”, en Revista General de legislación y jurisprudencia. Septiembre de 1959; “La dimensión temporal de la planificación” en Revista de Administración Pública nº 69, septiembre-diciembre 1972. “Planificación y Derecho Urbanístico”, Gabinete de Estudios de la Secretaría del Ayuntamiento de Sevilla, 1976; “La planificación: un reto, un mito, una utopía, una contrautopía, una realidad”, en Revista de Administración Pública nº 81, septiembre-diciembre 1976; “Ideología de la justicia”, en Poder Judicial, nº 1, “La situación del Magistrado ponente, disidente del criterio de la mayoría, en cuanto a la redacción de la Sentencia”, en Revista de derecho Procesal Iberoamericana, nº I, enero-febrero 1979; “El poder administrativo” en Revista española de Derecho Administrativo, nº 33, abril-junio 1982; y “La administración asediada”, en Revista de Administración Pública 100, enero-diciembre 1983.

Nos ha dejado también tres importantes libros: La Competencia (con un estudio preliminar sobre el Poder), Editora General del Derecho 1989, y más

recientemente, “La Justicia como problema. El Juez como administrador del derecho”, Bosch, 2001, y “El lenguaje del Derecho”, Bosch 2000. En el prólogo de este último, el Magistrado del Tribunal Constitucional Rafael Mendizábal Allende, que sintió siempre por Martín del Burgo un afecto especial, nos ofrecía la semblanza “de un gran juez, porque eso es en sustancia Ángel Martín del Burgo, sin veleidades de ningún tipo...”

Magistrado intachable, con un profundo sentido de la Justicia y una radical independencia de cuya salvaguarda se sentía particularmente celoso, ajeno a toda publicidad personal y a todo estrellato que no fueran los que derivaran de la excepcional calidad de sus resoluciones, cultivó Martín del Burgo un hondo sentido de la amistad, del que nos dio innumerables muestras a quienes tuvimos la fortuna de tratarlo y de aprender del testimonio de su vida y de su obra.

ESTUDIOS



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*

Belén Noguera de la Muela

Profesora Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en *Sentencia de 15 de mayo de 2003 (C—214/2000)*, recaída en un “recurso por incumpliendo del Derecho Comunitario” dirigido por la Comisión contra España (art. 226, consolidado del Tratado CE), ha condenado a nuestro país por una no correcta transposición de la Directiva 89/665¹ al derecho interno español, pese a que la Exposición de Motivos de la entonces Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas entendiéndose que tal Directiva nacía ya transpuesta al ordenamiento español². Concretamente, hemos sido condenados por no

* Este trabajo ha sido objeto de publicación también en *Quaderns de Dret local* n° 4, febrero de 2004.

¹ Esta Directiva, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos de suministros obras y servicios, conocida como “Directiva recursos” debía ser transpuesta a nuestro ordenamiento antes del 21 de diciembre de 1991.

² Significativamente la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 en su Preámbulo decía: “No se incorpora, por el contrario, el contenido de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE porque la materia de recursos que constituye su objeto des ajena a la

haber adoptado las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de dicha Directiva y, en particular, tal como recoge el fallo de la Sentencia:

“ – al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público; y

- al someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora”.

Con esta Sentencia se pone fin a un largo procedimiento iniciado en 1994, en el que se sucedieron requerimientos y negociaciones, sin que el Gobierno español atendiera a las advertencias de la Comisión y en consecuencia las recogiera en los textos legales vigentes en aquel momento, o bien en sus sucesivas reformas.

En tales circunstancias, no nos debe resultar extraño el resultado final condenatorio en que desemboca este proceso, en el que se abordan dos cuestiones nucleares de nuestro derecho: el recurrente uso de la figura Administración–sociedad mercantil ahora referido al campo de la contratación pública, que **FLEINER** resumió en la “huida del Derecho Administrativo”³; y el no menos importante de la insuficiencia del sistema de tutela cautelar contencioso-administrativa, que junto al primero mencionado GARCÍA de ENTERRÍA lleva denunciando vivamente desde hace ya unos años⁴.

legislación de contratos de las Administraciones Públicas y respecto a la primera, además, porque nuestro ordenamiento jurídico en distintas normas procedimentales y procesales vigentes, se ajusta a su contenido” (ap. 1.2. párr. 4º).

³ MARTÍN-RETORTILLO, S. “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, RAP nº 140 (1996), pág. 45.

⁴ GARCÍA de ENTERRÍA, E., “Democracia, jueces y control de la Administración”, 1ª ed., Madrid 1996, págs. 295-296; GIMENO FELIU, J.Mª, El control de la contratación pública (Las nor-

Ambos temas de gran trascendencia, serán objeto de nuestra atención en las páginas que siguen, aunque ya podemos avanzar que del contenido de la Sentencia que comentamos, se deduce que su influencia ha sido decisiva en aras a la obligada reforma de la legislación española de contratación pública, en la actualidad el TRLCAP de 2000, normas procedimentales –procesales de nuestro ordenamiento jurídico– administrativo (a saber LJCA de 1998), así como la LOFAGE; textos estos dos últimos que no han sido modificados a la vista de la Ley de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, Ley 62/2003, de 30 diciembre que sólo se refiere a la Legislación de contratos. Reforma la de la normativa sobre contratación, que se va a ver necesariamente precipitada de forma más global con motivo del nuevo paquete de Directivas comunitarias en esta materia, concretamente dos Directivas únicas en los sectores “tradicionales”, y en los “excluidos”, la Directiva 2004/18CE del Parlamento y el Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre contratos de suministros, obras y servicios, y la Directiva 2004/17/CE en los sectores de la energía, agua, transportes y servicios postales, y que responden al triple objetivo de modernización, flexibilización y simplificación.

II. LA STJCE DE 15 DE MAYO DE 2003 COMISIÓN/ESPAÑA C-214/00: BREVE COMENTARIO. POSIBLES CONSECUENCIAS DE LA MISMA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL: LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL TRLCAP POR LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL

Como se sabe, en su momento fue promulgada la Directiva 89/665/CEE, del Consejo de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras; cuyas reglas son también aplicables a los contratos de servicios por expresa previsión del art. 41 de la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, relativa a tales contratos. Pues bien, esta breve (sólo

mas comunitarias y su adaptación en España), Madrid 1995, págs. 64 y ss., 83 y ss.; BAÑO LEÓN, J.Mª “Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” en Anuario del Gobierno Local, Barcelona 1995, págs. 68 y ss.; BACIGALUPO, M., La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo, Madrid 1999, págs. 85-88.

seis preceptos) pero sustanciosa Directiva, supuso el que por vez primera el Derecho comunitario se introdujera en las legislaciones nacionales de carácter procesal de cada Estado miembro, con el objeto de que las garantías jurídicas fuesen uniformes en todo el territorio de la entonces Comunidad Europea, habida cuenta la disparidad e insuficiencia de los sistemas nacionales de control⁵.

Así, tal Directiva con el propósito de que existiesen medios de control efectivos de la adjudicación de contratos públicos, pone de relieve la necesidad de: a) un sistema de recursos rápido y eficaz; b) potenciar un sistema efectivo de medidas cautelares; y c) establecer un régimen de indemnización de daños y perjuicios, producidos como consecuencia de la indebida adjudicación⁶. Con el conjunto de estas tres medidas, pretende la armonización de las garantías jurídicas de los Estados miembros en materia de contratos públicos,

⁵ GIMENO FELIU, J.M^a, El control de la contratación... op. cit. pág. 59; IDEM, Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación, Civitas, Madrid 2002, pág. 198 y ss.; SAMANIEGO BORDIU, G., "El control del Derecho Comunitario de los contratos públicos" RAP n° 123 (1990), pág. 402.

⁶ Extremos los indicados supra, que tienen reflejo en el articulado de la D. 89/665/CEE, en concreto arts. 1.1 y 2.1.

Artículo 1.

"1. Los Estados miembros tomarán, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 72/62/CEE, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridos de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2 con motivo de que dichas decisiones haya infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho".

Artículo 2.

1 Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicio a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los poderes adjudicadores;

b) para anular o hacer que se anulen las cesiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.

que se regula en sus arts. 1 y 2, siendo su plazo máximo de transposición el 21 de diciembre de 1991 (art. 5 D. 89/665), y que España claramente ha incumplido, resultando ya definitiva la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, objeto de comentario⁷.

Pues bien, la Comisión al interponer el recurso por incumplimiento contra España, considera que no se garantizan tales recursos rápidos y eficaces, ni se establece tampoco un sistema adecuado de medidas cautelares. Asimismo, el primer reproche que hace la Comisión al Reino de España, se centra en la omisión que hace nuestro ordenamiento de extender el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665/CEE a las decisiones adoptadas por los “poderes adjudicadores”, –entendidos estos en el sentido definido por arts. 1.1.b) de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE–, constituidos en forma de sociedades de Derecho privado que cumplen los requisitos que definen el concepto de “organismo de derecho público”.

Veamos por tanto seguidamente, esta cuestión sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 89/665/CEE, y en consecuencia el ámbito subjetivo de las Directivas “sustantivas” (Directivas 92/50, 93/36, 93/37, modificadas por Directiva 97/52), cuya correspondencia procesal es la Directiva de recursos mencionada, y entre las que existe un estrecho vínculo, resultando de gran importancia traer también a colación la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2003, que nuevamente se produce en el marco de un recurso por incumplimiento del Derecho Comunitario, dirigida por la Comisión contra España, recurso que igualmente el Tribunal ha estimado, y donde se declara que la “Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.” responde a la definición de entidad adjudicadora del art. 1.b) de la Directiva 93/37.

1. El ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas “sustantivas” 92/50, 93/36, 93/37 y de la Directiva de “recursos” 89/665: doctrina jurisprudencial en relación a las sociedades mercantiles en mano pública. La reciente STJCE de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA). El art. 2.1 y las Disposiciones adicionales sexta y décimo sexta del TRLCAP introducidos por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2003

⁷ Esta Sentencia ha sido ya objeto de análisis, 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 (Sentencia Comisión C. España c-214/00, de 15 de mayo de 2003)”, REDA n°119 (2003); PIÑAR MAÑAS, J.L. “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos pú-

Las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE, así como la Directiva 93/38/CEE estaban encaminadas a lograr la codificación de todas las Directivas existentes hasta el momento y que habían sido modificadas en diversas ocasiones al hilo de las diferentes fases de evolución del Derecho comunitario⁸, resultando a veces difícil saber cuáles estaban vigentes y cuales no, hasta el punto de llegar en la actualidad a la Directiva 2004/18/CE sobre contratos de suministros, obras y servicios; y la Directiva 2004/17/CE de tales contratos en los “sectores excluidos”.

En esta línea, una de las primeras preocupaciones que mostraron y, que hoy confirma la Directiva 2004/18/CE de los contratos de suministros, obras y servicios en los sectores tradicionales, fue unificar su ámbito subjetivo de aplicación y en especial el concepto de “poder adjudicador”, término con el que se alude a las entidades contratantes, centrándose en la definición del concepto de “organismo de derecho público”.

A este respecto, cabe resaltar como el Derecho Comunitario y la destacada jurisprudencia comunitaria recaída en relación a este tema han configurado una noción funcional de “poder adjudicador”, de “organismo de Derecho público”, por tanto superadora de envoltorios meramente formales, y parafraseando al Tribunal de Justicia en la Sentencia que comentamos, no haciendo *“las Directivas mención alguna al régimen público o privado, con arreglo al cual se han constituido los organismos de Derecho público ni a la forma jurídica adoptada...”*, *“este concepto (...) engloba a las sociedades mercantiles bajo control público..., sin que la forma jurídica de las entidades de que se trate tenga relevancia”*. (Fundamento 31 STJCE 15 de mayo de 2003).

blicos, y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas (STJCE de 15 de mayo de 2003, que condena a España en materia de contratos públicos)”, Actualidad Aranzadi nº 585, 10 de julio de 2003; DÍAZ LEMA, J.M., “Contratos públicos y Derecho español. Comentario urgente a la STJCE 15 mayo 2003”, Actualidad Administrativa nº 35 (2003); FUERTES, M., “¿Incumple el Derecho español la Directiva de recursos?” (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de mayo de 2003”, Unión Europea, Aranzadi, Agosto/septiembre 2003.

⁸ A ellas se refiere SANTIAS VIADA, J.A., SANTAMARÍA PAREDES, V. y LÓPEZ BLANCO, C., El Derecho comunitario de la contratación pública, Madrid 1991, pág. 34-37; NOGUERA DE LA MUELA, B., El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Barcelona 2001, págs. 33-42; LÓPEZ BENÍTEZ, M., “Los poderes adjudicatarios en el Derecho Comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, Noticias de la Unión Europea nº 136 (1996), págs. 58-60.

Consideraciones éstas que vienen a confirmar una vez más la postura clara y determinante que mantienen el Tribunal de Justicia en orden a calificar como organismo de derecho público a distintas entidades de Derecho privado que reúnen cumulativamente los tres requisitos enunciados en el art. 1, letra b) párrafo segundo de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, estimando que la forma de constitución es indiferente a este respecto (Fundamento 54 STJCE 15 de mayo de 2003). Añadiéndose “(...) *el estatuto de Derecho privado no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido del art.1, letra b) de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 y, por tanto, del art.1, apartado 1 de la Directiva 89/665*” (Fundamento 55).

En este sentido, el Tribunal de Justicia recuerda en esta Sentencia (apartados 6, 29, 50, 60) aquellos pronunciamientos que le han llevado a considerar a una sociedad de derecho privado como era el caso de la “Irish Forestry Board” (“Servicio de Bosques”) poder adjudicador, “cuyos contratos públicos de suministro están sometidos al control del Estado en el sentido de la Directiva 77/62 (STJCE de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda, 353/96)⁹,

⁹ A este respecto, el Tribunal señaló como fue el Estado quien creó el Servicio de Bosques: fue previsto por el art. 9 de la Irish Forestry Act 1988 (Ley de bosques irlandesa de 1988); le encomendó determinadas tareas que principalmente consisten en la conservación de los bosques nacionales, mantener la industria forestal, así como el acondicionamiento de instalaciones de carácter recreativo, deportivo, educativo, científico y cultural. Asimismo, el accionista mayoritario es el Ministro de Hacienda; y fue creada esta Sociedad de derecho privado, por el Ministro de energía, que nombra a sus principales directivos y puede dirigirle instrucciones por escrito con el fin de obligarle a respetar las líneas generales de la política del Estado sobre las actividades forestales, acondicionar o conservar servicios o instalaciones determinados y conservar o utilizar terrenos determinados con fines específicos (arts. 38 de la Ley de Bosques); el Servicio de Bosques está obligado a consultar al Ministro de Hacienda sobre las actuaciones forestales en determinadas zonas de interés científico (art. 13); cada año el Servicio de Bosques deberá proponer al Ministro un programa de compraventa de terrenos (artículo 14); la creación y adquisición de filiales deberán ser aprobadas por el Ministro (letra g) del apartado 2 del artículo 15); deberá celebrarse una Junta General cuando los dos Ministros así lo propongan (punto 15 de los Estatutos), y deberán someterse al Parlamento Irlandés (artículo 30 y 31 de l Ley) el informe anula , así como el informe de inspección de cuentas del Servicio de Bosques.

En cuanto a la financiación, el capital social del servicio de bosques deberá ser aprobado por el Ministro de hacienda (art.10).

En suma, rasgos todos ellos que nos denotan como esa Sociedad de Derecho privado depende en una medida considerable de los poderes públicos y aunque no puede ser calificado como Estado o un ente público territorial, dado el control que el Estado ejerce sobre ella –tanto económico como sobre las funciones que debe cumplir el Servicio de Bosques, se le debe considerar una “autoridad pública cuyos contratos públicos de suministro están sometidos al control del Estado” en el sentido del punto VI del Anexo I de la Directiva 77/62. Por ello es un poder adjudicador y debía ordenarse la publicación del anuncio de licitación, relativo a un contrato de suministro de fertilizantes en el DOCE.

y a la Osterreichische Staatsdruckerei (“ÖS” Imprenta estatal Austriaca) organismo de Derecho público por concurrir en ella los tres requisitos recogidos en el art. 1.b) de la Directiva 93/37 (STJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau). Asimismo, importante resulta también la Sentencia de 10 de noviembre de 1998, C-360/1996, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden y BFI Holding BV, relativa a la aplicación del art. 1.b) de la Directiva 92/50/CEE sobre contratos públicos de servicios.

En este caso, se trataba de la recogida de residuos efectuada por una nueva persona jurídica “la sociedad anónima ARA”, creada por los municipios Arnhem y Rheden con tal propósito. En dicho asunto, se suscitaba si un contrato de recogida de residuos debía quedar sujeto a la Directiva 92/50/CEE, de contrato de servicios, postura que mantenía BFI, empresa privada dedicada a tales cometidos. Sin embargo, el Gechtshof te Arnhem (órgano jurisdiccional nacional), estimó que le era aplicable la excepción prevista en el art.6 de la Directiva 92/50, en la medida en que se consideraba que ARA era un organismo de derecho público en el sentido de la letra b) del art.1 de la mencionada Directiva.

En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia se centró en la interpretación que debe hacerse de la definición que se da de organismo de derecho público como “todo organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”. Puesto que, los otros dos requisitos: estar dotados de personalidad jurídica y cuya actividad dependa estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público, ya se cumplían. Al respecto, entendió que la expresión “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, quiere decir que si el legislador comunitario lo especifica es porque entiende que existen también necesidades de interés general que tienen carácter industrial o mercantil. Añadiendo que es indiferente que, además de cumplir la función de satisfacer necesidades de interés general, una entidad pueda desempeñar otras actividades, puesto que lo importante es que siga encargándose de las necesidades que está específicamente obligado a satisfacer, y que son aquéllas. En definitiva, entendió que ARA era poder adjudicador¹⁰.

¹⁰ Asimismo resaltar que además, en virtud del art.6 de sus Estatutos, únicamente podrán ser socios de ARA personas jurídicas de Derecho público o sociedades de las que al menos el 90% de sus acciones se halle en manos de dichas personas jurídicas y, además, la propia Sociedad. Con arreglo, al art.13.2 de los Estatutos, los municipios designarán cinco de los, como mínimo siete y como máximo nueve, miembros del Consejo de Vigilancia.

Siguiendo en este orden de cosas, el broche de oro lo ha puesto en el caso español la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA)*. En este supuesto, se trata también de una Sentencia que se produce en el marco de un recurso por incumplimiento dirigido por la Comisión contra España, y nuevamente somos condenados pero ahora por haber incumplido las obligaciones que nos incumben en virtud de la Directiva 93/37 sobre los contratos de obras, al no someternos al conjunto de las disposiciones de dicha Directiva con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA), sociedad que responde a la definición de entidad adjudicadora del art.1.b) de la Directiva 93/37.

En el presente caso, el Gobierno español y la Comisión disientan sobre si las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creo específicamente SIEPSA¹¹ carecen de carácter mercantil, habida cuenta que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el primer guión del art. 1.b) párrafo segundo de la Directiva 93/37, ya que el resto de elementos los cumplía.

A este respecto y por lo que se refiere más en particular al concepto de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”, ya tuvo el Tribunal de Justicia ocasión de precisar su alcance¹² en diversos pronunciamientos, se trataba ahora de aplicarlo a SIEPSA.

¹¹ Recordar que SIEPSA, de acuerdo con sus Estatutos, es una Sociedad estatal creada mediante acuerdo del Consejo de Ministros en 1992 bajo la forma de sociedad anónima mercantil. Está dirigida y representada por un Consejo de Administración, integrado por ocho miembros designados por la Junta General de accionistas, a propuesta de los Ministerio de Justicia, de Economía y de Hacienda. El Consejo de Administración nombra a su Presidente de entre los Consejeros propuestos por el Ministerio de Justicia.

Según se desprende de sus Estatutos, en relación a la actividad que desarrolla, esta sociedad no oferta cárceles en el mercado (inexistente) de establecimientos penitenciarios, actúa como delegada de la Administración del Estado para auxiliarla en la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario.

¹² En los Fundamentos 79 a 82 de esta Sentencia el Tribunal de Justicia señala lo siguiente:

El Tribunal de Justicia declaró así que dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trate (en este sentido, sentencia Adolf Truley, antes citada, apartados 36, 40 y 45).

Además, según reiterada jurisprudencia, constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas co-

Aquí, el Tribunal entiende que ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario de dicho Estado.

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

Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza sus actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.

Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de

munitarias relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante la oferta de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacerlas por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante (véanse, en particular, las sentencias Adolf Truley, antes citada, apartado 50, y de 22 de mayo de 2003, coronen y otros, C-18/01, Rec. P. I-0000, apartado 47).

Asimismo, se desprende de la jurisprudencia que la existencia o la ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la actividad de que se trate (en este sentido, sentencias Adolf Truley, apartado 66, y coronen y otros, apartados 48 y 59, antes citadas).

En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 51 de la sentencia Coronen y otros, antes citada, si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tenga carácter industrial o mercantil.

SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. Por consiguiente, dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.

En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en si el primer objetivo de esta sociedad.

En efecto, de los Estatutos de dicha sociedad se desprende claramente que actividades como la adquisición de inmuebles para la instalación de nuevos centros, la promoción y la ejecución de obras de urbanización y construcción o incluso la enajenación de las instalaciones desafectadas no son sino medios que SIEPSA aplica para alcanzar su principal objetivo, que consiste en contribuir a la realización de la política penitenciaria del Estado.

Teniendo en cuenta el conjunto de factores jurídicos y fácticos que regulan la actividad de SIEPSA, el Tribunal entiende que procede concluir que las necesidades de interés general para cuya satisfacción se creó específicamente dicha sociedad no tienen carácter industrial o mercantil.

De ello resulta que una entidad como SIEPSA debe ser calificada de organismo de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo de la Directiva 93/37 y, por tanto, de entidad adjudicadora conforme al párrafo primero de dicha disposición.

En consecuencia, la Directiva 93/37 es aplicable a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras convocados por dicha sociedad.

No resultando admisible la afirmación del Gobierno español al entender que SIEPSA estaba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva y de la Ley 13/95 (hoy TRLCAP de 2000) ya que se regía por normas de derecho privado, siendo únicamente aplicable la Disposición Adicional Sexta, respecto de los principios de publicidad y concurrencia en los procedimientos de adjudicación de contratos que convoque, lo cual cumplía con el nuevo anuncio de licitación en los diarios de prensa nacional y local.

En suma, sentencia la del caso SIEPSA que resulta definitiva, en tanto que por vez primera y para el supuesto de sociedades mercantiles en mano públi-

ca, dependientes de la Administración española, el Tribunal de Justicia resulta tan determinante.

Pero, volviendo a la Sentencia de 15 de mayo de 2003 que es objeto de nuestro comentario resulta destacable como el Tribunal insiste en que *“es necesario señalar, además, que el efecto útil tanto de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 como de la Directiva 89/665 no quedaría plenamente preservado si pudiera excluirse la aplicación de dichas Directivas a una entidad que cumpla los tres requisitos antes citados por el nuevo hecho de que, con arreglo al Derecho nacional al que está sujeta, su forma y régimen jurídico correspondan al Derecho privado”* (Fundamento 56).

Efectivamente, como venimos diciendo el Derecho Comunitario ha operado por encima de los envoltorios formales y las especialidades de personificación existentes en cada Estado miembro. Así, en ese Derecho, tal como ha puesto de relieve MASSERA¹³ no existe una noción unitaria de Administración Pública habida cuenta el principio de autonomía institucional de los Estados miembros, de manera que el concepto comunitario de Administración Pública es un concepto cambiante, de “geometría variable”, que se ha ido forjando casi exclusivamente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En este sentido, y a la vista de la jurisprudencia comunitaria a la que hemos hecho breve referencia en estas páginas, la Corte siempre trata de dar al concepto de poder adjudicador un efecto útil¹⁴, es decir el contenido más adecuado para la consecución de los objetivos de la normativa de que se trate, ahora de contratación pública. De ahí las Sentencias *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (AMMS) *Hofner K./Macrotron GMBH* y *British Gas*, y la reciente *SIEPSA*, entre otras.

¹³ MASSERA, A., “Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione”, en *El desenvolupament del dret administratiu*, edita Escola d'Administració Pública, Barcelona 1993, pág. 55 y ss.; MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid 1996, págs. 152-153; IDEM “El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de Administración Pública”. *Noticias de la Unión Europea*, nº 169 (1999), págs. 25-28.

¹⁴ PIÑAR MAÑAS, J.L., “Privatización de empresas públicas y derecho comunitario”, *RAP* nº 133 (1994), págs. 39-41; MORENO MOLINA, J.A., *Contratos...* op. cit. pág. 151; GIMENO FELIU, J.M^a, “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública”, *RAP* nº 144 (1997), pág. 162; NOGUERA de la MUELA, B., *El ámbito...* op. cit., pág. 141.

Por tanto el Tribunal de Justicia lleva a cabo interpretaciones que garanticen la consecución del resultado que se persigue con la Directiva, en este caso garantizar plenamente la apertura de la contratación pública. En consecuencia, según doctrina consolidada de este Tribunal el recurso a disposiciones del ordenamiento jurídico interno para limitar el alcance de las disposiciones de Derecho comunitario tendría como efecto debilitar la unidad (arts. 2 y 3. Tratado de la Comunidad Europea) y la eficacia de dicho Derecho y ello no puede admitirse¹⁵; debe operar por tanto una subordinación de los distintos Derechos administrativos nacionales a las “bases” de ese Derecho administrativo europeo¹⁶ tal como se desprende del principio de lealtad consagrado en el art.10 del Tratado de la Comunidad Europea¹⁷, y que fielmente ha plasmado la STJCE de 17 de noviembre de 1993, en la que es derogado el art. 2.8 de la Ley de Contratos del Estado¹⁸, que venía siendo la apoyatura para la inaplicación de aquella ley a la actividad contractual de las entidades administrativas, públicas o privadas, que sometían su actividad al Derecho Privado; siendo aplicable también el principio de primacía según el cual en caso de colisión o contradicción ente normas nacionales y comunitarias priman o preva-

¹⁵ Al respecto resulta muy ilustrativa la Sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión contra Italia, 118/85, Rec. 1987, FJ 11.

En este sentido, cabe tener presente como en Francia, como ha indicado el Consejo de Estado, la noción comunitaria de “*merchés publics*” ha modificado sustancialmente la que era propia del ordenamiento francés, de forma que la normativa de la Comunidad sobre contratos públicos debe ser aplicada no sólo por los entes que tradicionalmente debían hacerlo (el Estado, las colectividades públicas locales y los “establecimientos públicos” que no tengan carácter industrial o comercial), sino también por los organismos privados con financiación pública mayoritaria, sometidos a un control de gestión por el Estado u otra Administración pública o cuyos órganos de administración o dirección estén compuestos mayoritariamente por miembros nombrados por el Estado o las colectividades públicas locales.

Al respecto, RICHER, L., “L’article 1 du Code des marchés publics doit-il-etre revise?” AJDA, julio-agosto 1994, p. 16.

¹⁶ RIVERO, J., “Vers un Droit Común Euroéen: nouvelles perspectives en Droit Administratif” en *Nouvelles perspectives d’un Droit Común de l’Europe*, Florencia 1978, págs. 389-406; SCHWARZE, *European Administrative Law*, Londres 1992; GIMENO FELIU, J.M^a., *Contratos públicos...* op. cit., págs. 12-13.

¹⁷ GARCÍA de ENTERRÍA, E., “La Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, REDA n^o 67 (1990), págs. 401 y ss.

¹⁸ TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., “Consecuencias inmediatas que sobre la legislación española de contratación administrativa provoca la declaración de incumplimiento realizada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 2003”, *Noticias de la Unión Europea*, n^o 121 (1995).

leen estas últimas, debiendo la Administración y los jueces aplicarlas, descartando la disposición interna, sea del rango que sea, opuesta (STJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal).

Ya en el ámbito de nuestro derecho, quiero recordar como además de la importancia del efecto útil de las Directivas supra apuntado, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (ya sea en el texto vigente del 2000, como en el de 1995 hoy derogado del que trae causa) tiene su razón de ser en el Derecho Comunitario, de manera que aquella sólo puede ser entendida correctamente en el contexto de ese Derecho, siendo la necesidad de adecuar nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico-comunitario uno de los factores determinante, sino el principal, del nacimiento de aquel texto legal en su versión de 1995, tal como declaraba su Exposición de Motivos¹⁹ y que ha pasado al actual TRLCAP de 2000. Verdaderamente, este ha sido el factor clave de la reforma, y un aspecto altamente positivo de la influencia de la normativa comunitaria en la legislación de contratación, lo tenemos en su ámbito subjetivo de aplicación, que se ha realizado con los mimbres del Derecho Comunitario. Ahora bien, ello, ha producido unos efectos que ya apunté en anteriores trabajos²⁰ y que tanto la Sentencia que comentamos como la de 16 de octubre de 2003 (SIEPSA) han venido a confirmar. Veamos a continuación

¹⁹ Recordemos que las causas que justificaron la promulgación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo eran la necesidad de vertebrar una legislación básica que diese cauce a los imperativos del art. 149.1.18 CE; la codificación de la regulación existente; la lucha contra la corrupción y la necesidad de adecuar nuestra legislación al ordenamiento jurídico comunitario de la contratación.

PIÑAR MANAS, J.L., "El derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley" en Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (AA.VV.) Director: R. Gómez-Ferrer Morant, Vitas, Madrid 1996, pp. 21-22; SAINZ MORENO, F., "Los temas objeto de debate en la nueva Ley", en Comentario... cit. pp. 54-57; PADROS, X., y FORTUNY, J., Legislación básica sobre contractes: La Llei de contractes... op. cit., p. 23; SILVA DE LAPUERTA, R., y CALVO VÍAZ, G., "El Derecho Comunitario europeo y la LCAP" en Derecho de los Contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, (AA.VV.), Coordinación: Pendas, B., Edit. Praxis, Barcelona 1995, pp. 103-125; ENTRENA CUESTA, R., "Aspectos generales de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" en Contratación Pública II. Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996, Coordinadores: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., y LAGUNA DE PAZ, J.C., Edit Marcial Pons, Madrid 1997, p.17; MARTÍN-RETORTILLO, S.; "Reflexiones sobre la huida op.cit. p. 45; IDEM. El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones, Edit. Civitas, Madrid 1996, p. 223.

²⁰ NOGUERA de la MUELA, B., El ámbito... op. cit. in totum. Igualmente BAÑO LEÓN, J.M^a, "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", RAP nº 151 (2000).

tales efectos al hilo de la reforma del TRLCAP introducida por la Ley de Acompañamiento de la Ley de Presupuestos de 2004, Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

2. El art. 2.1. y las Disposiciones Adicionales Sexta y Decimosexta del TRLCAP introducidos por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2003

Efectivamente, como consecuencia del fallo condenatorio recogido en la STJCE de 15 de mayo de 2003 en la Ley de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social de 2003 (Ley 62/2003) se ha dado nueva redacción al art. 2.1 y Disposición Adicional Sexta del TRLCAP de 2000 (ámbito subjetivo) adicionándose una nueva Disposición Adicional decimosexta bajo la rúbrica “Recursos en materia de contratos de las sociedades sujetas a esta Ley”, así como un art.60 bis relativo a “Medidas provisionales”, al que tendremos ocasión de referirnos más adelante al abordar esta cuestión; constituyendo todos ellos legislación básica dictada al amparo del art. 149.1.18 CE según preceptúa el art. 67.5 de la Ley 62/2003.

Nuevamente por tanto, nos enfrentamos a un nuevo diseño del ámbito subjetivo de aplicación de la Legislación de Contratos y una vez más debemos plantearnos si con esta redacción se pone fin o no al escapismo constante, poniendo de relieve también si estimamos necesaria alguna otra reforma.

Ello no obstante, con carácter previo quiero resaltar como una y otra vez hemos contemplado como diferentes Leyes, estatales y autonómicas, ofrecen soluciones que no armonizan con la LCAP, Ley general y básica. A nuestro juicio, ello no es de recibo, ni Estado ni Comunidades Autónomas pueden a su arbitrio excluirse de la Ley de Contratos, ya que si así fuera tal Ley dejaría de ser básica (art. 149.1.18 CE) y los arts. 1, 2, Disposición Adicional Sexta gozaban (Disposición Final Primera) y gozan de tal característica, teniéndola también en la actualidad esa nueva Disposición Adicional decimosexta, y van dirigidos por tanto a establecer un denominador común normativo que garantice una posición jurídica igualmente común de todos los ciudadanos ante todas las Administraciones en su actividad contractual.

En consecuencia, el Estado cuando dicta normas uniformes para todas las Administraciones Públicas en virtud del art. 149.1.18 de la Constitución, queda vinculado por esas normas básicas y no puede legítimamente dictar leyes

posteriores que deroguen de forma singular la regla común, puesto que la función constitucional de tal norma básica es garantizar un *status* uniforme²¹.

Así pues, tal como afirma BAÑO LEÓN, “el juez que se enfrente ante una norma estatal posterior que no tienen carácter básico, contradictoria de una norma básica del Estado no puede aplicar esta última sin vulnerar la Constitución. El juez que se encuentre ante este conflicto, debe plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley posterior salvo que sea posible conciliar las interpretaciones de ambas leyes: en ese caso debe prevalecer la norma básica anterior, pues se trata de un conflicto de interpretación entre leyes que corresponde dilucidar al juez ordinario y no propiamente al juez constitucional”²².

Si se trata por tanto de un conflicto entre dos normas estatales, debe aplicarse el principio de auto vinculación del Estado a su normativa básica. Tal como indicó certeramente BAÑO LEÓN, “este plusvalor de la Ley básica estatal frente a normas posteriores, se transforma en una prevalencia de la norma básica en caso de conflicto frente a la norma estatal posterior. No juega en tal situación ni la regla de la derogación de la ley posterior ni el principio de especialidad, aplicación de la ley especial ante la general. Sencillamente y con fundamento en el principio de lealtad constitucional y en el propio carácter de la norma básica, la ley estatal posterior es inconstitucional”²³.

Luego volviendo a la Ley de Contratos, remarcar que ni Estado ni Comunidades Autónomas pueden pasar por alto la legislación básica estatal que define el ámbito subjetivo de la normativa sobre contratos. Y si ya hemos indica-

²¹ GÓMEZ-FERRER MORANT, R., en “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional” RAP n° 113 (1987), pág. 23 “las relaciones entre las leyes del Estado no pueden explicarse únicamente en virtud del principio de competencia o de jerarquía. Es preciso completarlas con la idea de la función que cumple cada Ley en el sistema jurídico de acuerdo con la Constitución, que es la clave para dar razón de la superioridad de unas leyes sobre otras, en los supuestos en que ni uno ni otro principio permiten resolver cual es la Ley que debe prevalecer cuando dos o más leyes inciden en la regulación de una misma materia”.

Asimismo el Tribunal Constitucional ha señalado como es la especial función constitucional –en tal caso- de la Ley de Bases de Régimen Local la que justifica la subordinación a la misma de la legislación de las Comunidades Autónomas y también de la legislación sectorial del Estado (SSTC 220/1988, de 24 de noviembre, 259/1988 y 148/1991 entre otras).

²² BAÑO LEÓN, J.M^a, “La influencia...” op. cit. pág. 23.

²³ BAÑO LEÓN, J.M^a, “La influencia...” op.cit., pág. 24.

do, qué sucede si se trata de una ley estatal la que introduce la singularidad en el campo de la contratación para una determinada entidad, debemos también destacar que si es una Ley autonómica la que excluye al ente de que se trate, de la aplicación del art.1 y art.2 de la Ley de Contratos, aquella norma será inconstitucional y se verá desplazada en virtud del principio de prevalencia de la ley estatal (art. 149.3 CE).

Veamos ahora, por tanto, cual es la nueva redacción del art. 2.1, Disposición Adicional Sexta y Disposición Adicional Decimosexta del TRLCAP de 2000 (art. 67 Ley 62/2003):

El art. 2.1 queda con la siguiente redacción:

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

La disposición Adicional Sexta, bajo la rúbrica *“Principios de contratación en el sector público”* resulta del siguiente tenor:

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

Finalmente se introduce una nueva Disposición Adicional decimosexta con el siguiente contenido:

“Disposición adicional decimosexta. “Recursos en materia de contratos de las Sociedades sujetas a esta ley”.

“A efectos de reclamaciones y recursos en relación con los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 de esta ley se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 51

de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE”.

La lectura de estos preceptos, me llevan a realizar las siguientes reflexiones generales:

a) En primer término, me llama la atención que nada se diga del art. 1.3 TRLCAP y se mantenga intacta su redacción respecto a la referencia a las “Entidades de Derecho Público”, tras la irrupción hace ya bastante tiempo de la LOFAGE para la Administración institucional estatal, por cuanto, insisto, guarda silencio sobre ese precepto la Ley de Medidas Fiscales de 2003.

b) En segundo término, respecto al art. 2 el legislador continúa rubricando este precepto bajo el rótulo “Adjudicación de determinados contratos de Derecho Privado”, cuando en el contenido del mismo se hace referencia a contratos que el TRLCAP en su art.5 considera como contratos administrativos (obras, suministros, servicios, consultoría y asistencia), y a los que se les aplica la teoría de los actos separables de los contratos privados de las Administraciones.

En su apartado 1, que ha sido objeto de reforma, de una parte se continúa hablando de “entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior”, esto es el art. 1.3., y de otra, se incluyen ahora a las sociedades de derecho privado que tengan la condición de “poder adjudicador” por reunir los requisitos del art. 1.b) Directivas 92/50, 93/36, 93/37 al conceptualizar la noción de “organismo de derecho público” y que nuestro legislador ha transpuesto literalmente en el art. 1.3. TRLCAP, sometién-dolas a las prescripciones de esta Ley sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación respecto de ciertos contratos siempre que su importe sea igual o superior a un determinado umbral presupuestario. En cuanto a la exigencia de que “la principal fuente de financiación de dichos contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas”, que se contenía en el art. 2.1.b) TRLCAP, entendemos que no sigue vigente, ha sido implícitamente derogada, ya que de lo contrario en la Ley 62/2003 se hubiera expresamente recogido favoreciendo así el que entre esas “entidades de derecho público no comprendidas en el art. 1.3 TRLCAP” se incluyan entidades, como entidades públicas empresariales (EPES), que tengan carácter industrial o mercantil, siendo indiferente que estén o no financiadas en su actividad de forma directa o indirecta (lo que permite incluir toda clase

de dotaciones patrimoniales) por las Administraciones Públicas, a las que en todo caso se aplicará el nuevo art. 2.1.

Luego, para que se aplique parcialmente la normativa de contratación pública (normas sobre capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación) debe tratarse de contratos de obras, suministros (que constituye una novedad), consultoría y asistencia, y servicios, a los que se añade una exigencia cuantitativa sobre el importe de dichos contratos: 5.000.000DEG si se trata de contratos de obras, y 200.000 DEG para el resto de contratos mencionados. Si no concurren tales circunstancias, no se aplicará ni tan siquiera de forma parcial la legislación de contratos.

Hecho, este último que no creemos sea inhabitual, y así basta con pensar en que el umbral presupuestario sea inferior a las cantidades que se prevén en el art. 2.1, en tal caso lo que en el Derecho comunitario es facultativo (porque no olvidemos las Directivas son instrumentos normativos “de mínimos”, se busca alcanzar un resultado común), se convierte en preceptivo en el Derecho interno por una transposición que tienen el efecto de inaplicación obligatoria de la LCAP.

Por el contrario, si se trata de un contrato de concesión de obra pública resulta capital el art. 220.5 TRLCAP donde se indica que el régimen de ese contrato previsto en el Título V es aplicable a todas las entidades de derecho público “cualquiera que sea su régimen jurídico de contratación y denominación”, por tanto también sociedades en mano pública.

Al hilo de todo ello, creo de interés traer también a colación que si nos encontramos ante la realización de alguna de las actividades enumeradas en el art. 3 de la Ley 48/98, más alguno de los contratos incluidos en el art.5 Ley 48/98 y dentro de los umbrales cuantitativos (art.8) se aplicará la Ley 48/98 a esas entidades de derecho público del art. 2.1.a) Ley 48/98, y empresas públicas del art. 2.1.c) Ley 48/98, suscitándonos ciertos interrogantes la redacción que sigue vigente en la Disposición Adicional Undécima del TRLCAP del 2000 al afirmar:

“2. Las entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, se regirán, en lo no previsto en la misma, por sus normas de contratación específicas.

El Ministerio al que estuvieran adscritas las citadas entidades podrá aprobar, cuando el régimen de contratación de las mismas sea el de derecho privado, normas o condi-

ciones generales a fin de asegurar la homogeneización de ésta y el respeto a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación de la contratación del sector público. El repertorio de las normas o condiciones generales deberá ser informado preceptivamente por el Servicio Jurídico del Estado.”

El punto 2 de esta Disposición nos plantea diversos interrogantes: ¿Cuáles son las “entidades públicas” incluidas en el ámbito de la Ley 48/98?; ¿estamos favoreciendo una vez más la singularidad de cada una de estas entidades, al preceptuar que “en lo no previsto en la Ley 48/98, se regirán por sus normas de contratación específicas”? Estimamos que lo que debería decir es que debe sujetarse al TRLCAP y así zanjar el escapismo constante. Y en tercer lugar, ¿qué efecto produce la previsión recogida en el párrafo segundo el punto 2. de la Disposición Adicional Undécima del TRLCAP del 2000? Parece que se refiere por ejemplo al caso de AENA, cuya Disposición Adicional 4ª de la Ley 48/98 expresamente para ella señala que en lo no previsto en esa Ley, “ajustará su régimen de contratación al derecho privado”.

Si bien, esta previsión, el TRLCAP de 2000 la está haciendo extensiva para cualquier entidad pública incluida en la Ley 48/98 al afirmar que en lo no previsto en la misma, se regirán por sus normas de contratación específicas²⁴.

Asimismo, quiero resaltar como el art. 2.2. del TRLCAP que mantiene la redacción que tenía, continua pudiendo ser de aplicación a las sociedades mercantiles en mano pública²⁵ extendiéndose también a sujetos privados como consecuencia de la subvención que perciben²⁶, cuando en aquel, se preceptúa:

²⁴ NOGUERA de la MUELA, B., “Las Directivas Comunitarias de “sectores excluidos” y la Ley 48/98, de 30 de diciembre: ámbito de aplicación y procedimientos de conciliación”, Noticias de la Unión Europea nº 205 (2002), pág. 128-129.

²⁵ NOGUERA de la MUELA, B., El ámbito... op. cit. Pág. 123, donde sostenía esta tesis, indicando específicamente como GISA (“Gestió d’Infraestructures S.A.) tendría ahí cabida.

²⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, M., ob.ult.cit. pág. 61; ENTENA CUESTA, R., “Aspectos generales...,” op. cit. p.21; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., ob.ult.cit., p.114; GIMENO FELIU, J.Mª, El control..., op. cit. pp.135-136, afirma “en este caso, por la intensidad de la relación de especial sujeción derivada por la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico se acude... al dato funcional de quién es el que realmente financia o asume el costo principal de dicho contrato, entendiéndose que en estos casos nos encontramos con la presencia indirecta pero decisiva de un poder público”.

En relación a la incidencia de la obtención de una medida de fomento de desarrollo económico sobre la gestión empresarial de una empresa puede consultarse a MARTÍN-RETORTILLO, S.,

“2. Quedan sujetos a las prescripciones a que se refiere el apartado anterior los contratos de obras de la clase 50, grupo 502, de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), los de construcción relativos a hospitales, equipamientos deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y a edificios de uso administrativo, y los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que estén relacionados con los contratos de obras mencionados, cuando sena subvencionados directamente por la Administración con más del 50 por 100 de su importe, siempre que éste, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 5.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 200.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.”

Ampliación, por consiguiente, del ámbito subjetivo del TRLCAP, por razón del objeto de la contratación que realicen y si han obtenido una ayuda pública o subvención para ello superior al 50% del importe.

c) El tenor literal de la actual Disposición Adicional Sexta del TRLCAP suscita diversas consideraciones.

Primeramente, tal como indicaba PÉREZ MORENO²⁷, volvemos a plantearnos la diferencia que existe entre los “principios de contratación en el sector público”, “principios de esta Ley”, que invoca el art. 3.2. del TRLCAP, y los principios a los que se sujetan los contratos de las Administraciones Públicas, que según el art. 11 del TRLCAP son “los de publicidad y concurrencia, salvo la excepciones establecidas por la presente Ley y, en todo caso a los de igualdad y no discriminación”²⁸. Debemos destacar, la generalización de estos últi-

Derecho Administrativo Económico, I, Madrid 1988, p.459. Téngase en cuenta que las medidas de fomento son utilizadas con frecuencia por el Estado, por cuanto se trata de uno de los procedimientos más eficaces de promoción y reactivación de la iniciativa privada –clave en el desarrollo de la economía de un país– a la vez que supone un auténtico cauce por el que el Estado puede dirigir y orientar la actividad económica del país, adecuándola a la específica coyuntura económica del momento. De esta manera, el fomento se constituye en fórmula de potenciación del sector económico privado y permite la ordenación del mismo por los poderes públicos, sin acudir a otras técnicas de intervención directa. Sobre la operatividad e incidencia de estas medias pueden verse principalmente los siguientes trabajos: FERNÁNDEZ FARRERES, G., La subvención: concepto y régimen jurídico, IEF, Madrid 1983; DÍAZ LEMA, J.M., Subvenciones y crédito oficial en España, IEF-ICO, Madrid 1985.

²⁷ PÉREZ MORENO, A., La contratación... op. cit. Pág. 868.

²⁸ GARCÍA TREVIJANO, J.A., “Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión” en Derecho de los Contratos Públicos Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, coord. PENDAS, B., Edit

mos, que son expresión de un valor esencial de ordenamiento jurídico (arts. 1, 14 y 149.1.1. CE), y resulta no justificable que actividades públicas se gestionen mediante sociedades mercantiles de las Administraciones Públicas y, que en sus relaciones contractuales no se sometan a los principios de igualdad y no discriminación. A mayor abundamiento, esta endeble sujeción a los principios de publicidad y concurrencia puede excepcionarse, siempre que la naturaleza de la operación a realizar resulte incompatible con los meritados principios.

En segundo lugar, cabe advertir como la nueva redacción de esta Disposición se refiere a las sociedades de derecho privado del actual apartado 1 del art. 2 TRLCAP, esto es, a las sociedades de derecho privado que son “poder adjudicador” en el sentido del Derecho Comunitario, pues bien éstas “para los contratos no comprendidos en el art. 2.1”, por tanto parece que cuando se trate de obras, suministros, consultoría y asistencia, y servicios que estén por debajo del umbral presupuestario indicado en el art. 2.1. “ajustarán su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios”. Es evidente que así, no se aplica esta Disposición con carácter residual,²⁹ ni se pone freno a escapar de las reglas de contratación.

Este precepto debería entrar en juego cuando el ente contratante se comporte como un auténtico agente económico, desprovisto de funciones administrativas. En tal caso, estas “empresas públicas” deberán observar el Derecho de la competencia e implicará que se sometan por tanto a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de cualquier índole, a fin de no gozar de privilegios que falseen el juego de la libre competencia del mercado, vulnerándose los arts. 81, 82 y 87 del Tratado de la Comunidad Europea³⁰, y en tal caso,

Praxis, S.A., Barcelona 1995, pp. 259-267, afirma que los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación son referibles a todo tipo de contratos, privados o públicos de las Administraciones por afectar a la parte separable de la contratación administrativa. Asimismo, el art.11 LCAP que los recoge es norma básica, lo que comporta que ninguna norma autonómica ni local pueda eliminar la imperativa observancia de tales principios, de forma que sólo el propio legislador estatal podría, mediante una norma básica, excepcionarlos (y además siempre que haya razones justificadas y proporcionadas a la medida, pues de otra forma se vulneraría la normativa comunitaria sobre contratos y la propia constitución Española). Entre las excepciones, podemos citar entre otras, los contratos celebrados por entidades privadas participadas mayoritariamente por otras públicas, los contratos privados de las Entidades públicas.

²⁹ NOGUERA de la MUELA, B., *El ámbito...* op. cit. pág. 147; GIMENO FELIU, J.M^a, *Contratos...* op. cit. pág. 61; BAÑO LEÓN, J.M^a, “La influencia...” op. cit. pág. 31

³⁰ GIMENO FELIU, J.M^a, *Contratos...* op. cit., pág. 71.

sí bastará aplicar los principios de publicidad y concurrencia en los términos que prevé la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe de 24 de octubre de 1995 al afirmar:

“(…) sobre la sujeción a los principios de publicidad y concurrencia no pueden darse soluciones concretas ya que será la propia empresa la que deberá decidir la manera más adecuada de dar efectividad a los mismos, sin que para ello sea necesario, aunque si posible acudir a las normas concretas (plazos, supuestos de publicidad, procedimiento negociado, prohibiciones de contratar, etc…) que contiene la LCAP”.

Por consiguiente, en ese supuesto tales Sociedades pueden optar por dar cumplimiento a los principios que les incumben según prescriben las normas legales de la LCAP o bien hacerlo de manera diferentes a las previstas en aquéllas.

Por el contrario, el tenor literal de la Disposición Adicional Sexta sigue, demostrando que está por debajo de los estándares del Derecho Comunitario en esta materia, no consiguiéndose poner coto definitivo a la huida de los controles públicos en materia de selección del contratista y de los criterios de adjudicación del contrato.

d) Finalmente, a la vista de la Disposición Adicional Decimosexta, podemos afirmar que se consagra la doctrina de los actos separables para los contratos celebrados por las “sociedades sujetas a esta Ley” (dice la rúbrica de la disposición citada), esto es por las sociedades en mano pública que son poder adjudicador; llevando al ámbito del Derecho Administrativo y de la Jurisdicción contencioso-administrativa, el procedimiento de selección del contratista y adjudicación de contratos mediante una remisión al art. 51 de la Ley 48/98 de los sectores excluidos (energía, agua, transportes y telecomunicaciones) donde se encarga a los propios órganos de contratación de las Administraciones Públicas el control de la observancia de los principios del art. 10 por todas las entidades, públicas y privadas, sujetas a ella, a cuyos efectos les atribuye la competencia para resolver las reclamaciones que puedan formularse por terceros interesados a causa de la infracción de lo dispuesto en sus normas, así como para acordar las medidas cautelares que en cada caso resulten necesarias para asegurar la eficacia de las resoluciones correspondientes y para fijar las indemnizaciones que procedan (art. 51). Esas resoluciones serán directamente ejecutivas y podrán ser ejecutadas por la vía de apremio, sin perjuicio de su impugnación en la vía contencioso-administrativa (art. 64).

Por consiguiente se configura un “recurso de alzada impropio” (donde se puede controlar la objetividad de los criterios, la ponderación de éstos y métodos de valoración empleados) frente a decisiones de entidades privadas, ampliándose el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa; y asimismo se consagra la doctrina de los “actos separables” para el supuesto de contratos celebrados por entidades privadas, que por mor de tal precepto verán como los actos preparatorios del contrato y el acto de adjudicación podrán ser impugnados ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo. Pues bien hoy, ello se hace extensible también a las sociedades mercantiles en mano pública sujetas a la LCAP, produciéndose de facto una modificación de la LJCA de 1998 y de la LPAC de 1992, para aquellas que deberán motivar la no adjudicación de un contrato, someterse al régimen de notificaciones y recursos.

Igualmente, se echa en falta una cláusula general en la Ley de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de 1998 que permitiera el enjuiciamiento por los Tribunales de lo contencioso-administrativo cuando se tratara de acciones relacionadas con “obras y servicios públicos de toda especie” tal como decía el art. 3.a) de la Ley Jurisdiccional de 1956.

Hoy, a diferencia del decaído Proyecto de la LJCA de 30 de septiembre de 1995 que sí lo recogía, nada dice sobre ello la LJCA de 1998, continuando vigentes regulaciones del tenor del art. 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social donde se habilita al Gobierno para crear determinadas Sociedades mercantiles cuyo objeto sea la ejecución y explotación de determinadas obras públicas (carreteras y obras hidráulicas), con la posibilidad expresa de que tal ejecución pudiera llevarse a cabo mediante contratación con terceros o con ayuda de tales contrataciones, que expresamente se someten a ciertas reglas de la contratación pública, (capacidad de las empresas, publicidad, procedimiento de licitación y formas de adjudicación) (art.2 LCAP) e incluso se señala como competente para conocer las cuestiones que se susciten en la –preparación y adjudicación– de esos contratos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, aplicándose así la doctrina de los actos separables³¹ incluyéndose en tal expresión las prescripciones más atrás indicadas en el art. 2 del TRLCAP.

Dato que también se recoge en el art. 132.3.3º de la Ley de Aguas de 2001 cuando dispone:

³¹ MARTÍN-RETORTILLO, S., Comentario del art. 2, REDA nº 100, pág. 85.

“3. En los contratos que las sociedades estatales a las que se refiere este artículo concluyan con terceros para las construcciones de las obras públicas hidráulicas se observarán las reglas siguientes:

3º El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y la adjudicación”.

3. En relación a la tutela cautelar³² contractual. El art. 60 bis del TRLCAP introducido por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2003

Como es sabido, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 –también el Texto Refundido del 2000–, se abstuvo de incorporar la Directiva 89/665/CEE donde se establece un sistema de recursos “rápido y eficaz” que hace especial hincapié en el establecimiento de medidas provisionales encaminadas a suspender de los procedimientos de adjudicación o de ejecución las decisiones de los poderes adjudicadores, que pudieran estar incurridas en alguna infracción de los principios de transparencia y no discriminación que inspiran la regulación de dichas procedimientos; cuya brevedad, subraya la Directiva, es incompatible con la larga duración de los procesos en la vía jurisdiccional³³.

³² De gran interés entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid 1995; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid 1993; TORNOS MAS, J., “Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial, REDA nº 61; BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid 1999; RUIZ PIÑEIRO, F.L., *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Elcano (Navarra) 1991; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el modelo constitucional. Nota última”, REDA nº 93 (1997); SÁNCHEZ MORÓN, M., LEGUINA VILLA, J., y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *¿Parón a la reforma de la justicia administrativa?*, Otrosí de octubre de 1996; IDEM “La polémica con el profesor García de Enterría” en Otrosí de octubre de 1996; ORTEGA ÁLVAREZ, L., en el prólogo al libro de N. GARRIDO, *El acto de gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, Barcelona 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso...* op. cit. pág. 646; BAÑO LEÓN, J.M., *Proyecto de Ley...* op. cit. pág. 69; IDEM “Las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Particular referencia al urbanismo, medio ambiente y contratación administrativa” en *Medidas Cautelares en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid 1999, pág. 269.

³³ TORNOS MAS, J., “La situación actual del proceso contencioso-administrativo” RAP nº 122 (1990), Págs. 103 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Los obstáculos del acceso a la justicia administrativa*, REDA, nº 83 (1994), pág. 358; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Jurisdicción contencioso-admi-

Pues bien, el legislador español, a resultados de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2003, y al no estar recogidas las exigencias de tal Directiva en nuestras Leyes de Procedimiento y procesales, ha introducido un nuevo artículo –el art. 60 bis– en la Ley de Contratos de 2000 regulando las “medidas provisionales” en materia de contratación pública, y cuya letra es la siguiente:

“1. Los interesados en concurrir a un procedimiento de adjudicación y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión, o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación

Esta solicitud podrá formularse con independencia de que se interponga el recurso correspondiente.

2. Serán órganos competentes para adoptar en su caso, tales medidas provisionales los que lo sean para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase.

3. El plazo para solicitar la adopción de las medidas citadas será de cinco días a contar desde la fecha de la infracción alegada, debiendo resolverse, de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa.

Contra dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal.

4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida”.

En principio, podemos afirmar que su redacción, salvo en determinados puntos que después indicaré, responde de forma satisfactoria a lo preceptua-

nistrativa”, Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, págs. 3869-3870; GONZÁLEZ VARAS, S., El Derecho Administrativo (...) op. cit. págs. 225-226; RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M^a, Contratos públicos (...) op. cit., págs. 274 y ss.; GIMENO FELIU, J.M^a, El control de la contratación (...) op. cit. págs. 64 y ss., 83 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M^a, Proyecto de Ley de Contratos (...) op. cit. págs. 68 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, Madrid 1996, págs. 294-297; BACIGALUPO, M., La nueva tutela cautelar... op.cit., págs. 85-88.

da por la Directiva 89/665, aunque también es cierto que incurre en ciertas irregularidades que no son de recibo y a las que me referiré con posterioridad.

En primer término, quiero resaltar que con esta regulación se están “en parte” dotando a los posibles contratistas de mecanismos jurídicos eficaces con los que prevenir posibles disfuncionalidades en los procedimientos de contratación pública³⁴.

Así, “en todo caso los licitadores”, pero también “los interesados en concurrir en un procedimiento de adjudicación”, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales –preveyéndose por tanto una amplísima legitimación– “para corregir la infracción alegada” (parece que tiene cabida cualquier cuestión sobre el procedimiento elegido, publicidad, respecto a los criterios objetivos de selección,...), o “para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación”. Un procedimiento de protección cautelar tanto suspensiva como positiva.

Asimismo, se deduce del art. 60.bis.1. in fine que “estas medidas pueden solicitarse con independencia de que se interponga el correspondiente recurso”, y en consecuencia pueden acogerse antes de que se interponga cualquier recurso sobre el fondo³⁵ dando así pleno cumplimiento a la Sentencia de 15 de mayo de 2003 y en concordancia también con la STJCE de 19 de septiembre de 1996 Comisión/Grecia.

En cuanto a quienes son los órganos competentes para adoptar tales medidas provisionales, señala el art. 60.bis.2 TRLCAP que son los que sean –(competentes)– para conocer de los correspondientes recursos, cualquiera que sea su clase”. Pueden por tanto darse, dos situaciones:

a) Que el órgano que adjudique el contrato sea alguno de los que enuncia el art. 12 del TRLCAP, es decir Ministros, Secretarios de Estado; en tal caso sus actos ponen fin a la vía administrativa, y cabe el recurso de reposición con carácter potestativo; pues bien, de solicitárseles una medida cautelar (“5

³⁴ GIMENO FELIU, J.M^a, Contratos públicos... op. cit. pág. 208.

³⁵ GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, I, Madrid 2002, pág. 717.

días para solicitarla a contar desde la fecha de la infracción alegada”), aquéllos deberán resolver de forma motivada, en un plazo de 10 días, entendiéndose denegada en el supuesto de no recaer resolución expresa (art. 60.bis.3 TRLCAP).

b) En el caso de que sea una sociedad de derecho privado de las sujetas a la Ley de Contratos (es decir “poder adjudicador”) la que adjudique el contrato de que se trate, cabe recurso de alzada impropio (DA 16 TRLCAP), y en tal supuesto éste lo resolverá el órgano del cual depende la sociedad, al cual está adscrito, que deberá operar en la adopción de la medida cautelar con arreglo a los plazos señalados supra (art. 60.bis.3 del TRLCAP).

En todo caso, no resulta admisible la regulación contenida en el art. 60.bis.3 in fine cuando prevé que “contra dicha resolución” de medidas provisionales, “no cabrá recurso, sin perjuicio de las que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal”. Tal previsión, además de contravenir el art. 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, no tiene para nada en cuenta la integración de la justicia cautelar en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente³⁶.

Finalmente, quisiéramos destacar otra cuestión que también nos parece criticable, como es la relativa a atribuir a un órgano que no es independiente la resolución del correspondiente recurso, la adopción de las medidas caute-

³⁶ Esta relación de medio a fin existente entre la institución cautelar y el derecho fundamental citado la recordó el Tribunal Supremo en su conocido Auto de fecha 20 de diciembre de 1990 (también, entre otros, en los posteriores de 17 y 23 de abril, 16 de julio y 19 de diciembre de 1995, etc.), afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Ce, “implica entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar”. Y la ha afirmado el Tribunal Constitucional, básicamente en sus sentencias 14/1992, de 10 de febrero (“...la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medias cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional: esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida queda –contra lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución– desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órganos jurisdiccional en su momento”), y 148/1993, de 29 de abril (“...de este mismo derecho fundamental –a la tutela judicial efectiva– deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medias cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso...”, “... importa destacar que la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser la adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue...”).

lares de que se trate, debiéndose en línea con el Derecho comunitario tender a que estos organismos de control tengan tal carácter (órganos especializados e imprescindibles) como mecanismo para una eficaz supervisión de la correcta aplicación de las reglas de la contratación pública³⁷.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Ciertamente, hoy a la vista de la nueva regulación contenida en el TRLCAP que ha introducido la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 2003 se ha dado un paso más en aras a conseguir poner freno a la huida de los controles públicos en materia de selección del contratista y de los criterios de adjudicación del contrato. Hoy, los subterfugios formales o nominalistas dejarán de ser la excusa para no cumplir las reglas europeas de la contratación; hoy las sociedades mercantiles públicas que sean “poder adjudicador” (art. 1.b) Directivas 92/50, 93/36, 93/37) deberán someterse a la legislación de contratos; y asimismo les será de aplicación la doctrina de los actos separables (la nueva Disposición Adicional decimosexta del TRLCAP), previsiones estas que constituyen normativa básica estatal, resultando consecuentemente cualquier otra ley que la contradiga inconstitucional.

Asimismo, para que el sistema de contratación pública funcione, se requiere la existencia de un sistema eficaz de garantías, de unos mecanismos que permitan la supervisión y revisión de los procedimientos de adjudicación de contratos tanto en el nivel comunitario como en el nacional. Pues bien, en éste último, y en relación a las medidas cautelares contractuales previstas en el art. 60 bis TRLCAP estimamos que resultando una mejora respecto de la regulación anterior, continúa contando con ciertas deficiencias, que hacen que no responda plenamente a las exigencias previstas en la Directiva 89/665.

³⁷ GIMENO FELIU, J.M^a, Contratos... op. cit. pág. 207. Igualmente resulta interesante destacar aquí la Ley balear de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, de 25 de marzo de 2003, donde se contempla en su art. 66 un “recurso especial en materia de contratación”, por tanto un sistema de recursos “ad hoc” dándose así cumplimiento a las exigencias de las Directivas comunitarias en esta cuestión.

El vínculo del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia jurisdiccional

*Juan Francisco Pérez Gálvez*²

Profesor Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad de Almería

SUMARIO: I. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN LOS CENTROS SANITARIOS. 1. Una actividad que ha preocupado a las sociedades de todos los tiempos. 2. Centros sanitarios privados. 3. Centros sanitarios públicos. 3.1. Personal funcionario. 3.2. Personal estatutario. 3.2.1. Estatuto Jurídico del Personal Médico. 3.2.2. Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo. 3.2.3. Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. 3.2.4. Modificaciones. 3.3. Personal laboral. II. LEY 55/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD. 1. Una necesidad inaplazable. 2. El diseño aprobado -Estatuto Marco- queda pendiente de un posterior desarrollo autonómico. III. CONCEPTO DE PERSONAL ESTATUTARIO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ESTATUTARIA. V. CLASIFICACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO. 1. Situación anterior a la entrada en vigor del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. 1.1. Estatuto Jurídico del Personal Médico. 1.2. Estatuto Jurídico del Personal Sanitario no Facultativo. 1.2.1. Por su titulación y función. A. Por su titulación. B. Por su función. 1.2.2. Por la modalidad de prestación de servicios. A. De Zona. B. De Servicios de Urgencia. C. De Instituciones Sanitarias y Equipos Tocológicos. D. De Atención Primaria. 1.2.3. Por la vinculación a la Seguridad Social. 1.2.3. Por la vinculación a la Seguridad Social. 1.3. Estatuto Jurídico del Personal no Sanitario. 1.3.1. Grupo de personal técnico. 1.3.2. Grupo de servicios especiales. 1.3.3. Grupo de personal de oficio. 1.3.4. Grupo de personal subalterno. 1.4. La clasificación -a efectos retributivos- del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre. 2. Situación actual. 2.1. En virtud del título exigido para el ingreso. 2.1.1. Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. A. Pro-

² Abreviaturas utilizadas:

- BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CCOO: Comisiones Obreras.
- CEMS: Confederación Estatal de Médicos.

fesiones sanitarias tituladas. B. Profesionales del área sanitaria de formación profesional. 2.1.2. Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: personal de formación universitaria y personal de formación profesional. 2.2. En virtud de la función desarrollada. 2.2.1. Personal sanitario y personal de gestión y servicios. 2.2.2. El desarrollo profesional y su reconocimiento. 2.2.3. Puestos directivos. 2.3. En virtud del tipo de nombramiento. 2.3.1. Personal fijo. 2.3.2. Personal temporal: interino, eventual, sustituto. VI. EL VÍNCULO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL. 1. Justificación y utilidad de los antecedentes expuestos. 2. Origen del estudio que abordo en este trabajo: dos sentencias del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid. 3. Ley Orgánica del Poder Judicial. 4. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 5. Ley General de la Seguridad Social. 5.1. El artículo 45. 5.2. Excepción. 5.3. La derogación del art. 45 LGSS: una reforma que no llega a materializarse. A. Informe del Consejo General del Poder Judicial. B. El dictamen del Consejo de Estado. C. El debate en sede parlamentaria del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. VII. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA. 1. Resolución adoptada en casos similares. 2. Resolución adoptada por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de España. VIII. FINAL.

I. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN LOS CENTROS SANITARIOS³

1. Una actividad que ha preocupado a las sociedades de todos los tiempos

El ejercicio de las profesiones sanitarias es una actividad que ha preocupado a las sociedades de todos los tiempos.

-
- ET: Estatuto de los Trabajadores.
 - FD: Fundamentos de Derecho.
 - INSALUD: Instituto Nacional de la Salud.
 - LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
 - LGSS: Ley General de la Seguridad Social.
 - LJ: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
 - LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985.
 - LOPS: Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
 - LRJPA: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
 - OM: Orden Ministerial.
 - PNV: Partido Nacionalista Vasco.
 - REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.
 - RJ: Repertorio de Jurisprudencia.
 - STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

³ En relación con los centros, servicios, establecimientos y actividades sanitarias *Vide* Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, *Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios*, Bosch, Barcelona, 2003.

La primera regulación de las profesiones sanitarias en España se produce mediado el siglo XIX, pues el 24 de julio de 1848 se aprueba el Reglamento para las Subdelegaciones de Sanidad interior del Reino⁴, cuyo art. 1 establece que para vigilar y reclamar el cumplimiento de las leyes, ordenanzas, decretos, reglamentos, instrucciones y órdenes superiores relativas a todos los ramos de Sanidad en que también está comprendido el ejercicio de las profesiones médicas, el de la farmacia, el de la veterinaria, la elaboración, introducción, venta y aplicación de las sustancias que puedan usarse como medicinas o ser consideradas como venenos, se establecerán en las provincias delegados especiales del Gobierno, que se titularán Subdelegados de Sanidad. En el art. 2 se precisa que en cada uno de los partidos judiciales aún de aquellas poblaciones en que haya más de uno, habrá tres Subdelegados de Sanidad⁵, de los cuales uno será profesor de Medicina o de Cirugía, otro de Farmacia y el tercero de Veterinaria.

⁴ Vide José de la PEÑA, *Legislación sanitaria vigente de medicina*, Segunda edición, Tipografía y encuadernación de Senén Martín, Ávila, 1926.

⁵ Entre las obligaciones de los Subdelegados de Medicina figuran las siguientes (tomadas de la Instrucción y Reglamento de las Subdelegaciones de 24 de julio de 1848):

I. Velar por el cumplimiento de lo dispuestos en las leyes, ordenanzas, reglamentos, decretos o reales órdenes vigentes sobre Sanidad.

II. Cuidar de que ninguna persona ejerza el todo o parte de la ciencia de curar sin el correspondiente título, y que los profesores se limiten al ejercicio de las facultades y al goce de los derechos que les conceda el que hubiesen obtenido.

III. Presentar a los Gobernadores, Alcaldes e Inspectores Provinciales de Sanidad cuantas reclamaciones creyeren necesarias por las faltas o contravenciones que notasen, tanto en el cumplimiento de las leyes o disposiciones gubernativas referentes al ejercicio de las profesiones médicas y demás ramos de sanidad, como en la observancia de los principios generales de higiene pública.

IV. Examinar los títulos de los profesores de la ciencia de curar que ejercieren o desearan ejercer su profesión en el distrito de la respectiva Subdelegación y horadar los sellos y firmas de los que fallezcan dentro de él.

V. Formar listas generales y nominales de los profesores que tengan su residencia habitual en el mismo distrito.

VI. Llevar los registros que sean necesarios para formar oportunamente y con exactitud las listas y notas de que trata el apartado anterior.

VII. Desempeñar las comisiones o encargos particulares que les confíen los Gobernadores, Inspectores provinciales o los Alcaldes, y evacuar los informes que les pidan dichas Autoridades.

VIII. La inspección y vigilancia sobre los Médicos y Cirujanos Oculistas, Médicos dentistas, Odontólogos, Practicantes, Comadronas, Parteras y cuantos ejerzan en todo o parte la Medicina o la Cirugía en cuanto a su regular ejercicio.

IX. Examinar cuidadosamente el estado en que se encuentre en su respectivo distrito la propagación de la vacuna, procurando fomentarla.

X. Remitir dentro del mes de octubre, lista de los profesionales de la Medicina, al Gobernador civil, Director general de Sanidad, Inspector provincial y Subdelegado de Farmacia.

El Real Decreto de 27 de mayo de 1855 disponía:

«Todos los profesores de Medicina y Cirugía, en sus diversos ramos, siempre que establezcan su residencia para el ejercicio de su facultad en cualquier punto de la Península, estarán obligados a la presentación de sus Títulos en la Subdelegación respectiva. Si ejercieren dos meses sin llenar este requisito, se les castigará con la multa de 40 reales por la primera vez, imponiéndoles doble castigo si reincidiesen en la falta.

Los Subdelegados llevarán un libro registro⁶ y pondrán en todos los títulos que reconozcan la toma de razón, el folio y número del registro en que haya sido inserta y la forma entera del Subdelegado. Teniendo que ser este registro en el Título original⁷.

Cuando ocurra el fallecimiento de un profesor de las indicadas clases, ya estuviere o no en el ejercicio de su facultad, se pondrá por la familia en conocimiento de la Subdelegación correspondiente, acompañando el título del fallecido. Si la familia desea conservar este documento, se devolverá a la misma después de inutilizado y hechas en el registro las correspondientes anotaciones.

Cuando algún profesor hubiere perdido su Título y solicita un duplicado, acudirá al Ministerio de Gracia y Justicia, por conducto del Gobernador de la provincia de su residencia, acompañando a su instancia una certificación del Subdelegado respectivo en que se manifieste estar matriculado el recurrente, y otra del Alcalde o Gobernador, asegurando que se le tiene por tal profesor y es de buena vida y costumbres. Si no

XI. Transmitir al Inspector provincial todas las noticias o reclamaciones que por su conducto hagan los Inspectores municipales.

XII. Revisar los títulos de los Médicos militares cuando ejerzan la Medicina en lo civil (R.O. 17 de abril de 1867).

XIII. Informar a los Inspectores provinciales de cuantas novedades ocurran en el distrito, relacionadas con la salud pública (R.D. 31 enero de 1919).

XIV. Prohibir el uso de aplicaciones eléctricas como agente curativo a todo el que no tenga título de Médico (R.O. 2 de enero de 1926).

XV. Impedir el ejercicio de la profesión de "Naturista" a quien la practique sin poseer el título Médico (R.O. 23 de marzo).

XVI. Impedir el ejercicio en España de las profesiones de Médico y Odontólogo transcurridos los seis años, fecha en que caducan las autorizaciones que a los extranjeros se conceden para el ejercicio de dichas profesiones de conformidad con lo establecido en los artículos 96 de la Ley de Instrucción pública y 3º del R.D. de 7 de noviembre de 1902 (R.O. 25 abril de 1921).

XVII. Perseguir el uso de la sacarina mezclada con sustancias alimenticias (R.O. 3 de abril de 1889).

XVIII. Instruir expediente de incapacidad cuando por algún Médico titular le sea denunciado este hecho respecto a practicante autorizado a asistir partos normales (R.D. 31 enero de 1902).

XIX. Vigilar constantemente los establecimientos de dementes (R.D. 19 mayo de 1885)».

⁶ Que se ajustará al modelo determinado por la Real Orden de 14 de enero de 1916.

⁷ Vide Real Orden de 27 de abril de 1911.

podiera acreditarse el extravío por prueba documentada y no por información de testigos, la justificación se acompañará a la instancia».

Por la Ley de 28 de noviembre de 1855, sobre el Servicio General de Sanidad, se instituyeron los Jurados Médicos Provinciales de Calificación, que tenían por objeto prevenir, amonestar y calificar las faltas que cometieran los profesionales en el ejercicio de sus facultades, así como regularizar sus honorarios, reprimir los abusos y establecer una severa moral médica.

La Ley de 28 de noviembre de 1855, sobre el servicio general de sanidad, la Real Orden de 4 de enero de 1889 y la Instrucción General de Sanidad Pública aprobada por Real Decreto de 12 de enero de 1904⁸, se preocuparon de reglamentar, siquiera embrionariamente, el ejercicio profesional de lo que denominaron “el arte de curar” con el establecimiento de un registro de profesionales que pusieron a cargo de los Subdelegados de Sanidad. La entrada en vigor, ya a mediados del siglo XX, de otras leyes sanitarias, supuso el abandono del sistema de ordenación seguido hasta entonces. La Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944, dedicó únicamente su Base 12

⁸ En el Título III se regulaba la organización de las profesiones sanitarias libres, que tiene especial interés para este trabajo:

«Art. 62. Entendiéndose por Profesiones Sanitarias la Medicina y Cirugía, la Farmacia y la Veterinaria, el arte de los partos, el de practicante, el de dentista y, en general las complementarias que con título especial pudieran crearse en este ramo, todas estas profesiones serán objeto de la vigilancia de los Subdelegados en lo referente a la legitimidad de los títulos y a su regular ejercicio.

Art. 63. Todo Médico en ejercicio tiene el deber de enviar al Inspector municipal, al fin de cada mes, una relación de las enfermedades por él asistidas, consignando su diagnóstico y la terminación, cuando la hayan tenido, pudiendo omitir en ésta el nombre y las condiciones personales, en aquellos casos que su discreción lo juzgue necesario. [...].

Art. 65. Todo Instituto de curación, médico, quirúrgico, de obstetricia, balneoterapia, etc, habrá necesariamente de estar dirigido por un Médico, y para su apertura serán necesarias visita previa del Inspector municipal y autorización de la Junta. Se exceptúan de este requisito los establecimientos de baños exclusivamente destinados a comodidad y aseo del público y los regidos por el Reglamento de baños y aguas minero-medicinales.

Art. 66. La Real Academia de Medicina redactará una lista de las sustancias medicamentosas, cuya venta ha de estar en absoluto prohibida fuera de las farmacias; otra lista de los específicos, con definición del concepto de estos últimos, y una tercera de las sustancias y materiales o preparados que por su doble empleo industrial y medicamentoso, y por su acción inofensiva, puedan expendirse fuera de las farmacias. [...].

Art. 67. Nadie podrá ejercer una profesión sanitaria sin título que para ello le autorice con arreglo a las leyes del Reino. Para castigo, según el Código penal, de las transgresiones y abusos, cualquiera Inspector municipal, provincial o general a cuya noticia llegue, están ineludiblemente obligados a pasar el tanto de culpa a los Tribunales competentes por conducto de la Autoridad que corresponda.

a la organización profesional de médicos, practicantes y odontólogos, con una única previsión, la de la existencia de Corporaciones Profesionales.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, únicamente se refiere al ejercicio libre de las profesiones sanitarias, sin afrontar su regulación, aunque prevé, como competencia del Estado, la homologación de programas de formación postgraduada, perfeccionamiento y especialización de personal sanitario, así como la homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios. Ello es así porque la Ley General de Sanidad es una norma de naturaleza predominantemente organizativa, cuyo objetivo primordial es establecer la estructura y funcionamiento del Sistema Sanitario Público en el nuevo modelo político y territorial del Estado que deriva de la Constitución de 1978.

Por todo ello, el ejercicio de las profesiones sanitarias, con alguna excepción como odontología, queda diferido a varias disposiciones, ya sean las reguladoras del sistema educativo, ya las de las relaciones con los pacientes, ya las relativas a los derechos y deberes de los profesionales en cuanto tales o ya las que regulan las relaciones de servicio con los centros, servicios y establecimientos públicos y privados. Esta situación, es la que trata de remediar, en parte, la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias⁹.

2. Centros sanitarios privados.

El régimen jurídico de la prestación de servicios profesionales por cuenta ajena en los centros sanitarios privados se determinará a través de los convenios colectivos aplicables al sector, que precisarán las condiciones por las que se rigen, estando sujetos a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.

3. Centros sanitarios públicos.

En los centros sanitarios públicos podemos encontrar trabajadores sometidos a diversos regímenes jurídicos.

El que desee ejercer una de dichas profesiones, deberá registrar su título ante el Subdelegado correspondiente, habiendo de acreditar este requisito cuando ejerza su profesión fuera de la localidad respectiva.

Art. 68. La posesión de varios títulos da derecho al ejercicio de las respectivas profesiones. Para el ejercicio simultáneo de la Medicina, y la Farmacia será menester autorización de la Junta provincial en pleno».

⁹ *Vide* Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, Preámbulo.

3.1. Personal funcionario.

El artículo 85 de la LGS determina:

«1. Los funcionarios al servicio de las distintas Administraciones Públicas, a efectos del ejercicio de sus competencias sanitarias, se regirán por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y el resto de la legislación vigente en materia de funcionarios.

2. Igualmente, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, podrán dictar normas de desarrollo de la legislación básica del régimen estatutario de estos funcionarios».

El concepto de “funcionario” lo encontramos en el artículo 1º de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964 de 7 de febrero:

«Los funcionarios de la Administración Pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo».

Los funcionarios se integran en “Cuerpos”, distinguiendo la misma Ley entre Cuerpos Generales y Cuerpos Especiales. Así lo precisa el art. 23 (Cuerpos Generales):

«1. Corresponde a los funcionarios de los Cuerpos Generales el desempeño de las funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa, con excepción de las plazas reservadas expresamente a otras clases de funcionarios [...].

2. Los Cuerpos Generales de Administración Civil son los siguientes: Técnico, de Gestión, Administrativo, Auxiliar y Subalterno».

y el art. 24 (Cuerpos Especiales):

«1. Son funcionarios de Cuerpos Especiales los que ejercen actividades que constituyen el objeto de una peculiar carrera o profesión y los que tienen asignado dicho carácter por razón de las circunstancias concurrentes en la función administrativa que les está encomendada.

2. La creación de nuevos Cuerpos Especiales deberá hacerse por Ley.

3. Los Cuerpos Especiales se rigen por sus disposiciones específicas y por las normas de esta Ley que se refieran a los mismos. En todo caso serán de aplicación general los preceptos contenidos en el presente título, con excepción de [...]».

Debo hacer una referencia a los Funcionarios de los Cuerpos Técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local, más conocidos como “funcionarios sanitarios locales”, que, al ser Cuerpos Especiales se regían por sus disposicio-

nes específicas, fundamentalmente por el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales, aprobado por el Decreto de 27 de noviembre de 1953. En él, encontramos los siguientes Cuerpos: Médicos Titulares; Farmacéuticos Titulares; Veterinarios Titulares; Odontólogos Titulares; Practicantes Titulares y Matronas Titulares.

Sin embargo hoy día la situación se ha modificado. Los odontólogos titulares no existen, y médicos, practicantes y matronas titulares se encuentran integrados en los Equipos Básicos de Atención Primaria, y aunque mantienen su status funcional, tanto en el aspecto funcional como en el retributivo, están homologados al resto del personal de los Equipos, es decir, al personal estatutario.

También debo señalar que una vez suprimidas las antiguas Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social por el Real Decreto-Ley 36/1978 e incorporados a la Ley 30/1984, muchos colectivos de personal que hasta entonces tenían la condición de estatutarios, vieron como sus correspondientes Estatutos fueron derogados por el Real Decreto 2664/1986, de 19 de diciembre, el cual procedió a la homologación del régimen del personal de la Seguridad Social con el de la Administración Civil del Estado y a ordenar los Cuerpos de funcionarios de la Administración de la Seguridad Social. Los Estatutos que se derogaban fueron los siguientes:

- Estatuto de Personal del I.N.P. aprobado por O.M. de 24 de abril de 1978.
- Estatuto de Personal del Mutualismo Laboral aprobado por O.M. de 30 de marzo de 1977.
- Estatuto de Personal del Servicio de Asistencia a Pensionistas aprobado por O.M. de 5 de abril de 1974.
- Estatuto de personal del Servicio de Reaseguros de Accidentes de Trabajo aprobado por O.M. de 14 de octubre de 1971.
- Estatuto de Personal de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos aprobado por O.M. de 5 de abril de 1974.
- Estatuto de Personal del Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social aprobado por O.M. de 16 de octubre de 1978.
- Estatuto de Personal del Instituto Social de la Marina aprobados por OO.MM. de 22 de abril de 1971 y 30 de diciembre de 1978.
- Estatuto de Personal del Cuerpo de Intervención y Contabilidad de la Seguridad Social aprobado por O.M. de 31 de enero de 1979.

Por todo ello, una vez derogados estos Estatutos, los únicos que subsisten hasta la aprobación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Mar-

co del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, son los que fueron promulgados al amparo de la Ley General de la Seguridad Social, y son los tres que se refieren al personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

3.2. Personal estatutario.

Hasta la entrada en vigor del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud el grupo normativo regulador del personal de los centros públicos estaba configurado por diversos estatutos jurídicos y las normas que los complementaban.

3.2.1. Estatuto Jurídico del Personal Médico.

El Estatuto Jurídico del Personal Médico, fue aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre (BOE de 30 de diciembre, núm. 312), y obedecía al mandato del art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social que dispone que el personal sanitario de la Seguridad Social prestará sus servicios conforme al Estatuto Jurídico que reglamentariamente se establezca. Su texto fue objeto de especial asesoramiento y colaboración por parte de la Comisión Especial sobre Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social prevista en el apartado b) del artículo primero de la Orden de la Presidencia del Gobierno de 8 de junio de 1966.

En cuanto a su ámbito de aplicación, este Estatuto abarcaba al personal médico que en posesión del correspondiente nombramiento legal para sus puestos o plazas, presten sus servicios a la Seguridad Social. La actuación de estos facultativos comprendía las modalidades de medicina general, medicina de urgencia, así como las especialidades médicas y quirúrgicas establecidas en las normas sobre ordenación de la asistencia, si bien el Real Decreto 1033/1976 de 9 de abril, del Ministerio de Trabajo (BOE de 11 de mayo, núm. 113), en su disposición transitoria quinta, incluyó en este Estatuto al personal farmacéutico.

3.2.2. Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo.

El Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo, fue aprobado por Orden del Ministerio de trabajo de 26 de abril de 1973 (BB.OO. E. de 28 y 30 de abril, núm. 102 y 103) y vino a refundir en un solo texto los Estatutos Jurídicos de las Enfermeras, de los Practicantes-Ayudantes Técnicos Sanitarios, y de las Matronas y Ayudantes Técnicos Sanitarios Femeninos en posesión del Diploma de Asistencia Obstétrica, promulgados con fechas 22 de abril y 16 de junio de 1967, así como las normas de carácter estatutario de las Auxiliares de

Clínica de la Seguridad Social dictadas por el entonces Instituto Nacional de Previsión mediante Circular de régimen interior.

Su denominación inicial fue la de Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, siendo posteriormente sustituida por la actual como consecuencia de la Orden de 26 de diciembre de 1986.

En cuanto a su ámbito de aplicación hay que decir que, según su artículo primero, este Estatuto regula la relación existente entre la respectiva Entidad Gestora y el personal auxiliar sanitario titulado y auxiliar de clínica derivada de la prestación de servicios a la Seguridad Social. Pero este artículo hay que completarlo con el artículo segundo que determina y precisa categorías concretas: diplomados en enfermería, ayudantes técnicos sanitarios, practicantes, matronas, enfermeras, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionales, técnicos especialistas y auxiliares de enfermería.

3.2.3. Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

Por Orden de 5 de julio de 1971, del Ministerio de Trabajo, se aprueba el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (BOE de 22 de julio, núm. 174). Tal y como determina la propia Orden, fue aprobado por Orden ministerial de 28 de junio de 1968, el Reglamento de Personal de Servicios Especiales de Oficio y Subalterno de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, y resultaba aconsejable dictar una nueva regulación a fin de atemperar y poner al día las disposiciones contenidas en el mismo, procurando lograr así el mayor paralelismo posible con las normas contenidas en el Estatuto de Funcionarios del Instituto Nacional de Previsión. Por todo ello, el Ministerio de Trabajo, a propuesta de la Dirección General de la Seguridad Social aprueba el Estatuto de Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (art. 1º) y deroga el régimen de personal de servicios especiales de oficio y subalterno de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 28 de junio de 1968 (art. 2º), que fue publicado en el BOE de 13 de julio. El Estatuto retrotraerá sus efectos al 1 de mayo de 1971 (art. 3º).

3.2.4. Modificaciones.

Estos Estatutos eran disposiciones normativas que regulaban el régimen jurídico del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad

Social del Sistema Nacional de Salud, sea cual sea la Comunidad Autónoma en la que el personal prestara sus servicios. Debo recordar que hoy día se ha producido el traspaso de las funciones y servicios del INSALUD a todas las Comunidades Autónomas.

Estos Estatutos fueron objeto de diversas modificaciones, anteriores y posteriores a la Ley General de Sanidad. Con las mismas se pretendió adecuarlos a la realidad jurídica y social de cada momento, y la competencia era de la Administración del Estado, y no de las Comunidades Autónomas, aunque estas tuvieran transferidas las competencias en materia de Sanidad, y más concretamente, las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud. En este contexto debo recordar que el Real Decreto 1450/2000, de 28 de julio, dotó de una nueva estructura directiva al INSALUD, organismo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Secretaría General de Gestión y Cooperación Sanitaria, a quien correspondía la superior dirección de dicho organismo. Por su parte, el Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, por el que se modificó y desarrolló la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, estableció que el Instituto Nacional de la Salud pasaba a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, conservando el régimen jurídico, económico, presupuestario y patrimonial y la misma personalidad jurídica y naturaleza de entidad gestora de la Seguridad Social. Le corresponde a la nueva entidad la gestión de los derechos y obligaciones del INSALUD, las prestaciones sanitarias en el ámbito de las ciudades de Ceuta y Melilla y realizar cuantas otras actividades sean necesarias para el normal funcionamiento de sus servicios, en el marco de lo dispuesto por la disposición transitoria tercera de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Asimismo, se adscriben, al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria la Organización Nacional de Trasplantes y el Centro Nacional de Dosimetría de Valencia. El Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, derogó el citado Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, estableciendo una nueva estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, si bien mantuvo la denominación, características, funciones y organización que para el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria se recogía en la norma derogada. Por Real Decreto 1746/2003, de 19 de diciembre, se regula la organización de los servicios periféricos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la composición de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión.

Resultaría prolijo mencionar todas y cada una de las modificaciones operadas en estos Estatutos. Además, algunas de ellas ya no están vigentes al haber sido, a su vez, modificadas en todo o en parte, e incluso derogadas. En todo caso las más importantes son las siguientes:

Estatuto Jurídico del Personal Médico:

- Real Decreto 1033/1976 de 9 de abril, del Ministerio de Trabajo que modificaba diversos aspectos relacionados con nombramientos y provisión de vacantes. Hoy día no está vigente en su totalidad.

- Real Decreto 2166/1984 de 28 de noviembre, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 6 de diciembre, núm. 292), que modificaba el sistema de provisión de plazas para el personal facultativo de los servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo:

- Orden de 14 de junio de 1984, que incorporó en la clasificación del personal la modalidad de “atención primaria”.

- Orden de 11 de diciembre de 1984, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BB.OO.E de 19 de junio y de 3 de julio, núms. 146 y 158, respectivamente), que introdujo la categoría de “técnico especialista”.

- Orden de 26 de diciembre de 1986, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 12 de enero de 1987, núm. 10), que introdujo la categoría de “auxiliar de enfermería” suprimiendo la de auxiliar de clínica y, además, modificó la denominación del propio Estatuto.

Estatuto del Personal no Sanitario:

- Las Órdenes de 28 de mayo, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 30 de mayo, núm. 129) y 30 de junio de 1984, del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE de 8 de agosto, núm. 189), por las que se crearon los grupos de técnico, de gestión y administrativo dentro de la función administrativa.

Otras modificaciones comunes a los tres Estatutos y que han surgido como adelanto al Estatuto Marco y que han sido derogadas por éste, son las siguientes:

- El Real Decreto-Ley 3/1987, sobre sistema retributivo, asimilándolo al propio de los funcionarios públicos que se deriva de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

- El Real Decreto-Ley 1/1999, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

- La Ley 30/1999, sobre selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, que mantiene transitoriamente la vigencia del Real Decreto-Ley anterior, aunque con rango reglamentario, hasta que se produzca su desarrollo en los distintos ámbitos de los respectivos Servicios de Salud.

3.3. Personal laboral.

Los centros asistenciales de los servicios de salud se nutren en principio de personal funcionario (sanitarios locales y funcionarios de los cuerpos creados por las Comunidades Autónomas) y, en mayor número, de personal esta-

tuario. En principio, no tendría que existir personal fijo con vínculo laboral, o al menos así se desprendía del contenido de la LGS, arts. 84 (cuyos núms 1, 2 y 3, han sido derogados por el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud) y 85.

Sin embargo, determinadas circunstancias han hecho que exista algún personal con vínculo laboral fijo en estos centros asistenciales. A veces como consecuencia del traspaso de funciones, servicios y personal desde otras Administraciones Públicas, y en otros casos como consecuencia de sentencias judiciales, las cuales, además, han introducido la diferenciación entre los conceptos de “fijo” e “indefinido” en el vínculo laboral. Diferenciación recogida ya en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

Hasta la entrada en vigor del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, su régimen jurídico presentaba una gran falta de desarrollo pues su única referencia era el Estatuto de los Trabajadores, sin que existiese ninguna norma más particular (Convenio Colectivo) prevista para este personal. A partir de la publicación de la Ley 55/2003, de 16 de noviembre, su situación se modifica, pues también les será de aplicación, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica y si así lo prevén los Convenios Colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma.

II. LEY 55/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DEL ESTATUTO MARCO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

1. Una necesidad inaplazable.

Esta apreciación que efectuó en el título del epígrafe -una necesidad inaplazable- se pone de manifiesto a lo largo de la tramitación parlamentaria de esta Ley (Grupo Federal de Izquierda Unida, señora Castro Fonseca)¹⁰:

«[...] Ya poníamos de manifiesto entonces la urgencia de una regulación, señora ministra, para el personal estatutario, pendiente desde la promulgación de la Ley General de Sanidad, hace 17 años, que mantenía y sigue manteniendo a estos trabaja-

¹⁰ Vide *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 11 de septiembre de 2003, núm. 275, sesión plenaria núm. 262, p. 107.

dores y trabajadoras con una regulación, desde nuestro punto de vista, preconstitucional y a todas luces claramente insuficiente. Insuficiente no sólo por los cambios producidos en las relaciones laborales dentro del Sistema Nacional de Salud, sino también por la finalización del proceso transferencial que hace imprescindible el desarrollo de normas de carácter básico que contribuyan a la articulación del sistema y a darle cohesión. En este sentido, los profesionales sanitarios son el principal recurso y a su vez la principal fuente de gasto. Es impensable, por tanto, un sistema público cohesionado y coherente sin una regulación de personal que garantice unos mínimos y fije unas pautas comunes de actuación. Esto, entendemos en mi grupo parlamentario, lejos de entorpecer la gestión que corresponde a las capacidades constitucionales de las comunidades autónomas, debe favorecerla y permitir la permeabilidad entre los distintos servicios de salud [...]»¹¹.

Por tanto, será esta disposición la que determinará todas las condiciones que afectan a este personal, pues ha derogado el régimen estatutario configurado por los tres Estatutos de Personal -todos ellos preconstitucionales- y las disposiciones que los modificaron, complementaron o desarrollaron. Este marco básico estará constituido por el propio Estatuto y por las disposiciones que, en el ámbito de cada Administración Pública, desarrollen tal marco básico y general.

Sin embargo, como norma sustantiva fundamental, nada precisa sobre la competencia jurisdiccional que habrá de resolver los litigios que afectan a este personal.

¹¹ El Acuerdo Parlamentario para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 18 de diciembre de 1997, determinó en su apartado 10 que se consideraba imprescindible el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones laborales para el personal estatutario de los Servicios de Salud, a través de un Estatuto-Marco que habría de desempeñar un papel nuclear como elemento impulsor de la dinámica de evolución, desarrollo y consolidación de nuestro Sistema Nacional de Salud.

El propio Congreso de los Diputados señaló las líneas maestras de esa nueva regulación y marcó sus objetivos generales. Entre ellos cabe destacar los de incrementar la motivación de los profesionales y su compromiso con la gestión, el establecimiento de un adecuado sistema de incentivos, la desburocratización y flexibilización de las relaciones profesionales, la descentralización de los procesos de selección y de promoción profesional, la personalización de las condiciones de trabajo, especialmente en lo relativo a retribuciones y niveles de dedicación o la adecuación de las dotaciones de personal a las necesidades efectivas de los centros, a través de una normativa específica de carácter básico para este personal, con respeto tanto de las competencias para su desarrollo por las Comunidades Autónomas como del objetivo global de impulsar la autonomía de gestión de los Servicios, Centros e Instituciones.

2. El diseño aprobado -Estatuto Marco- queda pendiente de un posterior desarrollo autonómico.

Ha sido objeto de tratamiento parlamentario el desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, alegando que con la actual redacción se obliga a las Comunidades Autónomas a aprobar Estatutos regionales que desarrollen el Estatuto Marco lo cual puede resultar improcedente, en tanto dicho desarrollo puede abordarse mediante normas legales o reglamentarias autonómicas sin tal caracterización, manteniendo su vigencia -total o parcial- aquellas disposiciones autonómicas anteriores a la entrada en vigor del Estatuto Marco por no oponerse a la regulación básica contenida en el mismo. Así lo expresa la enmienda núm. 93 del Grupo Parlamentario Coalición Canaria, publicada en el BOCG de 3 de julio de 2003, y justificada del siguiente modo:

«El término Estatuto se refiere a un cuerpo legal completo que habría de contemplar en su integridad todo el régimen del colectivo. Ello supondría tener que reproducir a nivel autonómico prácticamente la totalidad del texto del Estatuto Marco -puesto que en muchas materias la regulación es de tal detalle que no admite desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas- con la adición de la regulación autonómica de desarrollo que habría de abordarse de forma conjunta y simultánea a efectos de su incorporación a dicho texto, lo que contrasta con la previsión contenida en la disposición adicional sexta del proyecto de Ley que prevé la entrada en vigor y consecuente desarrollo autonómico de forma paulatina.

La otra alternativa menos rigurosa sería optar por un estatuto Autonómico que tan sólo contuviera las materias que se desarrollen en dicho ámbito y omitiera los aspectos ya contenidos en el Estatuto Marco, lo cual obligaría a proceder a su regulación simultánea, ya que en caso contrario se plantearía la duda de cuáles de tales normas debieran tener la consideración de “estatuto”. A su vez ello supondría tener que manejar unas normas deslavazadas, lo cual dificulta su comprensión y aplicación, no tan sólo por los órganos gestores, sino por los tribunales de la Administración de Justicia.

Lo que exige el Estatuto marco, en tanto norma básica y detallista, es la regulación de determinadas cuestiones bien por ley (ej. régimen retributivo, infracciones y sanciones disciplinarias), bien por reglamento (ej. selección y provisión de plazas, procedimiento disciplinario) que se pueden producir de forma progresiva».

En todo caso, esta es una materia que será objeto de tratamiento por cada Comunidad Autónoma en virtud de lo establecido en la Disposición transitoria sexta de esta Ley:

«Disposición transitoria sexta. Aplicación paulatina de esta Ley.

No obstante lo previsto en las Disposiciones Derogatoria Única¹² y Final Segunda¹³, las previsiones de esta Ley que a continuación se indican producirán efectos en la forma que se señala:

a) Las previsiones de los artículos 40¹⁴ y 43¹⁵ de esta Ley entrarán en vigor, en cada Servicio de Salud, cuando así se establezca en las normas a que se refiere su artículo 3¹⁶. En tanto se produce tal entrada en vigor se mantendrán vigentes, en cada servicio de salud y sin carácter básico, las normas previstas en la Disposición Derogatoria Única.b), o las equivalentes de cada Comunidad Autónoma.

b) Se mantendrán vigentes, en tanto se procede a su regulación en cada servicio de salud, las disposiciones relativas a categorías profesionales del personal estatutario y a las funciones de las mismas contenidas en las normas previstas en la Disposición Derogatoria Única, e), f) y g).

c) Se mantendrá vigente, con rango reglamentario y sin carácter básico, y en tanto se proceda a su modificación en cada servicio de salud, la norma citada en la Disposición Derogatoria Única.d).

d) Las prestaciones de carácter social previstas en las disposiciones a que se refieren los apartados e), f) y g) de la Disposición Derogatoria Única, se mantendrán exclusivamente respecto a quienes ostenten derechos subjetivos ya adquiridos a tales prestaciones en el momento de entrada en vigor de esta Ley.

2. El límite máximo de ciento cincuenta horas anuales que se fija en el segundo párrafo del artículo 49.1¹⁷ de esta Ley, se aplicará de forma progresiva durante los diez años siguientes a su entrada en vigor, en la forma que determine el Gobierno mediante Real Decreto, adoptado previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud. En dicho informe, que deberá ser elaborado en el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor de esta norma, se analizarán detalladamente las implicaciones que en la organización funcional de los Centros Sanitarios, en la financia-

¹² Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *Disposición Derogatoria Única*: «Derogación de normas».

¹³ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *Disposición Final Segunda*: «Informes sobre financiación».

¹⁴ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 40: «Criterios generales de la carrera profesional».

¹⁵ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 43: «Retribuciones complementarias».

¹⁶ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 3: «Normas sobre personal estatutario».

¹⁷ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 49: «Régimen de jornada especial».

ción del Sistema Nacional de Salud y en las necesidades de especialistas, tendrá la puesta en marcha de la indicada limitación, así como las posibles excepciones a la misma derivadas del hecho insular y las medidas que resulte conveniente adoptar en función de todo ello. Igualmente, en tal informe se analizarán las repercusiones económicas de una progresiva adaptación de la jornada de trabajo de los Centros y Servicios Sanitarios a la vigente con carácter general en el resto de los Servicios Públicos.

Para la elaboración del informe a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud recabará las opiniones de expertos de las Administraciones Sanitarias, de los Servicios de Salud y de las Organizaciones Sindicales».

También deberán tener en cuenta las Comunidades Autónomas lo dispuesto en la Disposición derogatoria única:

«Disposición derogatoria única. Derogación de normas.

1. Quedan *derogadas*, o se considerarán, en su caso, *inaplicables* al personal estatutario de los Servicios de Salud, cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en la presente Ley y, especialmente, las siguientes:

a) Los números 1, 2 y 3 del artículo 84 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

b) El Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario del Instituto Nacional de la Salud y las disposiciones y acuerdos que lo complementan y desarrollan.

c) La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

d) El Real Decreto-Ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

e) El Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.

f) El Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, con excepción de su artículo 151, así como las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan.

g) El Estatuto de Personal no Sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social aprobado por Orden de 5 de julio de 1971, y las disposiciones que lo modifican, complementan y desarrollan. 2. La entrada en vigor de esta Ley no supondrá la modificación o derogación de los Pactos y Acuerdos vigentes en aquellos aspectos que no se opongan o contradigan lo establecido en la misma».

Pues el Estado estaba habilitado competencialmente, tal y como se precisa en la Disposición final primera, para abordar este cometido:

«Disposición final primera. Habilitación competencial.

1. Las disposiciones de la presente Ley se dictan al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, por lo que las mismas constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación.

2. La Disposición Adicional Segunda¹⁸ se dicta, además, al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución, por lo que sus previsiones constituyen bases de la sanidad.

3. Se exceptúan de lo establecido en el anterior número 1, la Disposición Adicional Segunda, en cuanto al personal con vínculo laboral de los Centros Sanitarios a los que la misma se refiere, y la Disposición Transitoria Primera¹⁹, que se dictan al amparo del artículo 149.1.7.^a de la Constitución».

III. CONCEPTO DE PERSONAL ESTATUTARIO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Tiene la condición de personal estatutario todo aquel que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado²⁰ con esta naturaleza. Y efectúo esta apreciación, porque el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los Convenios Colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma.

¹⁸ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *Disposición Adicional Segunda*: «Jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud».

¹⁹ Vide Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, *Disposición Transitoria Primera*: «Aplicación paulatina de la jornada de trabajo al personal en formación mediante residencia».

²⁰ Así lo determina el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 2.1. Además precisa: «2. En lo no previsto en esta Ley, en los normas a que se refiere el artículo siguiente, o en los Pactos o Acuerdos regulados en el Capítulo XIV, serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente».

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN ESTATUTARIA

El art. 1 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud establece:

«Objeto.

La presente Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la *relación funcional especial del personal estatutario de los Servicios de Salud que conforman el Sistema Nacional de Salud*, a través del Estatuto-Marco de dicho personal».

Esta cuestión ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales.

El artículo 84 de la LGS (derogado por el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, en los apartados 1, 2 y 3), determina:

«1. El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal no Sanitario al Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el personal de las Entidades Gestoras que asuman los servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se regirá por lo establecido en el Estatuto-Marco que aprobará el Gobierno en desarrollo de esta Ley, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 87 de esta Ley.

2. Este Estatuto-Marco contendrá la normativa básica aplicable en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional. En desarrollo de dicha normativa básica, la concreción de las funciones de cada estamento de los señalados en el apartado anterior se establecerá en sus respectivos Estatutos, que se mantendrán como tales.

3. Las normas de las Comunidades Autónomas en materia de personal se ajustarán a lo previsto en dicho Estatuto-Marco. La selección de personal y su gestión y administración se hará por las Administraciones responsables de los servicios a que están adscritos los diferentes efectivos.

4. En las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia, en el proceso de selección de personal y de provisión de puestos de trabajo de la Administración Sanitaria Pública, se tendrán en cuenta el conocimiento de ambas lenguas oficiales por parte del citado personal en los términos del artículo 19 de la Ley 30/1984».

El personal estatutario no está vinculado a los Servicios de Salud por una relación de naturaleza laboral, sino que su relación encierra una clara condición de Derecho público, al intervenir y contribuir a la realización de un servicio público. Así se desprende de lo que expresa el artículo 41 de la Constitución Española:

«Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres».

Es indiscutible la similitud y proximidad existente entre este personal estatutario de la Seguridad Social y el personal funcionario de las Administraciones públicas, si bien no puede olvidarse que aquél presente ciertas peculiaridades y caracteres específicos que le dan una estructura y consistencia propias, diferenciándolo de los funcionarios administrativos en sentido estricto. De ahí que, en no pocas ocasiones, se haya hablado de que este personal estatutario venía a constituir un “*tertium genus*” entre los trabajadores sometidos al Derecho laboral y los funcionarios que se rigen por el Derecho administrativo. Para avalar estas afirmaciones no hay más que remitirse al art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores, o al artículo 1.5 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, reguladora de la función pública.

El régimen jurídico del personal que presta servicios en centros sanitarios públicos con respecto al que los presta en otras Instituciones Públicas o en otros centros, es tan patente, que ha justificado una regulación sustantiva e independiente de la funcionarial y laboral, e incluso se manifiesta en el ámbito jurisdiccional al que se atribuye el conocimiento de las controversias.

Sin embargo se predica la cualidad de funcionario público de estos trabajadores en el ámbito penal. Y esto es así porque el concepto penal de funcionario público incluye a todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. Y por tanto se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ámbito del derecho administrativo. Mientras que para el Derecho administrativo los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública. La definición legal de funcionario público recogida en el vigente Código Penal, se compone de dos elementos o requisitos ya que no es suficiente con que participe en el ejercicio de funciones públicas sino que se requiere, además, que se haya incorporado a dicho ejercicio por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, precisando que en el ámbito del derecho penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en or-

den a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la administración y los de los administrados. Y en torno a la función pública y al origen del nombramiento gira la definición penal de funcionario: lo es, el que participa del ejercicio de una función pública y por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto. Todo ello con independencia de los requisitos de selección para el ingreso, categoría, sistema de retribución, estatuto legal y reglamentario por el que se regule, sistema de previsión, estabilidad o temporalidad en el empleo, etc.

La colocación sistemática de las relaciones de servicios de régimen estatutario al lado de las relaciones de servicios de los funcionarios públicos es determinante a la hora de recurrir a la aplicación analógica de unas y otras normas en supuestos de laguna legal o carencia de regulación. La solución adoptada es la que manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, núm. 346/2002, de 3 de diciembre (Sala de lo Social, Sección Única) [AS 2003\919]:

«[...]». Tales relaciones estatutarias poseen una configuración más próxima al modelo de la función pública, que al modelo de la contratación laboral; mayor afinidad que se aprecia tanto en el origen normal de la relación (concurso de méritos), como en la fijación de su contenido (predeterminado por las normas de los estatutos particulares), como en la dinámica o desarrollo de la misma (donde se acentúan la estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo). La proximidad de las relaciones estatutarias al régimen de los funcionarios públicos, y el alejamiento correlativo del modelo laboral se han hecho más perceptibles en la evolución reciente del ordenamiento jurídico, como se puede comprobar en la exclusión expresa de la Ley de Relaciones Laborales y del artículo 1.3.a del Estatuto de Trabajadores, en la aplicabilidad a las mismas, si bien de forma subsidiaria, de las disposiciones de la Ley 30/1984 de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública (art. 1.5), y en la propia inclusión del personal estatutario en la normativa de incompatibilidades del sector público, e incluso en la aplicabilidad de la Ley 70/1978 de 26 de diciembre, sobre reconocimiento de servicios previos a la Administración Pública, a dicho personal, regulada por el Real Decreto 1181/1989 de 29 de septiembre.

Esta colocación sistemática de las relaciones de servicios de régimen estatutario al lado de las relaciones de servicios de los funcionarios públicos es determinante a la hora de recurrir a la aplicación analógica de unas y otras normas en supuestos de laguna legal o carencia de regulación. Así lo ha declarado expresamente la Sala IV del Tribunal Supremo en sentencia de 22.1.1990 (RJ 1990\ 181) para la que los médicos de la Seguridad Social están sometidos a un régimen estatutario especial, no laboral, cuya regulación en función integradora del ordenamiento jurídico se ha de complementar, en situaciones de similitud, con la de los funcionarios a la que, dada su naturaleza administrativa, se aproxima (sentencia de 17.10.1991 [RJ 1991\ 7221])» (F.D. 3º).

Y todo ello se justifica por las indudables afinidades y paralelismos, sobre todo en orden a la estructura normativa por la que se rigen, concepción y finalidad de la misma. Supuestos como el origen de la relación, la fijación de su contenido, dinámica o desarrollo de la misma (donde se acentúan la estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo) confirman esta consideración que acabo de exponer. Y sobre todo el alejamiento del modelo laboral se ha hecho más perceptible en la evolución del ordenamiento jurídico, y así continuará.

Todo lo expuesto se concreta en diversas sentencias. Entre otras cabe mencionar:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1994 (Sala de lo Social). RJ 1994\6669:

«[...] 2) *El personal estatutario de la Seguridad Social no está vinculado a ésta por una relación jurídica de naturaleza laboral, sino que su relación con ella encierra una clara condición de Derecho público, al intervenir y contribuir de alguna forma en la gestión, actuación y realización de un servicio público, como es la Seguridad Social, tal como se desprende de lo que expresa el artículo 41 de la Constitución Española. Es indiscutible la similitud y proximidad existente entre este personal estatutario de la Seguridad Social y el personal funcionario de las Administraciones públicas, si bien no puede olvidarse que aquél presente ciertas peculiaridades y caracteres específicos que le dan una estructura y consistencia propias, diferenciándolo de los funcionarios administrativos en sentido estricto. De ahí que, en no pocas ocasiones, se haya hablado de que este personal estatutario venía a constituir un «tertium genus» entre los trabajadores sometidos al Derecho Laboral y los funcionarios que se rigen por el Derecho administrativo.*

3) Y así el artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores excluye explícitamente de su ámbito a este personal de la Seguridad Social. El contenido de esta norma pone de manifiesto la incuestionable proximidad o afinidad existentes entre este personal estatutario y los funcionarios públicos, pues no sólo separa a ambos del área de aplicación del Derecho laboral, sino que además los engloba y comprende en la misma exclusión. A lo que se añade lo que dispone el artículo 1.5 de la Ley 30/1984, de 2 agosto, según el que esta Ley, reguladora de la función pública, «tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación», siendo claro que este precepto alcanza al personal estatutario de la Seguridad Social.

Por ello esta Sala ha venido resaltando, en los últimos años la aproximación existente entre la relación jurídica de este personal estatutario y la relación funcional administrativa [Sentencias de 22 enero 1990 (RJ 1990\ 181), 17 octubre 1991 (RJ 1991\ 7221) y 4 diciembre 1992 (RJ 1992\ 10421), entre otras] [F.D. 2]».

- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1999 (Sala de lo Social). RJ 1999\9110:

«Procede, ante todo, dilucidar si la relación existente entre el actor y la Consejería de Sanidad y Consumo demandada -ahora recurrente- constituyó o no una verdadera relación laboral sujeta a la regulación del ET, cuyos arts. 49.2 y 55.3 se denunciaron como infringidos, y a este respecto es de tener en cuenta que la Sentencia de esta Sala de fecha 14 de octubre de 1996 (RJ 1996\ 7624) (recurso 389/1996), invocada en la recurrida, declaró en el supuesto de un médico que había sido nombrado con carácter interino al servicio de la Seguridad Social y sin que constara la suscripción de contrato de carácter laboral entre las partes, que la relación no era laboral sino estatutaria, y excluida por consiguiente del ámbito regulador del ET, conforme al art. 1.3 a) de éste, debiendo quedar, por el contrario, sujeta al Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social.

Proyectando esta doctrina al caso que aquí se enjuicia, es de ver que entre las partes contendientes no existió contrato laboral alguno, antes bien: de la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, complementada por la documentación aportada a los autos se evidencia que lo que se produjo fue un nombramiento en favor del actor como auxiliar de enfermería, con carácter interino, «de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 del Estatuto del Personal Sanitario No Facultativo», lo que trae como consecuencia que sea este último Estatuto y no el de los Trabajadores el que deba regular la relación existente entre los litigantes. Esto sentado, resulta asimismo de aplicación el Real Decreto 118/1991, de 25 de enero sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (sustituido después por el Real Decreto-ley 1/1999 de 8 de enero, pero vigente en la fecha de los hechos enjuiciados), cuya disposición adicional cuarta establece en su párrafo primero la posibilidad de incorporar personal temporal cuando sea imprescindible por razones de servicio, señalando el párrafo segundo que «el personal así nombrado podrá mantenerse en la plaza hasta la incorporación a la misma de personal estatutario fijo designado para su desempeño, o hasta que la misma sea amortizada», precepto éste al que asimismo se ajustó el nombramiento y también el cese. Así pues, la Resolución recurrida siguió la recta doctrina al considerar que no existía relación laboral sino estatutaria, a diferencia de lo que sucede con la de contraste» (F.D. 2º).

Por ello se justifica una regulación sustantiva e independiente para este personal, tal y como determina la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001 (Sala de lo Social) [RJ 2001\7008]:

«[...] el régimen del personal del INSALUD que presta servicios en centros sanitarios con respecto al que los presta en otras Instituciones Públicas o en otros Centros, es tan patente, que ha justificado una regulación sustantiva e independiente de la funcional y laboral, e incluso en el ámbito jurisdiccional al que se atribuye el conocimiento de las controversias» (F.D. 4º).

Esta regulación, deberá adoptar forma de ley. Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, núm. 13/2003, de 28 de enero (Sala de lo Social, Sección Única). [JUR 2003\111600]:

«[...]». Es cierto, como señalan las recurrentes, que reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo que la relación que vincula al personal sanitario de la Seguridad Social con la correspondiente Entidad Gestora, no es de naturaleza laboral, ni se rige por el Derecho del Trabajo, sino que tiene una clara naturaleza de Derecho Público y, aunque es diferente de la que une a los funcionarios públicos con la Administración, entre una y otra existen indudables afinidades y paralelismos, sobre todo en orden a la estructura normativa por la que se rigen, al tratarse ambas de relaciones estatutarias, siendo el vínculo que existe entre la Seguridad Social y el personal sanitario que le presta servicios, de naturaleza estatutaria, como claramente han venido proclamando los artículos 45 y 116 de la Ley General de Seguridad Social y como impone el artículo 84 de la Ley General de Sanidad de 25-4-1986, y más aún, cuando la doctrina del Tribunal Constitucional, como precisa el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/1987, exige que el régimen estatutario de este personal se regule con norma con rango de Ley, como consecuencia de lo que preceptúa el artículo 103 de la Constitución Española (sentencia de 19-4-1991 [RJ 1991\ 6238]) (F.D. 1º)».

Queda claro que es imposible aplicar los preceptos del Estatuto de los Trabajadores a este colectivo. Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 691/1996, de 17 de julio (Sala de lo Social) [AS 1996\2678]:

«El plazo prescriptivo es el de cinco años desde que el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 septiembre 1994 (RJ 1994\ 7265) así lo consideró y no, por lo tanto, el establecido en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores. En aquella sentencia se expresaba cómo no es aplicable a la relación jurídico-estatutaria del personal sanitario de la Seguridad Social la normativa contenida en el Estatuto de los Trabajadores; en coherencia con ello, y con mayor sentido desde la vigencia de la Ley 30/1984, de 2 agosto, debe considerarse según esa resolución el plazo previsto en el artículo 54 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, actual artículo 43 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RD Ley 1/1994, de 20 junio). Es un resultado más de la doctrina que reitera la Sentencia de 2 febrero 1995 (RJ 1995\ 772), la atinente a la imposibilidad de acudir a los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, salvo casos verdaderamente excepcionales, a partir fundamentalmente de la Ley 30/1984, de 2 agosto (reforma de la función pública) de carácter supletorio (artículo 1.5) para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas que implicó la aproximación de los regímenes del personal estatutario y de los funcionarios» (F.D. 1º).

V. CLASIFICACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO

Tal y como dispone el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el personal estatutario se clasifica atendiendo a la función de-

sarrollada, al nivel del título exigido para el ingreso y al tipo de su nombramiento²¹. A su vez se subdivide en: personal estatutario sanitario²² y personal estatutario de gestión y servicios²³.

1. Situación anterior a la entrada en vigor del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

La clasificación del personal se determinaba en los correspondientes Estatutos.

1.1. Estatuto Jurídico del Personal Médico.

Básicamente se establecía atendiendo a la clase de nombramiento. Para ocupar plaza en la Seguridad Social, el personal médico debía ostentar la nacionalidad española y estar en posesión del correspondiente nombramiento o autorización y en el pleno derecho de su capacidad de ejercicio profesional.

Por el carácter de su nombramiento, el personal médico podía tener la consideración de titular en propiedad, interino, eventual o contratado.

Eran considerados titulares en propiedad aquellos médicos a quienes se les adjudicaba con carácter definitivo una plaza, previo cumplimiento de los requisitos que se establecían en las disposiciones vigentes sobre la materia.

Tenía la consideración de interino el personal designado para desempeñar una plaza vacante, bien por corresponder a un facultativo, cuya situación le daba derecho a la reserva de dicha vacante, o bien porque la plaza no se había cubierto aun reglamentariamente, sin que en este último caso el facultativo que ocupaba interinamente la plaza pudiera permanecer en dicha situación más de nueve meses.

²¹ *Vide* Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 5.

²² *Vide* Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 6.

²³ *Vide* Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, art. 7.

La interinidad no suponía derecho alguno a la plaza que se ocupaba, sea cual fuere el tiempo que durase dicha situación, y el nombramiento recaía sobre el facultativo que mejor puntuación tuviese en las Escalas de Médicos; a estos efectos y hasta su agotamiento definitivo, se daba preferencia a la Escala de mil novecientos cuarenta y seis. De no haber médicos pertenecientes a las Escalas, se debía solicitar a las bolsas de trabajo de los respectivos Colegios, la relación de los facultativos inscritos para, entre ellos, realizar la selección por concurso de méritos. Posteriormente, la gestión de las bolsas de trabajo fue traspasada a la Administración pública.

Se consideraba personal eventual el designado para atender situaciones extraordinarias, esporádicas o urgentes; el tiempo máximo que podría permanecer el facultativo en esta situación, era de seis meses.

En casos extraordinarios de alta especialización podían vincularse facultativos en régimen de contratación temporal a las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Su actuación se regía por lo previsto en cada contrato, sin que ello supusiera la creación de plazas de facultativos de la Seguridad Social, ni se adquiriese derecho alguno sobre las que pudieran crearse, cuya cobertura debía efectuarse de conformidad con las normas de provisión de vacantes establecidas en el propio Estatuto.

En aquellas localidades en que no existía cupo suficiente para la creación de una plaza de especialista, podría autorizarse excepcionalmente la actuación dentro de la Seguridad Social de especialistas que ejercían libremente como tales en dichas localidades, siempre que solicitasen expresamente tal autorización y la ordenación asistencial así lo aconsejase. Estas autorizaciones no suponían la creación de plazas ni el nombramiento de médico de la Seguridad Social.

El cese se producía por: renuncia; excedencia forzosa o voluntaria; jubilación; terminación del plazo para el que fue contratado; sanción disciplinaria de separación del servicio.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, las menciones del Estatuto a las distintas clases de personal temporal quedaron sustituidas por las que con carácter general regulaba esta Ley para todos los colectivos de personal estatutario, sea cual sea el Estatuto de aplicación.

1.2. Estatuto Jurídico del Personal Sanitario no Facultativo.

La clasificación se efectuaba en base a los siguientes criterios.

1.2.1. Por su titulación y función.

Venían a ser muy similares.

A. Por su titulación.

Personal titulado de Grado Medio: Diplomado en Enfermería, Ayudantes Técnicos Sanitarios, Practicantes, Matronas, Enfermeras, Fisioterapeutas.

Otro personal titulado: Técnicos Especialistas (Formación Profesional de segundo grado), Auxiliares de Enfermería (Formación Profesional de primer grado) y Terapeutas ocupacionales.

B. Por su función.

La clasificación era la siguiente: Diplomados en Enfermería, Ayudantes Técnicos Sanitarios y Enfermeras; Practicantes-Ayudantes Técnicos Sanitarios; Matronas; Fisioterapeutas; Terapeutas ocupacionales; Técnicos especialistas; Auxiliares de Enfermería.

1.2.2. Por la modalidad de prestación de servicios.

A. De Zona.

Se considera personal auxiliar sanitario de zona a los practicantes-ayudantes técnicos sanitarios que prestan los servicios en régimen ambulatorio y domiciliario a las personas con derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

B. De Servicios de Urgencia.

Integra el personal auxiliar sanitario de los Servicios de Urgencia los practicantes-ayudantes técnicos sanitarios adscritos a dichos Servicios.

C. De Instituciones Sanitarias y Equipos Tocológicos.

Integran este personal:

- Los diplomados en enfermería, ayudantes técnicos sanitarios y enfermeras, matronas, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionales, técnicos especialistas y auxiliares de enfermería que presten servicios en Instituciones Cerradas.

- El mismo personal de Instituciones Abiertas.
- Las matronas que presten servicio en Instituciones Sanitarias y en Equipos Tocológicos.

D. De Atención Primaria.

Integra este personal los diplomados en enfermería o ayudantes técnicos sanitarios, enfermeras, practicantes-ayudantes técnicos sanitarios y auxiliares de enfermería adscritos a Equipos de Atención Primaria o a Servicios Jerarquizados de medicina general o pediatría-puericultura de Instituciones Abiertas.

1.2.3. Por la vinculación a la Seguridad Social.

Al igual que en el Estatuto Jurídico del Personal Médico se distinguía entre quien era titular en propiedad y quien era titular de nombramiento de carácter temporal.

Era considerado titular en propiedad, quien había obtenido nombramiento definitivo, conforme a los requisitos establecidos para la provisión de vacantes con tal carácter. En ningún caso podía transcurrir un plazo superior a seis meses desde la superación de las pruebas de acceso hasta el otorgamiento de nombramiento definitivo.

El personal nombrado para desempeñar una plaza vacante hasta que se provea en propiedad, era considerado personal interino.

El personal eventual era el designado, con carácter excepcional, para prestar una asistencia en orden a servicios o circunstancias especiales. El que realizaba su función como sustituto en plaza ocupada por su titular, propietario o interino, durante su ausencia por causa justificada también tenía esta consideración.

Los nombramientos o autorizaciones concedidos a personal interino o eventual, en cualquiera de sus modalidades, no daban derecho a los designados a quedar vinculados a la plaza que desempeñaban, más que con el carácter y tiempo que se consignaba de forma expresa en el nombramiento o autorización correspondiente.

Como he relatado con anterioridad, estos nombramientos de carácter temporal fueron sustituidos por los previstos en la Ley 30/1999, con idénticas consecuencias a las expuestas.

1.3. Estatuto Jurídico del Personal no Sanitario.

La clasificación que establece es la siguiente.

1.3.1. Grupo de personal técnico.

Integrado por:

Personal técnico titulado. Los que con título de grado superior, medio o equivalente presten los trabajos para cuyo ejercicio les faculta dicho título. Se diversifica en tantas clases como títulos y funciones. El personal que aun poseyendo título no hubiera ingresado para la prestación de sus servicios como tal titulado, no queda comprendido en este grupo.

Personal no titulado. Los que sin estar en posesión de tales títulos tengan conocimientos técnicos debidamente acreditados mediante diploma o certificados de Escuelas Profesionales oficialmente reconocidas y hayan ingresado para realizar las funciones correspondientes. Se diversifica en tantas clases como funciones.

1.3.2. Grupo de servicios especiales.

Está formado por el personal que realice funciones que para su ejercicio necesite una especialización que le haya sido exigida para el ingreso. Son las gobernantas, telefonistas y el personal de función administrativa en sus distintos grupos (técnico, de gestión, administrativo y auxiliar administrativo).

1.3.3. Grupo de personal de oficio.

Está integrado por todas las categorías que realicen funciones específicas en relación con los conocimientos propios de su actividad, los cuales les hayan sido exigidos para su ingreso. Son los mecánicos, electricistas, calefactores, fontaneros, albañiles, carpinteros, jardineros, pintores, conductores, peluqueros, cocineros y costureras.

1.3.4. Grupo de personal subalterno.

Tienen a su cargo las funciones propias de su denominación, prestando la colaboración que le sea requerida en orden al debido cumplimiento de su misión. Está constituido por las siguientes Escalas:

Escala General. Está compuesta a su vez por las siguientes clases: jefes de personal subalterno; celadores.

Escala de Servicio. Está compuesta a su vez por las siguientes clases: fogoneros; planchadoras; lavanderas; pinches; limpiadoras.

A esta clasificación que aparece en el Estatuto hay que añadir que a lo largo de los años han ido apareciendo nuevas categorías profesionales a las que las sucesivas Ordenes Ministeriales de Retribuciones (la última corresponde a 1986) iban dando carta de naturaleza y que por lo tanto han de ser consideradas también como categorías estatutarias.

Este Estatuto no consideraba más personal que el titular de plaza en propiedad, remitiendo a la contratación laboral de carácter temporal cuando era necesario incorporar personal no fijo a las Instituciones Sanitarias. No obstante, desde la Ley 30/1999, se incorpora también como estatutario el personal no sanitario vinculado de forma temporal, con los mismos efectos indicados con anterioridad.

1.4. La clasificación -a efectos retributivos- del Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre.

Se establece única y exclusivamente a efectos retributivos y se corresponde con la clasificación en grupo A, B, C, D y E, establecida para los funcionarios en virtud del título exigido para el ingreso en el mismo.

En su disposición adicional, determina las categorías que han de ser incluidas en cada uno de los grupos de clasificación, pudiéndose observar que, además de las mencionadas en los Estatutos aparecen:

- En el grupo "C": profesores de logofonía y logopedia; delineantes; jefes de taller y controladores de suministros.

- En el grupo "D": fotógrafos; operadores de máquinas de imprimir; tapiceros; conductores de instalaciones; encargados de equipos de personal de oficios; auxiliares ortopédicos; monitores; locutores; azafatas de relaciones públicas.

- En el grupo "E": peones.

2. Situación actual.

Los criterios de clasificación del personal estatutario que establece el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, son los enunciados en el art. 5, que son objeto de análisis en cada uno de los epígrafes que desarrollo a continuación.

2.1. En virtud del título exigido para el ingreso.

2.1.1. Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias²⁴.

Esta Ley regula los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas en lo que se refiere a su ejercicio por cuenta propia o ajena, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de los mismos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias. Y sus disposiciones son aplicables tanto si la profesión se ejerce en los servicios sanitarios públicos como en el ámbito de la sanidad privada (art. 1).

A. Profesiones sanitarias tituladas.

El artículo 36 de la Constitución Española eleva a norma de rango constitucional, tanto el criterio de regulación legal de las profesiones tituladas, como el principio de régimen corporativo o colegial. Si en la norma constitucional se contiene la previsión básica sobre lo que sea la especificidad peculiar de las actividades profesionales, se traslada sin embargo al ámbito de la legislación ordinaria la regulación de los Colegios Profesionales y el régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, sin que quede excluida la posibilidad legal del desarrollo pormenorizado vía reglamento de las leyes formales para determinar los temas básicos de la regulación de las profesiones así como las referentes al régimen jurídico aplicable a los Colegios Profesionales.

En el ámbito sanitario, la reserva de ley se refiere a una profesión, la de médico por ejemplo (para lo que se necesita un título de Licenciado en Medicina y Ci-

²⁴ Vide Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, Disposición transitoria tercera:

«Definición y estructuración de las profesiones sanitarias y de los profesionales del área sanitaria de Formación Profesional.

1. Los criterios de definición y estructuración de profesiones sanitarias y profesionales del área sanitaria de Formación Profesional que se contienen en los artículos 2 y 3 de esta Ley, se mantendrán en tanto se lleve a cabo la reforma o adaptación de las modalidades cíclicas a que se refiere el artículo 88 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, para su adecuación al espacio europeo de enseñanza superior.

Una vez producida dicha reforma o adaptación, los criterios de definición de las profesiones sanitarias y de los profesionales del área sanitaria de la Formación Profesional y de su estructuración, serán modificados para adecuarlos a lo que se prevea en la misma.

2. El Gobierno procederá a la reordenación de las funciones de los distintos Departamentos de la Administración General del Estado en materia de formación sanitaria especializada cuando ello resulte aconsejable para adaptarla a lo que prevean las normas de la Comunidad Europea en relación con los requisitos de acceso a las actividades profesionales».

rugía y una colegiación en una Corporación de Derecho Público), pero no se refiere a todas y cada una de las múltiples especialidades que “a posteriori” puedan alcanzar los titulados en Medicina y Cirugía para las que no se exige ninguna colegiación posterior, lo que resulta evidente en las disposiciones que regulan la obtención del título oficial de especialista. Por tanto, no ofrece duda, que estas disposiciones no regulan ninguna profesión titulada, sino una de las múltiples especialidades propias de los títulos universitarios cuya licenciatura es exigida. El título universitario es único, con independencia del puesto de trabajo que se ocupe.

A los efectos de la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, son profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en Colegios Profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable (art. 2.1 LOPS).

Las profesiones sanitarias que contempla se estructuran en los siguientes grupos (art. 2.2 LOPS):

a) De nivel Licenciado: Las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Licenciado en Medicina, en Farmacia, en Odontología y en Veterinaria, y los títulos oficiales de Especialista en Ciencias de la Salud para Licenciados a que se refiere el Título II de esta Ley²⁵.

b) De nivel Diplomado: Las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Diplomado en Enfermería, en Fisioterapia, en Terapia Ocupacional, en Podología, en Óptica y Optometría, en Logopedia y en Nutrición Humana y Dietética y los títulos oficiales de Especialista en Ciencias de la Salud para tales Diplomados²⁶.

²⁵ Vide Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, Título II: «De la formación de los profesionales sanitarios».

²⁶ Vide Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, Disposición adicional séptima:

«Carácter de profesionales sanitarios.

1. Lo establecido en esta Ley se entiende sin perjuicio del carácter de profesionales sanitarios que ostentan los Ayudantes Técnico Sanitarios y demás profesionales que, sin poseer el título académico a que se refiere el artículo 2, se encuentran habilitados, por norma legal o reglamentaria, para ejercer alguna de las profesiones previstas en dicho precepto.

2. Tendrán carácter de profesionales sanitarios los Licenciados en Ciencia y Tecnología de los Alimentos cuando tales titulados desarrollen su actividad profesional en Centros Sanitarios integrados en el Sistema Nacional de Salud o cuando desarrollen su ejercicio profesional, por cuenta propia o ajena en el sector sanitario privado».

Cuando así resulte necesario, por las características de la actividad, para mejorar la eficacia de los servicios sanitarios o para adecuar la estructura preventiva o asistencial al progreso científico y tecnológico, se podrá declarar formalmente el carácter de profesión sanitaria, titulada y regulada, de una determinada actividad no prevista en el número anterior, mediante norma con rango de Ley (art. 2.3 LOPS)²⁷.

B. Profesionales del área sanitaria de formación profesional.

Las directrices generales sobre los títulos de formación profesional y sus correspondientes enseñanzas mínimas, tienen por objeto establecer una estructura común de la ordenación académica de unas y otras. El objetivo de la nueva formación profesional se orienta, no sólo a la adquisición de conocimientos, sino sobre todo a la adquisición de la competencia profesional característica de cada título, que se expresará a través de su perfil profesional asociado, organizado en unidades de competencia, entendidas como un conjunto de capacidades profesionales (referidas a las propiamente técnicas, a las de cooperación y relación con el entorno, a las de organización de las actividades de trabajo, a las de comprensión de los aspectos económicos y a las de adaptación a los cambios que se producen en el trabajo), que se expresan a través de una serie de acciones o realizaciones profesionales con valor y significado en el empleo, que se esperan de aquellos que obtengan el título profesional.

Los títulos profesionales son establecidos por el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, determinándose sus competencias profesionales características expresadas en términos de perfiles profesionales, necesarios para el desempeño cualificado de las profesiones correspondientes; los aspectos básicos del currículo de los ciclos formativos, que constituirán las enseñanzas mínimas y la duración de estos últimos.

La decisión constitucional de reservar a la ley en sentido estricto, a la ley formal emanada del poder legislativo, la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas (art. 36 CE), comporta, a la luz de reiterada doctrina constitucional, que debe ser ese producto normativo, sin que sean admisibles otras remisiones o habilitaciones a la potestad reglamentaria que las ceñidas a introducir un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades pro-

²⁷ También se precisa en este mismo artículo: «Conforme a lo establecido en la Ley 10/1996, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental, tienen carácter de profesión sanitaria la de Protésico Dental y la de Higienista Dental».

puestas por la Constitución o por la propia Ley, el que regule: a) la existencia misma de una profesión titulada, es decir, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos; b) los requisitos y títulos que la integran. Y todo ello porque el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas. Porque el significado último del principio de reserva de ley, garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.

El efecto jurídico de la norma se limita por tanto a regular el derecho al título, que se adquiere por la superación de las específicas enseñanzas que se establecen y organizan, y a reconocer como inherente a él unas determinadas capacidades profesionales. No se regula el ejercicio de una profesión titulada, esto es, de un empleo, facultad u oficio que deja de ser libre por quedar su ejercicio subordinado a la posesión de un título, ni se penetra por tanto en el ámbito jurídico constitucionalmente reservado a la ley.

La normativa comunitaria europea, que trata de hacer efectiva la libre circulación de personas y servicios dentro de su ámbito espacial, suprimiendo los obstáculos que se puedan oponer a la facultad de ejercer una profesión, por cuenta propia o ajena, en un estado miembro distinto de aquel en que hayan adquirido su cualificación profesional, más que reglamentar una profesión, lo que pretende es el reconocimiento mutuo de ciclos de formación cursados con anterioridad a la entrada en la vida profesional, con el fin de lograr una recíproca equivalencia y poder determinar, de acuerdo con la formación adquirida en un país, cuál es la correspondencia que tiene en el resto de la Unión.

De conformidad con el artículo 35.1 de la Constitución, son profesionales del área sanitaria de formación profesional quienes ostentan los títulos de formación profesional de la Familia Profesional Sanidad, o los títulos o certificados equivalentes a los mismos (art. 3.1 LOPS).

Los profesionales del área sanitaria de Formación Profesional se estructuran en los siguientes grupos (art. 3.2 LOPS):

a) De grado superior: Quienes ostentan los títulos de Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citología, en Dietética, en Documentación Sanitaria, en Higiene Bucodental, en Imagen para el Diagnóstico, en Laboratorio de Diagnóstico Clínico, en Ortoprotésica, en Prótesis Dentales, en Radioterapia, en Salud Ambiental y en Audioprótesis.

b) De grado medio: Quienes ostentan los títulos de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería y en Farmacia.

Tendrán, asimismo, la consideración de profesionales del área sanitaria de Formación Profesional los que estén en posesión de los títulos de Formación Profesional que, en la familia Profesional Sanidad, establezca la Administración General del Estado conforme a lo previsto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional²⁸ (art. 3.3 LOPS).

2.1.2. Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: personal de formación universitaria y personal de formación profesional.

La clasificación que establece tanto para el personal estatutario sanitario (art. 6), como para el personal estatutario de gestión y servicios (art. 7), diferencia, atendiendo al nivel académico del título exigido para el ingreso, entre personal de formación universitaria (Licenciados y Diplomados) y personal de formación profesional (Técnicos superiores y Técnicos). También contempla para el personal estatutario de gestión y servicios una modalidad de clasificación que engloba bajo el apartado “Otro personal”, aquellas categorías en las que se exige certificación acreditativa de los años cursados y de las calificaciones obtenidas en la Educación Secundaria Obligatoria, o título o certificado equivalente.

Por tanto, se reproduce el esquema contemplado en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, y además se hace todavía más patente, cuando entre Licenciados y Diplomados que configuran el personal estatutario sanitario, diferencia los que cuentan con el título de especialistas en Ciencias de la Salud o no.

²⁸ Vide Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de Cualificaciones y de la Formación Profesional (BOE de 20 de junio, núm. 147), art. 10: «Las ofertas de formación profesional. 1. La Administración General del Estado, de conformidad con lo que se establece en el artículo 149.1.30ª y 7ª de la Constitución y previa consulta al Consejo General de la Formación Profesional, determinará los títulos y los certificados de profesionalidad, que constituirán las ofertas de formación profesional referidas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales».

Esta referencia obedece al contenido y configuración que establece la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, Título II (De la formación de los profesionales sanitarios), Capítulo III (Formación especializada en Ciencias de la Salud)²⁹.

2.2. En virtud de la función desarrollada.

2.2.1. Personal sanitario y personal de gestión y servicios.

La primera clasificación que se establece, es la que avalan los arts. 6 y 7 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, distinguiendo entre aquellos que ostentan un nombramiento para el desarrollo de una profesión o especialidad sanitaria y aquellos que ostentan un nombra-

²⁹ *Vide Ley 44/2003*, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, arts 15: «*Carácter y objeto de la formación especializada*. 1. La formación especializada en Ciencias de la Salud es una formación reglada y de carácter oficial.

2. La formación especializada en Ciencias de la Salud tiene como objeto dotar a los profesionales de los conocimientos, técnicas, habilidades y actitudes propios de la correspondiente especialidad, de forma simultánea a la progresiva asunción por el interesado de la responsabilidad inherente al ejercicio autónomo de la misma».

16: «*Títulos de Especialistas en Ciencias de la Salud*. 1. Corresponde al Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte y de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, del Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud y de la organización u organizaciones colegiadas que correspondan, el establecimiento de los títulos de Especialistas en Ciencias de la Salud, así como su supresión o cambio de denominación.

2. El título de Especialista tiene carácter oficial y validez en todo el territorio del Estado.

3. Sin perjuicio de las facultades que asisten a los profesionales sanitarios citados en los artículos 6.2 y 7.2 de esta Ley, ni de los derechos reconocidos, por norma legal o reglamentaria, a quienes se encuentran habilitados para desempeñar plaza de especialista sin el correspondiente título, la posesión del título de especialista será necesaria para utilizar de modo expreso la denominación de especialista, para ejercer la profesión con tal carácter y para ocupar puestos de trabajo con tal denominación en centros y establecimientos públicos y privados» y

17: «*Expedición del título de Especialista*. 1. Los títulos de especialista en Ciencias de la Salud serán expedidos por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

2. La obtención del título de especialista requiere:

a) Estar en posesión del título de Licenciado o Diplomado Universitario que, en cada caso, se exija.

b) Acceder al sistema de formación que corresponda, así como completar éste en su integridad de acuerdo con los programas de formación que se establezcan, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 23 de esta Ley para el supuesto de nueva especialización.

c) Superar las evaluaciones que se determinen y depositar los derechos de expedición del correspondiente título».

miento expedido para el desempeño de funciones de gestión o para el desarrollo de profesiones u oficios que no tengan carácter sanitario.

2.2.2. El desarrollo profesional y su reconocimiento.

Una novedad que introduce la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias es el reconocimiento del desarrollo profesional, que puede habilitar para el desempeño de diferentes funciones en virtud del grado alcanzado³⁰.

2.2.3. Puestos directivos.

La función que un profesional puede desarrollar dependerá de que ostente un puesto base, un puesto o cargo intermedio o un puesto directivo en el centro sanitario.

Sobre este último supuesto resulta de interés la Disposición adicional décima de la nueva Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias:

«Las Administraciones Sanitarias establecerán los requisitos y los procedimientos para la selección, nombramiento o contratación del personal de dirección de los centros y establecimientos sanitarios dependientes de las mismas.

Igualmente las Administraciones Sanitarias establecerán los mecanismos de evaluación del desempeño de las funciones de dirección y de los resultados obtenidos, evaluación que se efectuará con carácter periódico y que podrá suponer, en su caso, la confirmación o remoción del interesado en tales funciones directivas».

En el BOCG de 3 de julio de 2003, núm. 151-5, se publicó la enmienda núm. 192, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, formulando una nueva disposición adicional con la siguiente redacción:

«Dirección de centros sanitarios.

1. Las Administraciones sanitarias establecerán los requisitos y los procedimientos para la selección, nombramiento o contratación del personal de dirección de los centros y establecimientos sanitarios dependientes o adscritos a las mismas.

Igualmente, las Administraciones sanitarias establecerán los mecanismos de evaluación del desempeño de las funciones de dirección y de los resultados obtenidos, evaluación que se efectuará con carácter periódico y que podrá suponer, en su caso, la confirmación o remoción del interesado en tales funciones directivas.

³⁰ Vide Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, arts 37: «Normas generales», 38: «Desarrollo profesional» y 39: «Homologación del reconocimiento del desarrollo profesional».

2. Corresponde a las Administraciones sanitarias la determinación de los puestos de dirección y gestión de los centros y establecimientos sanitarios dependientes o adscritos a las mismas, que tienen la consideración de puestos directivos a efectos de lo previsto en esta disposición.

Tales puestos podrán ser provistos en su caso, mediante contratos de trabajo incluidos en la relación laboral especial del personal de alta dirección».

Enmienda presentada por considerar que esta ley es el marco legal más adecuado para esta regulación. No fue aceptada.

2.3. En virtud del tipo de nombramiento.

Sobre esta modalidad de clasificación, el Estatuto Marco viene a reconocer como sus antecesores la condición de personal estatutario fijo y temporal.

2.3.1. Personal fijo.

En este contexto resulta necesario establecer la distinción entre la condición de trabajador fijo en la Administración Pública y la cualidad de relación de trabajo por tiempo indefinido que puede vincularse a la misma. El punto de partida es que el concepto de trabajador fijo no es exactamente coincidente con el de trabajador vinculado por una relación indefinida, en cuanto que puede adoptar modulaciones particulares en distintos sectores de actividad. Así ha ocurrido en el derecho histórico en las reglamentaciones y ordenanzas de trabajo del sector de la construcción o del sector agrícola. Y así ocurre en el derecho vigente a partir de la Ley 30/1984, en el sector de las Administraciones Públicas. A la luz de la doctrina jurisprudencial, la condición de trabajador fijo en las Administraciones Públicas se adquiere únicamente mediante la acreditación de mérito y capacidad en el correspondiente concurso público exigido por la normativa específica de dichas Administraciones, mientras que la calificación de una relación de trabajo como indefinida, con lo que ello comporta a los efectos del régimen jurídico de su duración y de su extinción, depende exclusivamente de lo establecido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones complementarias.

2.3.2. Personal temporal: interino, eventual, sustituto.

Respecto del personal temporal, sigue otorgando carta de naturaleza a la diferenciación entre personal interino, de carácter eventual o de sustitución. Tanto el nombramiento como el cese se plantea en términos idénticos a los enunciados con anterioridad.

Tal y como ha declarado reiterada jurisprudencia -Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, núm. 1396/2002, de 4 de junio (Sala de lo Social), AS 2002\2611-, la calificación como interino o eventual no pende del nombramiento por la entidad gestora, sino de la naturaleza de la plaza desempeñada:

«[...]. Visto lo anterior, y aplicando a este supuesto la doctrina unificada del Tribunal Supremo contenida en la reciente sentencia de 4 de abril de 2001 (RJ 2001\4128), en la que resolviendo un supuesto de cese de un médico interino erróneamente designado como eventual, señala que sólo es procedente si concurren las circunstancias que justifican la extinción de un vínculo estatutario de naturaleza interina, añadiendo que, en todo caso, *la calificación como interino o eventual no pende del nombramiento por la entidad gestora sino de la naturaleza de la plaza desempeñada*, hemos de concluir que el cese del nombramiento de sustitución de la actora por una de las causas determinantes del mismo (pérdida por la sustituida de su derecho a la reincorporación; art. 7.6 Ley 30/1999), pese al nombre de interinidad que se le haya dado al nombramiento, resulta ajustado a derecho. Por ello, previa estimación del recurso interpuesto, hemos de revocar la sentencia de instancia y desestimar la pretensión contenida en la demanda origen de las presentes actuaciones» (F.D. 2º).

Es admitido por la jurisprudencia que las Administraciones Públicas pueden utilizar la contratación temporal no sólo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, sino también para la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través de los procedimientos establecidos al efecto. El hecho de que se utilice el cauce de contrato para obra o servicio determinado, sólo implica una irregularidad formal, que no desvirtúa su naturaleza real de interinidad por vacante sin que pueda transformar un contrato temporal para la cobertura provisional de vacante en un contrato por tiempo indefinido. Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, núm. 69/2002, de 20 de febrero (Sala de lo Social), AS 2002\1048:

«[...]. La cuestión entonces aparece nítida. La doctrina del Tribunal Supremo ni antes de la Ley 30/1999, ni después ha otorgado a la Administración una patente de curso para poder elegir a su antojo y conveniencia entre el nombramiento eventual y el de interinidad, antes denominado interinidad por vacante. Ello no es así tal y como se extrae de la propia sentencia invocada por la recurrente, siendo que en el caso estudiado el actor, tal y como se extrae del relato fáctico inalterado, fue nombrado con causa en la realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria «acumulo de tareas para el funcionamiento del plan Nacional contra la droga», no obstante lo cual ha ocupado plaza en la Unidad de Medicina interna que se encontraba y se encuentra vacante, tal y como se deduce que haya sido contratado otro ATS para desempeñar dicha plaza, y no para resolver con carácter general una situa-

ción de acumulo de tareas provocada por la vacancia de numerosos puestos de trabajo, lo cual no ha sido ni alegado ni probado. Es por ello por lo que se ha de convenir con el Magistrado de instancia que la demandada no ha respetado las normas sobre nombramiento de personal temporal y el negocio jurídico al que se denominó contrato eventual no es más que un contrato de interinidad para cubrir la vacante reseñada, contrato que se extingue por la incorporación de un titular o por la amortización de la plaza, causas que al no concurrir hacen nulo el cese del demandante, como más adelante se verá y no improcedente el despido. Este es precisamente el criterio mantenido por la recurrente en las Instrucciones, que también invoca, sobre vinculación temporal de personal estatutario en Instituciones Sanitarias del Insalud dictadas a propuesta de la Dirección General de Recursos Humanos de fecha 30 de noviembre de 1999, Instrucción Segunda, Dos, que establece que: «El carácter previsiblemente transitorio, esporádico o circunstancial de la actividad a acometer debe presidir cualquier nombramiento eventual. No debe utilizarse en actuaciones consolidables, sólo en situaciones de fuerza mayor, aumento coyuntural de demanda o extensión de un programa asistencial concreto que tenga una duración determinada o cobertura de la atención continuada». Y desde luego no puede calificarse como tal la situación descrita, en la que formalmente el actor fue nombrado para un programa concreto, no obstante lo cual se le destinó a la atención de un servicio distinto para atender una plaza de ATS en el Servicio de Medicina Interna que, a falta de otros hechos probados, está vacante, habiendo sido desempeñada por el actor desde el 28 de diciembre de 1999 hasta el 30 de junio de 2001, y desde el 1 de julio de 2001 ha sido nombrado ATS para el desempeño de dicha plaza.

Conforme a lo expuesto no puede convenirse con el recurrente en que se produzcan las denunciadas infracciones, sin que sea lícito invocar ahora listas de contratación ni puntuaciones cuando la actuación de la demandada ha sido la que ha provocado la aplicación de la normativa expuesta, sin olvidar que el actor ha estado vinculado con aquélla un año y seis meses, si bien mediante sucesivos contratos que esconden una situación no coyuntural sino prolongada en el tiempo y a la que no se puede atender con tal clase de nombramientos, que lo único que facilitan es el poder cesar a los contratados a conveniencia de la demandada, lo cual no es conforme a la normativa citada y hace ilícito el término fijado para su vencimiento» (F.D. 4º).

Sin embargo debo destacar que la doctrina del Tribunal Supremo no otorga a la Administración una patente de curso para poder elegir a su antojo y conveniencia entre el nombramiento eventual y el de interinidad. Así lo determina la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001 (Sala de lo Social), RJ 2001\7010:

«[...]. b) Según doctrina reiterada de esta Sala, la celebración de un contrato eventual, al que se le asigna como causa la falta de personal, precisamente en un Hospital público, aunque no de la Seguridad Social, no es algo carente de consecuencias, en el sentido de constituir una mera falta subsanable o irrelevante; hay que entender, por el contrario, que no ha existido un error de calificación en el contrato, sino un uso

desviado de la forma de contratación, porque en (esos) contratos eventuales no se identifica ninguna plaza vacante que pueda desempeñarse en interinidad hasta su cobertura, sino genéricamente una situación de falta de personal que, aparte su difícil encaje en el art. 15.1.b/ del Estatuto de los Trabajadores, nunca podría autorizar una relación que ha excedido con mucho la duración límite autorizada para los contratos de eventualidad (cfr. de esta Sala, de 26 octubre 1999 [RJ 1999\ 7497], y las que en ella se cita).

c) En nuestro caso no se celebró exclusivamente contratos por una supuesta necesidad eventual de acumulación de tareas, sino que luego se utilizó la figura del contrato de interinidad por vacante. Esto no impide una consideración global de la situación, es decir, de todos los contratos celebrados, para decretar la irregularidad originaria del vínculo laboral de los actores, que trasciende luego y se perpetúa, aunque se formalice otro tipo de relación. Así se desprende con claridad de nuestra sentencia de 20 febrero 1997 (RJ 1997\ 1457), donde se advierte que en situaciones parecidas, todos los contratos pasan a constituir una relación laboral única, lo que se reitera después en la sentencia de 16 abril 1999 (RJ 1999\ 4424), donde se matiza que el resultante fraude de ley no implica siempre y en toda circunstancia, una actitud empresarial estricta y rigurosamente censurable, desde una perspectiva moral, social o legal ("dolus malus") sino la mera y simple consciencia de que la situación laboral contemplada no implica eventualidad alguna, sino que es una clara manifestación del desarrollo normal y habitual de la actividad gestionada» (F.D. 3º).

En el caso de nombramientos de carácter eventual puede resultar conveniente hacer las siguientes previsiones:

- Se hará constar en los nombramientos, con toda precisión, el servicio determinado que lo motiva. No se deberán utilizar expresiones genéricas tales como "acumulación de tareas", "necesidades del servicio", "necesidades de personal" o similares.

- Siempre que resulte posible se hará constar en los nombramientos las fechas de inicio y fin de la prestación del servicio para el que se nombra. De no conocerse esta última por la duración incierta del servicio a desarrollar, deberá desprenderse de la propia descripción del servicio determinado que posibilita el nombramiento.

- En todos los casos en que los nombramientos correspondan a servicios determinados de duración (predeterminada o presunta por así derivarse del servicio) superior a un año, deberá obtenerse autorización especial, a cuyo fin se informará de las circunstancias que determinan la necesidad del mismo. Además debo llamar la atención sobre la previsión que realiza el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud respecto del personal temporal con nombramiento de carácter eventual, de modo que si se realizarán más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un

periodo acumulado de doce o más meses en un periodo de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro.

Respecto al nombramiento eventual para la prestación de servicios de guardias, a favor de un profesional, en aquellos distritos y hospitales en que resulte necesario para garantizar la cobertura asistencial de esta actividad debo precisar, que este personal no ocupará plaza de plantilla, ni el nombramiento le otorga la condición de titular en propiedad de las Instituciones Sanitarias públicas.

Las causas que determinan la necesidad del nombramiento se harán constar expresamente en el contrato, pudiendo responder a: a) Necesidad derivada de exención de guardias por razón de la edad a los profesionales titulares de las plazas. b) Necesidad derivada de exención temporal de guardias a los profesionales titulares de plazas por razón de embarazo. c) Necesidad derivada de cualquier otra circunstancia que haga disminuir el número de profesionales disponibles para la realización de guardias.

Los nombramientos se mantendrán en vigor mientras subsistan las circunstancias que lo motivaron, siendo causa de extinción con el consiguiente cese del profesional nombrado, las siguientes: a) No superar el periodo de prueba, en aquellos casos en que no estuviera exento. b) Renuncia del interesado, que deberá formalizar por escrito con una antelación suficiente. c) Modificación de las circunstancias que motivaron la necesidad del nombramiento, incluida la posibilidad de nueva programación de las guardias. d) Cualquier otra que se derive de la legislación vigente.

El personal así nombrado percibirá como retribuciones exclusivamente las previstas para el resto de los profesionales como complemento de guardias, en las mismas cuantías y condiciones que el resto de los del centro que desempeñen esta actividad.

En el supuesto de los nombramientos de sustitución debo hacer notar que deberá entenderse que proceden cuando el personal a sustituir tenga precisamente la condición de sustituto, así como cuando sea necesario sustituir a personal laboral de plantilla.

Respecto del personal estatutario temporal en su conjunto determina que le será de aplicación, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo.

VI. EL VÍNCULO DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL

1. Justificación y utilidad de los antecedentes expuestos.

La referencia histórica de la prestación de servicios profesionales en los centros sanitarios, la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el concepto, la naturaleza jurídica y la clasificación del personal estatutario, son los antecedentes imprescindibles para entender la trascendencia del problema que abordo, su correcta ubicación en el entorno de los trabajadores públicos y las consideraciones que se desprenden de su catalogación como un “*tertium genus*”, a caballo entre los funcionarios y el personal laboral.

Su utilidad radica en poner de manifiesto que la situación no ha mejorado -hasta el momento- a pesar de la modificación sustancial del régimen jurídico de un colectivo que en nuestro país supera los 500.000 trabajadores.

2. Origen del estudio que abordo en este trabajo: dos sentencias del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid.

Los profesionales sanitarios y demás colectivos de personal que prestan sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social han tenido históricamente en España una regulación específica. Esa regulación propia se ha identificado con la expresión “personal estatutario” que derivaba directamente de la denominación de los tres Estatutos de Personal -el Estatuto de Personal Médico, el Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo y el Estatuto de Personal no Sanitario- de tales centros e instituciones.

La conveniencia de una normativa propia para este personal surge de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud³¹.

Recientemente he podido leer dos sentencias del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid, cuya Magistrada D^a Emilia-Teresa Díaz Fernández, declara la competencia jurisdiccional del orden social para conocer de la pretensión deducida en los procedimientos ordinarios 78/2002 N y

³¹ *Vide* Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Preámbulo.

57/2002 C. Las cuestiones principales deducidas, en ambos, son idénticas y se resumen en una reclamación por concepto de horas de descanso no disfrutado de una determinada cantidad económica al INSALUD.

Inicialmente se presentó una reclamación previa ante la Dirección Territorial del INSALUD en materia de Derecho y Cantidad, que por resolución termina reconociendo parcialmente el petitum, y frente a la misma se interpone una demanda ante el Juzgado de lo Social que estimó parcialmente la pretensión. Formulado recurso de suplicación recayó sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, cuyo tenor literal expresaba:

«Que debemos declarar y declaramos la *incompetencia material de este orden jurisdiccional social* para el conocimiento y la resolución de la cuestión objeto de nivel procedimental, por lo que debemos anular y anulamos, dejándola sin efecto, todo lo actuado en el mismo desde la providencia de admisión a trámite de la demanda, advirtiendo a las partes litigantes que podrán formular sus reclamaciones de cantidad ante los órganos judiciales de la jurisdicción del orden contencioso-administrativo que es la competente en esta materia. Sin que haya lugar a hacer pronunciamiento en costas contra ninguna de las partes litigantes».

La parte recurrente formuló recurso potestativo de reposición ante el INSALUD, sin que se resolviera de modo expreso.

La cuestión objeto de controversia de la pretensión formulada en la demanda configura “una reclamación de cantidad en concepto de horas de descanso no disfrutado por importe de [...] euros”, debiéndose analizar si el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo resulta competente para el conocimiento del objeto controvertido. Cuestión sobre la que evidentemente no hay laguna del derecho que solventar³².

³² Vide Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, núm. 71/1993, de 30 de abril (Sala de lo Social). AS 1993\1905:

«[...]». Establecida la aplicación al personal estatutario, que presta sus servicios en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, de los correspondientes Estatutos Jurídicos del Personal Médico, del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica, y del Personal no Sanitario, preciso es determinar el procedimiento para la cobertura de las numerosas lagunas que en los mismos se aprecian.

Cuando se producen dichas lagunas, debe buscarse su integración en el ordenamiento jurídico a través de los mecanismos que el propio sistema establece, para poder cumplir el mandato del art. 1.7 del Código Civil, que impone a los Jueces y Tribunales el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiéndose al sistema de fuentes. Así, aparte de la aplicación directa a la relación de servicios del personal estatutario de las normas específicamente dictadas para regularla (Estatutos Jurídicos del Personal ya citados; Real Decreto 137/1984, de 11

El tema principal a decidir, debe contraerse al examen de la pretensión, por si del mismo pudiera inferirse que se trata del ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial o por el contrario, se trata de una acción de reclamación de cantidad derivada de las relaciones contractuales interpartes.

No debe desconocerse que la parte recurrente ha impetrado el auxilio jurisdiccional ante el Orden Contencioso-Administrativo, como consecuencia de la declaración de oficio de la incompetencia de jurisdicción, realizada por la Sala Social del TSJ de Madrid, en virtud de sentencia devenida definitiva y firme.

Sin embargo, este orden jurisdiccional no resulta competente en razón de la materia, pues claramente se vislumbra que no se trata de un supuesto de responsabilidad patrimonial, pues no se discute reclamación alguna por ausencia o indebida prestación del servicio que tiene confiado el INSALUD, por parte de algún beneficiario, cuyo anormal funcionamiento impone que los particulares hayan de ser indemnizados con las determinaciones que establece el art. 141.1 LRJPA³³.

enero, y Real Decreto 521/1987, de 15 abril; normas sobre retribuciones, en particular el Real Decreto 3/1987, de 11 septiembre; sobre incompatibilidades, Ley 53/1984, de 26 diciembre (art. 2.º 1, f), y Real Decreto 598/1985, de 30 abril), también le es de aplicación supletoria la Ley 30/1984, de 2 agosto, de Reforma de la Función Pública, cuyo art. 1.5 dispone que «la presente Ley tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación» y obviamente las disposiciones del Código Civil, cuyo art. 4.º 3 establece que «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

Cuando estas normas de aplicación supletoria tampoco contemplen el supuesto específico en cuestión, ha de acudirse al procedimiento analógico previsto en el núm. 1 del citado art. 4.º del Código Civil («Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»). La aplicación de la analogía exige, por tanto, semejanza entre el supuesto de hecho no regulado y el regulado, y que los elementos esenciales que constituyen la «ratio iuris» de la norma se observen en el supuesto no regulado. De los dos tipos de analogía, la «legis» (aplicación de una norma singular al caso carente de regulación) y la «iuris» (aplicación de un principio general deducido de un conjunto de normas), es preferente el primero en virtud de la jerarquía de las fuentes establecida en el art. 1.º del Código Civil, siendo sólo admisible la analogía «iuris» en último extremo, pues tal es el lugar que corresponde a los principios generales del derecho en el orden jerárquico de las fuentes. Ha de señalarse, en consecuencia, que las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores, y de las demás normas laborales sólo podrán ser aplicables al personal estatutario al servicio de la Seguridad Social, a través del procedimiento analógico, en ausencia de regulación susceptible de aplicación directa o supletoria» (F.J. 3º).

³³ Vide Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ, “Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la «ciencia» o de la «técnica»”, *REDA*, 104, (1999), pp. 657-673.

Sin embargo, los artículos 120-126 LRJPA posibilitan el ejercicio de acciones contra la Administración Pública, fundadas en derecho privado o laboral, siempre que traigan causa o motivo específico distintos de la responsabilidad derivada como consecuencia del funcionamiento del servicio público encomendado y por tanto resultará competente el Orden Jurisdiccional Civil o Social (art. 121 LRJPA)³⁴. En este supuesto, será el Orden Jurisdiccional Social.

El grupo normativo regulador, en materia de competencia jurisdiccional, está configurado por las siguientes disposiciones: LOPJ, LJ, LGSS.

3. Ley Orgánica del Poder Judicial.

En particular debo citar al menos:

- Art. 9.1 LOPJ:

«Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta y otra Ley».

- Art. 9.4 LOPJ (nueva redacción que establece la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial):

«Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el art. 82.6 de la Constitución,

³⁴ Así lo ha puesto de manifiesto la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de junio de 1998: «El Instituto Nacional de la Salud así como el resto de las entidades que ejercen funciones similares en las distintas Autonomías gozan de la naturaleza de entidades gestoras del correspondiente servicio público (artículos 57 a) y 59.1 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social de 20 de junio de 1994), que desempeñan bajo la tutela y dirección del Estado, por lo que han de considerarse integrados con todas las consecuencias antedichas, en el concepto de Administración Pública [...]. Ello supone, asimismo, que cualquier tipo de reclamación por indebida prestación del servicio que tiene confiado ha de ventilarse en vía administrativa y mediante el subsiguiente recurso contencioso, sin que ello signifique en absoluto mermar el contenido de la jurisdicción laboral en lo que se refiere a los múltiples aspectos que ofrece el campo de la reclamación de prestaciones de la Seguridad Social en relación con los derechos y obligaciones específicos que dimanar del contrato de trabajo; únicamente quiere decir, que se integran en el marco unitario del procedimiento administrativo, y su correspondiente secuela jurisdiccional, todas las prestaciones que supongan una reclamación por defectuosa prestación del servicio público que tiene confiado».

de conformidad con lo que establezca la ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas».

- Art. 9.5 LOPJ:

«Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral».

- Art. 9.6 LOPJ:

«La jurisdicción es improrrogable. Los órganos judiciales apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. En todo caso, esta resolución será fundada y se efectuará indicando siempre el orden jurisdiccional que se estime competente».

4. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por su parte la LJ determina en el art. 7.2:

«La competencia de los Juzgados y Salas de lo Contencioso-Administrativo no será prorrogable y deberá ser apreciada por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días».

5. Ley General de la Seguridad Social.

5.1. El artículo 45.

El artículo 45 del Texto Refundido de la Seguridad Social, establece:

«Personal de las Entidades Gestoras.

1. La relación entre las Entidades Gestoras y, en su caso, Servicios de la Seguridad Social y el personal a su servicio se regulará por lo previsto en los Estatutos de Personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o, por el Estatuto general aprobado por el propio Ministerio.

2. Sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación *la jurisdicción de trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal*, con excepción del comprendido en el número siguiente.

3. Los Estatutos a que se refiere el número 1 de este artículo preverán el libre nombramiento y separación de su personal directivo o que ocupe cargos de confianza.

Compete al Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Trabajo, el nombramiento y cese de los cargos directivos con categoría, determinada por Decreto, de Director General o asimilada».

El párrafo segundo, ha sido derogado por la disp. derog. 1ªb) de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, pero tal derogación, no afecta a los “Cuerpos y Escalas Sanitarias y Asesores Médicos” según establece la disp. adic. 16ª de la referida Ley. Criterio que se mantiene en el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD 1/1994, de 20 de junio, pues su disposición derogatoria única a) 1, deja en vigor de forma expresa el citado art. 45 del Decreto 2065/1974.

5.2. Excepción.

En el número 3 del artículo 45 de la LGSS se determina el libre nombramiento y separación de su personal directivo o que ocupe cargos de confianza, siempre que ostenten la categoría que se determina en el mismo.

Sin duda constituye una excepción. Pero tal y como ha precisado la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de abril de 2001 (Sala de lo Social) [RJ 2001\4124], siempre que concurren las circunstancias que se contemplan en la misma, no en caso contrario:

«[...] criterio de que la misma aplica el régimen del personal laboral especial de alta dirección a directivos de hospitales y centros sanitarios de la Seguridad Social que hayan sido contratados laboralmente, aunque no reúnan los requisitos y condiciones que impone el art. 1-2 del Real Decreto 1382/1985. Lo cual se corrobora plenamente por las normas legales que han venido a suceder a esa Disposición Final, esto es el art. 20-4 del Real Decreto-ley 1/1999 y la Disposición Adicional Décima, núm. 4, de la Ley 30/1999, las cuales determinan quienes son los concretos órganos de dirección de centros y establecimientos sanitario «[...]». La única interpretación admisible de la norma que comentamos, es la que sienta el s a los que se aplica el indicado régimen especial, siendo incuestionable que ninguno de los cargos u órganos que estos preceptos mencionan, cumplen las condiciones y exigencias del art. 1-2 del Real Decreto 1382/1985.

De lo expresado se deduce que, conforme a las disposiciones legales que se vienen comentando, la normativa reguladora del personal de alta dirección que se previene en el Real Decreto 1382/1985, se aplica a determinados directivos de centros sanitarios los cuales no cumplen en absoluto, los requisitos y presupuestos que, según el art. 1º de dicho Decreto, son necesarios para poder ser incluidos en el concepto de personal de alta dirección que esta norma establece. Pero esta realidad no supone que pueda sostenerse que aquellas disposiciones legales hayan vulnerado los mandatos de la Constitución, ni que se deba formular ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad con respecto a ellas. Se funda este criterio en las siguientes consideraciones:

1).-No existe razón alguna para poder afirmar que las normas antes reseñadas, es decir la Disposición Final Séptima de la Ley 31/1991, el art. 20-4 del Real Decreto-ley 1/1999 y la Disposición Adicional Décima, número 4, de la Ley 30/1999 infringen algún precepto de la Constitución.

2).-No puede hablarse de infracción del art. 14 de la misma, derivada de la comparación de las normas comentadas con el art. 1º del Estatuto de los Trabajadores, pues no existe entre esas normas y este art. 1º ninguna clase de conflicto. En este caso nadie discute que la relación jurídica examinada sea un contrato laboral; se admite por todos la naturaleza laboral de dicha relación; el tema del debate consiste en dilucidar si se trata de una relación de trabajo ordinaria o una relación de trabajo especial de alta dirección.

3).-Pero, tampoco en lo que concierne a este último dilema puede pensarse en que se conculque por las normas referidas el art. 14 de la Constitución, que en este caso tendría que derivarse de la confrontación de las mismas con el art. 2-1-a) del Estatuto de los Trabajadores. Este último artículo no especifica ni define el concepto de relación laboral especial de alta dirección, solamente hace alusión a ella; por consiguiente, no puede decirse que las comentadas normas contengan un tratamiento distinto al que prescribe dicho art. 2-1.

4).-La divergencia de tratamiento se produce entre las disposiciones a que se viene aludiendo, y el art. 1-2 del Real Decreto 1382/1985, pero este precepto tiene rango reglamentario, mientras que aquellas otras ostentan la condición y carácter de leyes formales. Es inaceptable basar la inconstitucionalidad de una Ley en el hecho de que sus mandatos sean distintos que los establecidos en un Decreto; en cualquier caso, ante tal disparidad, tendría que prevalecer la Ley sobre el Reglamento.

5).-Es más, el apartado i) del art. 2-1 del Estatuto de los Trabajadores extiende el concepto de relación laboral especial a «cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley». Y esto es, en definitiva, lo que han hecho las disposiciones legales comentadas, toda vez que lo que en ellas se hace realmente es otorgar la condición de relación laboral especial a la de los directivos de centros hospitalarios de la Seguridad Social. Sin que esta conclusión pueda entenderse desvirtuada por el hecho de que ese otorgamiento se efectúe mediante el sistema de remitirse a los mandatos del Real Decreto 1382/1985.

6).-Además, no puede olvidarse, en el discurso argumental que venimos exponiendo, que las relaciones profesionales de los cargos directivos de los hospitales y centros sanitarios de la Seguridad Social presentan unas especiales notas diferenciadoras, unas particularidades propias basadas en la específica importancia social de

la función que desempeñan, que atañe a un área tan delicada y trascendente como es la sanidad y la salud pública y la protección sanitaria propia de la Seguridad Social, de tal modo que es obligado arbitrar medios adecuados para que el funcionamiento de las mismas sea lo más correcto y eficaz posible, dando facilidades para corregir con prontitud las disfunciones que en ellas se pudieran producir. En consecuencia, no puede descartarse que existan razones justificativas de un tratamiento diferenciado de los directivos mencionados, en relación con otros trabajadores» (F.D. 3º).

Aunque no afectará a los supuestos que no tienen esta naturaleza, tal y como determina la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, núm. 193/2003, de 10 de febrero (Sala de lo Social) [JUR 2003\50508]:

«[...]». Es más, la Sala de conflictos de competencia del T.S., por auto de 19-10-2002, en un caso de provisión o promoción interna, viene a razonar literalmente lo que sigue: «Primero. Al ser el acto impugnado la decisión de la Dirección Provincial del INSALUD, de fecha 3 Feb. 1999, por la que se designa a una persona perteneciente al Grupo de Gestión de la Función Administrativa de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (Grupo B), para la plaza de Director de Gestión y Servicios Generales en la Gerencia del Servicio de Emergencia 061, su conocimiento y resolución corresponde a la jurisdicción del orden contencioso-administrativo, dado que se trata de un supuesto de promoción interna de personal estatutario de naturaleza específicamente administrativa, siendo de aplicación lo establecido en la disp. dic. 7 de la L 30/1999, de 5 Oct., según la cual “Las convocatorias de los procedimientos de selección, de provisión de plazas y de movilidad a que se refiere esta Ley, así como sus bases, la actuación de los Tribunales y cuantos actos administrativos se deriven de ellas, podían ser impugnados por los interesados en los casos y en la forma previstos con carácter general en las normas reguladoras del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. Segundo. En consecuencia, y de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede deferir el conocimiento de la demanda presentada al orden jurisdiccional contencioso-administrativo» » (F.D. 2º).

5.3. La derogación del art. 45 LGSS: una reforma que no llega a materializarse.

Siguiendo el procedimiento legalmente establecido para la elaboración de una disposición como el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, se efectuaron sendos informes-dictámenes por parte del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado.

A. Informe del Consejo General del Poder Judicial.

El primero -del Consejo General del Poder Judicial- se pronuncia sobre el art. 45 del Texto Refundido la Ley General de la Seguridad Social, pues en la

disposición derogatoria se enumeran las normas que quedarán derogadas a la entrada en vigor de la nueva ley, entre las que cabía citar este artículo (luego no fue así), relativo a la atribución a la jurisdicción social de la competencia para juzgar los conflictos que se produzcan entre el personal estatutario y los servicios de salud. Lo hace en los siguientes términos³⁵.

- Se trata de una relación funcional especial, cuya competencia se pretende atribuir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

«En efecto, como ya se ha indicado, la ley proyectada deroga el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley General de la seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, precepto éste que el ulterior y actualmente vigente Texto Refundido de esta misma ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, no derogó. Según el apartado 2 del todavía vigente artículo 45 del Texto Refundido de 1974, cuya derogación se dispone ahora en el anteproyecto objeto del presente informe, "sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación (se refiere a la del personal al servicio de las Entidades Gestoras y Servicios de la Seguridad Social), la Jurisdicción de Trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal". Pues bien, la derogación

³⁵ El Secretario del Consejo General del Poder Judicial, certifica que el pleno en su reunión del día 29 de abril de 2003 ha aprobado el informe sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y como antecedentes figura:

«Por oficio de 15 de abril de 2003, que tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial el mismo día, la Excm. Sra. Ministra de Sanidad y Consumo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, solicitó de este Consejo la emisión de informe sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

La Comisión de Estudios e Informes, en su reunión del día 24 de abril de 2003, designó ponente del presente Informe al Excmo Sr. Vocal D. José Luis Requero Ibáñez, aprobándose éste, para su remisión al Pleno, en la misma sesión».

El objeto de esta disposición se resume del siguiente modo:

«La ley cuyo anteproyecto se somete a informe de Este Consejo tiene por objeto actualizar y adaptar el régimen jurídico del personal estatutario de los Servicios de Salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, tanto en lo que se refiere al modelo del Estado autonómico como en lo relativo al concepto y alcance actual de la asistencia sanitaria. Tal es el objetivo que afronta el anteproyecto de ley sometido a informe de este Consejo, a través del establecimiento de las bases reguladoras de la relación funcional especial a que se halla sujeto el mencionado personal y mediante la correlativa aprobación de su Estatuto Marco, todo ello conforme a las previsiones del artículo 149.1.18ª de la Constitución, en cuya virtud las normas de dicho Estatuto constituirán las bases del régimen estatutario de este personal de los Servicios de Salud. Se actualiza de este modo la normativa específica de carácter básico por la que se rige el personal estatutario que presta sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social, con respeto tanto de las competencias para su desarrollo por las Comunidades Autónomas como del objetivo global de impulsar la autonomía de gestión de los citados Servicios, Centros e Instituciones».

proyectada de esta previsión comporta lógicamente, tal y como destaca la propia Exposición de Motivos del anteproyecto de ley informado, que “la competencia para la resolución de tales conflictos queda (rá) atribuida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de forma coherente con la definición contenida en el artículo 1 de la Ley, del régimen jurídico del personal estatutario como una relación funcional especial”».

- El personal estatutario de la Seguridad Social ha constituido una de las llamadas zonas grises entre el orden contencioso-administrativo y el orden social:

«Como es sabido, durante años el llamado personal estatutario de la Seguridad Social ha constituido una de las llamadas zonas grises entre el orden contencioso-administrativo y el orden social, dando lugar a que se hablase de una categoría específica, un *tertium genus* entre el personal funcionario y el laboral al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social».

- Existe un problema denominado: “peregrinaje de jurisdicciones” que ha sido objeto de depuración.

«Es manifiesto que todo panorama de indefinición competencial en lo que a órdenes jurisdiccionales se refiere, no es bueno. De ahí que, en última instancia y para evitar lo que se ha dado en llamar *peregrinaje de jurisdicciones*, la solución definitiva se halle en manos del legislador. En efecto, por encima de razonamientos doctrinales que, de ordinario, intentan buscar la quintaesencia sustantiva o material a cierta relación jurídica, es el legislador quien puede zanjar tales disquisiciones, lo que es saludable más que nada desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Como se acaba de señalar, uno de esos terrenos de indefinición ha venido siendo el personal estatutario al que este dictamen hace referencia. Sentencia a sentencia, el Tribunal Supremo, tanto la Sala de lo Contencioso-administrativo como la de lo Social, ha ido depurando dicho régimen jurídico, reconociendo ciertamente que se está ante un régimen que guarda indiscutible similitud con el del personal funcionario al servicio de las Administraciones públicas y que la vinculación de Derecho público prepondera sobre la estrictamente laboral. De ahí, por cierto, que se hablase de una exclusión implícita del artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores».

- La doctrina de actos separables se aplica a esta materia:

«No obstante ese carácter predominantemente público, la jurisprudencia ha ido recortando aspectos del régimen jurídico del citado personal estatutario, y ello sobre la base de una suerte de doctrina de actos separables aplicada a esta materia. Así, por ejemplo, se ha venido entendiendo que *es propio del orden contencioso-administrativo todo lo relativo al nacimiento y extinción de la relación estatutaria* -a partir de ahora enteramente funcional- *así como el ejercicio de la potestad sancionadora*. Por el contrario, *al orden so-*

cial se venía atribuyendo el conocimiento de los litigios referidos a la relación estatutaria o funcional ya existente. Pero, aun así, las excepciones a esa regla han sido numerosas y, valga como ejemplo, se ha atribuido al orden contencioso-administrativo el conocimiento de materias diversas, como el régimen de incompatibilidades, la adjudicación de plazas en concurso abierto, conflictos y convenios colectivos, etc».

- Se pretende la atribución de esta materia a su jurisdicción natural.

«Por consiguiente, este Consejo General no puede sino valorar favorablemente el que la competencia jurisdiccional para conocer de cuestiones atinentes a una relación de naturaleza funcional y por ello regida por el Derecho público se atribuya globalmente a su Jurisdicción natural, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Aclarada y precisada definitivamente por la ley proyectada la genuina naturaleza jurídico-administrativa de la relación que une al personal estatutario de los Servicios de Salud con sus respectivas Administraciones, carecería de todo sentido, a juicio de este Consejo General, mantener en lo sucesivo la atribución de competencia en favor de la Jurisdicción social prevista en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974. Asumida cabalmente la premisa de que la relación estatutaria del personal que presta servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social constituye una mera especie del género funcional, no cabe en rigor una atribución de competencia jurisdiccional distinta de la que con pleno acierto prevé ahora el anteproyecto de ley objeto del presente informe».

- La reforma puede suponer una enorme carga de trabajo para la jurisdicción contencioso-administrativa:

«La última observación que procede hacer al texto informado se refiere al impacto que la reforma puede suponer para la carga de trabajo de los órganos contencioso-administrativos. Asumida ya la competencia que recae en ellos por las razones antes expuestas, la cuestión radica en determinar en que medida se incrementarán los litigios de los que conocen los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Centrales si el acto impugnado proviene de los órganos centrales de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social. En este sentido, y sin merma del parecer expuesto, favorable a la reforma en lo que tiene de clarificación, sí que procede advertir de que toda nueva atribución jurisdiccional -y dentro de ella, competencial- debe hacerse con especial precaución desde el punto de vista de la atribución de nuevas competencias y consiguiente carga de trabajo de los órganos judiciales afectados. De esta forma, este Consejo acaba de informar el anteproyecto de Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social y el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, textos ambos que prevén incrementar las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativos, tanto de los Centrales como de los provinciales».

- Por ello, el Consejo General del Poder Judicial plantea que esta alteración competencial debería ser objeto de un proyecto específico:

«Así las cosas, en ese segundo informe decíamos que “*quizá sean estas circunstancias las que aconsejen que una alteración competencial de los órganos de lo contencioso-administrativo salga de una Disposición Adicional para que sea objeto de un proyecto específico en el que se analicen las consecuencias que implicará sobre la distribución del trabajo en estos órganos*”.

Esta observación debe mantenerse en el presente informe. No parece aconsejable que las alteraciones competenciales se hagan en textos aislados procedentes de diversos Ministerios; más bien lo oportuno es realizar un planteamiento global que proporcione una idea cabal de las consecuencias de esas alteraciones. *De ahí que, desde el punto de vista del impacto judicial de la reforma informada, este Consejo sugiera que se contemple desde un análisis global de las iniciativas planteadas*».

B. El dictamen del Consejo de Estado.

El dictamen del Consejo de Estado aprobado el 14 de mayo de 2003³⁶ hace referencia al informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial. En base a estos antecedentes, el Consejo de Estado emite la siguiente consideración:

«Por ello, nada puede objetarse, desde el punto de vista estricto de la legalidad, a la derogación del artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social que de hecho supone el cambio del orden jurisdiccional tradicional. Tan sólo cabe señalar que, siendo este cambio tan relevante, quizás sería mejor hacerlo no de manera indirecta (por derogación de este artículo 45, resaltada -eso sí- en el último párrafo de la Exposición de Motivos), sino introduciendo un artículo en el Capítulo I (Normas Generales), que simplemente señale que corresponderá a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con las relaciones entre las Administraciones Públicas y el personal estatutario comprendido en el ámbito de la presente Ley o fórmula similar.

Cuestión distinta es si resulta o no conveniente, desde el punto de vista de la oportunidad, hacer las previsiones necesarias para que el orden contencioso-administrativo pueda acometer esta nueva función con la celeridad e inmediatez con que tradicionalmente se enjuiciaban estas situaciones en el orden social o con la eficacia necesaria sobre la base de la carga de trabajo existente en la actualidad. El informe del Consejo General del Poder Judicial pone de relieve la inconveniencia que puede suponer no regular detalladamente en una Ley los cambios requeridos para el funcionamiento de estos nuevos servicios (todo aumento de competencia supone algún cambio, aunque sólo sea el del mero aumento del trabajo) en la Administración de Justicia entendida co-

³⁶ Número de expediente: 1492/2003 (Sanidad y Consumo). Asunto: Anteproyecto de Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, por la que se incorporan al ordenamiento interno, en lo que se refiere a las competencias de este Departamento, las Directivas 93/104/CE y 2000/34/CE.

mo servicio público. Ciertamente no existe en el expediente de tramitación del proyecto ningún estudio acerca de cuántos juicios se están tramitando en la actualidad sobre estas cuestiones ante los juzgados de lo social, ni cómo va a incidir su traspaso en la carga de trabajo que actualmente tienen los distintos juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo. Tampoco ha informado el proyecto el Ministerio de Justicia.

Ello no obsta para que el proyecto deba tramitarse, pero habría sido de desear la existencia de informes (o simplemente de información) en el expediente, a los efectos de poder evaluar correctamente el impacto de la Ley en los servicios de la Administración de Justicia y de poder hacer recomendaciones de mejora del texto que, siendo el expediente el que es, no pueden hoy por hoy hacerse (en ningún sentido, ya que quizás el impacto es mínimo o asumible, pero simplemente se desconoce).

En cualquier caso, sí que se echa de menos una disposición transitoria señalando con detalle cómo afecta a las pretensiones y/o vías previas, procedimientos y procesos en curso la derogación del artículo 45 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (y al nuevo artículo en el que se atribuyen estos asuntos a la jurisdicción contencioso-administrativa)».

C. El debate en sede parlamentaria del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

El propio debate parlamentario del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud nos da algunas claves de este intento de derogación del art. 45 LGSS que finalmente no llega a producirse.

- En la Exposición de Motivos (Preámbulo).

En las enmiendas al articulado (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, 3 de julio de 2003, Núm. 151-5), el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) propone una enmienda de adición (Núm. 14), para añadir un nuevo párrafo al final de la exposición de motivos, con el siguiente contenido:

«De entre todo ello merece ser destacada la derogación del artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social, que atribuía a la Jurisdicción social la competencia para resolver los conflictos planteados entre el personal estatutario y los Servicios de Salud. De esta forma, la competencia para la resolución de tales conflictos queda atribuida a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de forma coherente con la definición, contenida en el artículo 1 de la Ley, del régimen jurídico del personal estatutario como una relación funcionarial especial»³⁷.

³⁷ La justificación es la misma que la expresada en la enmienda núm. 13, que reproduzco a continuación.

- En la Disposición Derogatoria Única.

En el mismo BOCG donde se recoge la enmienda Núm. 14 expuesta en el apartado anterior, se publica la enmienda Núm. 13, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), donde se desea añadir un nuevo apartado a la disposición derogatoria única:

«h) El artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo»³⁸.

VII. EL PRONUNCIAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA

1. Resolución adoptada en casos similares.

Para casos similares los tribunales han determinado:

- La competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los supuestos legalmente encomendados. Sirva como ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 617/2000, de 30 de diciembre (Sala de lo Social, Sección 1ª) [AS 2001\729]:

«[...] En suma, la ausencia de un pacto o acuerdo con la representación de los empleados, determinó la actuación de los mecanismos propiamente administrativos en aras de dotar al servicio público de acuerdo a los intereses generales a proteger, dán-

³⁸ La justificación es la siguiente: «En coherencia con la definición contenida en el artículo 1 de esta Ley que establece la relación funcionarial especial del personal estatutario de los Servicios de Salud, parece obvio atribuir a la jurisdicción Contencioso-Administrativa la competencia para resolver los conflictos planteados entre el personal estatutario y los Servicios de Salud, para lo que es necesario derogar este artículo de la Ley General de la Seguridad Social.

Al mismo tiempo, tanto el informe del Consejo de Estado como el del Consejo General del Poder Judicial valoran favorablemente la competencia Contencioso-Administrativa de las cuestiones atinentes a una relación de naturaleza funcionarial y, por ello, regida por el Derecho Público.

Siendo en este caso, por lo tanto, su jurisdicción “natural”».

En idéntico sentido se pronuncia la enmienda núm. 250 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia y Unió), aunque en este caso se solicita la modificación del apartado a) de la Disposición Derogatoria Única, que incluye también el art. 84. 1, 2 y 3 de la LGS.

La enmienda presentada por el PNV se reitera en el Senado, tal y como aparece en el BOGC, Senado, de 14 de octubre de 2003, enmienda Núm. 76, con el mismo texto y justificación presentados en el Congreso. Idéntica solución adopta Convergencia i Unió en el Senado a través de la enmienda Núm. 209.

dose la circunstancia de que a tal actuación administrativa se adjuntaron o unieron las voluntades de los sindicatos ya mencionados -CC OO y CEMS-, adjunción o unión que no desvirtuó en absoluto la naturaleza jurídica del acto en sí. [...].

6.7. En el presente caso, además de lo ya dicho y razonado hasta ahora, es obvio que nos encontramos ante un supuesto en el que lo impugnado, bien sea un puro acto administrativo, bien sea la preparación del mismo mediante otros de trámite, corresponde ser fiscalizado por la Jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como se desprende paladinamente de lo que prevé el artículo 3 de la Ley Procesal Laboral de 7 de abril de 1995, sea en su redacción originaria, caso en el cual hay que referirse a su letra a), sea en la que impuso la disposición adicional quinta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, supuesto en el cual hay que referirse a su letra c), sin que las salvedades que tal letra impone, desarrolladas o, más bien, fijadas en el punto 2 de la nueva redacción del artículo 3 procesal laboral por dicha Ley de 1998, alcancen a lo tratado en la presente litis, pues ni la misma trata sobre sanciones por infracciones del orden social, ni sobre resoluciones administrativas referentes a la regulación de empleo y actividad administrativa en materia de traslados colectivos.

Difíciles y complejas son y han sido las fronteras competenciales entre las Jurisdicciones Contencioso-Administrativa y Social, mas lo cierto es que el supuesto concreto que ahora tratamos es obvio que pertenece al marco competencial de la primera de las citadas, por cuanto, aunque su trasfondo sea laboral -estatutario en este caso-, así como sus consecuencias, se trata de un acto administrativo, en preparación o ya verificado, cuya fiscalización no corresponde a lo Social» (F.D. 3º).

- La competencia de la Jurisdicción Social en los supuestos encomendados, con las excepciones legalmente admitidas. Sirva como ejemplo el auto del Juzgado de la Social de Granada, de 5 de marzo de 2002 (Núm. 5) [AS 2002\1270], donde se pone de manifiesto un progresivo encauzamiento hacia la jurisdicción contencioso-administrativa:

«Frente a la petición cautelar prevista en el artículo 727.7º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que se contiene en el mismo escrito de demanda, se exceptuó, con carácter previo, por el letrado del Servicio Andaluz de Salud la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, que debe ser estudiada con carácter previo. Y, en este sentido la doctrina que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mantiene, en relación con el personal estatutario de la Seguridad Social, arranca de una afirmación de principio: el artículo 45 de la Ley de Seguridad Social de 1974, cuya vigencia para el personal estatutario sigue siendo indiscutible por imperativo de la disposición adicional 7ª. Única a).1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, pese a la promulgación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto y del Real Decreto 118/1991, de 25 de enero (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1993 [RJ 1993\ 8551]), contiene una cláusula de atribución competencial al orden social de todas las cuestiones litigiosas que surjan entre la Entidad Gestora y el personal estatutario a su servicio. No obstante, el Tribunal Supremo ha admitido la existencia de excepciones a la competencia del orden social, formadas históricamente, como señala autorizada doctrina, en torno a las re-

*servas de competencia de la Administración del Estado frente al fenómeno general de descentralización institucional de la gestión de la Seguridad Social, que naturalmente supone a su vez la del régimen del personal que presta servicios para el propio organismo rector. Y son éstas las relacionadas con las decisiones en materia de régimen disciplinario y de provisión de vacantes*³⁹. [...].

³⁹ Sobre esta cuestión el propio Auto del Juzgado de los Social de Granada, de 5 de marzo de 2002 dispone: «[...]Respecto de esta última excepción, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo la línea jurisprudencial que inició en su Sentencia de 5 de noviembre de 1993, dictada ciertamente en relación con un concurso permanente y abierto, pero en la que se exponía una doctrina válida también para los concursos internos en los que no participa personal ajeno al Instituto Nacional de Salud (Insalud). En ella, con invocación a su vez de varias sentencias anteriores, declaró ya que era el orden Contencioso-Administrativo el competente para conocer de la materia relativa a la convocatoria de concursos selectivos en el ámbito del personal estatutario de la Seguridad Social. Esa línea fue posteriormente seguida en las Sentencias de 11 de noviembre de 1993 (RJ 1993\ 8679), y 4 de febrero (RJ 1994\ 794) y 23 de diciembre de 1994 (RJ 1994\ 10503), y definitivamente clarificada, para su ámbito de aplicación, por la Sentencia de 29 de abril de 1996 (RJ 1996\ 4137), dictada con ocasión de un concurso interno convocado al amparo del Real Decreto 118/1991, hoy ya derogado. En esta última sentencia se afirma que: «La atribución de competencia que contiene el artículo 45 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 se refiere a las cuestiones contenciosas que puedan surgir entre las Entidades Gestoras y el personal a su servicio en la aplicación e interpretación de las normas reguladoras de la relación estatutaria, pero no se extiende a la impugnación directa de estas normas, que tanto cuando se establecen directamente a través de la potestad reglamentaria, como cuando lo son a través de los instrumentos de negociación regulados en la Ley 9/1987, han de ser impugnados ante el orden Contencioso-Administrativo de la jurisdicción. Por otra parte, la materia a la que se refiere la impugnación, que afecta a los criterios de selección del personal estatutario, ha quedado fuera del ámbito del orden social de la jurisdicción... y ello tanto si afectan a la selección de personal de nuevo ingreso, como si se refiere a concursos de promoción interna (Sentencias de 5 y 11 de noviembre de 1993, 4 de febrero, 25 de abril [RJ 1994\ 3456] y 23 de diciembre de 1994)...».

Criterio seguido luego, literalmente, por los Autos de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1998\ 1336) de la Sala Especial de Conflictos de Competencia y de 9 de julio de 1998 de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y recogido también en las Sentencias de 17 de noviembre de 1997 (RJ 1997\ 8315), 31 de mayo de 1999 (RJ 1999\ 5006) y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000\ 8661), esta última dictada en Sala General en relación con el mejor derecho a ser contratado temporalmente en proceso de selección de personal de acuerdo con previas listas confeccionadas por la Entidad Gestora, y que en la actualidad ha sido acogido expresamente por el legislador, en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, cuya disposición adicional séptima, atribuye al orden Contencioso-Administrativo el conocimiento de las demandas de impugnación de «las convocatorias de los procedimientos de selección de provisión de plazas y de movilidad a que se refiere esta Ley así como sus bases, la actuación de los Tribunales y cuantos actos administrativos se deriven de ellas». De ahí que la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en Auto de 16 de junio de 2001 para supuestos de promoción interna de personal Estatutario ha declarado la competencia del orden Contencioso-Administrativo. Ahora bien, las normas de atribución al orden Contencioso-Administrativo por su carácter excepcional, en cuanto limitan la competencia que, con carácter general, corresponde al orden social por mandato del artículo 45.2 de la Ley de Seguridad Social de 1974, no pueden ser objeto de una interpretación extensiva. Tanto el Real Decreto 118/1991, como el posterior Real Decreto Legislativo 1/1999, dictado por razones de urgencia para evitar la paralización de convocatorias amparadas en el primero, una vez que aquél había sido anulado por

Es cierto que el Tribunal Supremo viene reiterando en relación con el personal estatutario de la Seguridad Social la inaplicación a dicha relación estatutaria de las normas laborales por la especial naturaleza de la vinculación jurídica que tiene este colectivo -artículo 1.3 a) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores-. Así, la jurisprudencia desde antiguo les excluye de la aplicación del derogado artículo 23.3 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y de los plazos de prescripción que se recogen en el artículo 59 de la misma norma. Recientemente el Tribunal Supremo ha venido declarando la existencia de nulidad en los ceses, por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, rechazando la aplicación de los preceptos relativos al despido disciplinario (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2000 [RJ 2000\ 5106]); el no reconocimiento de los beneficios del derogado artículo 25.2 de la Ley de Procedimiento Laboral -hoy artículo 2 b) de la Ley 1/1996 sobre justicia gratuita-; la sentencia de 5 de junio de 2000 (RJ 2000\ 4649) les excluye de la aplicación del artículo 138.4 sobre procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Con estas sentencias se va reduciendo el ámbito procesal laboral aplicable al personal estatutario, remitiendo todas o casi todas las cuestiones al proceso ordinario, pronunciamientos que vienen poniendo de manifiesto una constante reflexión sobre el lugar de la jurisdicción social en el enjuiciamiento de las cuestiones que afecta a este personal de la Seguridad Social y

sentencia de la Sala Tercera del Alto Tribunal, contenían ya un implícito límite competencial que, en la actualidad, ha quedado expresamente recogido en la disposición adicional séptima de la posterior Ley 30/1999, transcrita literalmente en el párrafo anterior. Por consiguiente, la competencia de los tribunales del orden Contencioso-Administrativo se circunscribe a los actos de provisión de vacantes acordados conforme a los sistemas que la propia Ley establece. No cabe duda pues que el ámbito material de aplicación de las normas invocadas, incluida la Ley 30/1999, que es la más explícita al respecto, no puede extenderse más allá de las cuestiones relativas a lo que el artículo 10 y la adicional séptima de la Ley 30/1999 denomina «procedimientos de movilidad» y que su artículo II identifica como «traslados» que vienen a constituir el escalón último del sistema de provisión de plazas como se infiere del artículo 10 de la Ley, y que coinciden con los que el Real Decreto 118/1991 llamaba «concurso de traslados», que tienen por objeto la «provisión de las plazas básicas de cada categoría». O lo que es igual, llega hasta los mecanismos de cobertura por medio de la movilidad, coincidentes con lo que en el mundo laboral se conocen como supuestos de «movilidad geográfica» que implican o bien el acceso a una plaza en propiedad distinta de la de destino en el propio Servicio de Salud o bien el pase a otro Servicio distinto (artículo II.3). Pero ni el Real Decreto 118/1991 ni las demás normas citadas, sustraen del orden social el conocimiento de los actos de gestión de personal estatutario llevados a cabo dentro o fuera del Área de Salud a la que dicho personal en propiedad está adscrito por mandato del artículo 87.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Estos deben seguir la regla general de competencia del artículo 45 de la Ley de Seguridad Social, que es lo que acontece en el caso enjuiciado, en que se pide la suspensión cautelar no en relación con una provisión de plazas vacantes por alguno de los mecanismos de cobertura que establece la Ley 30/1999, sino en relación con un acuerdo o decisión empresarial de desplazar a la actora en base a una supuesta facultad de dirección o gestión del organismo demandado, que tiene que ser resuelta por este Orden Social conforme al mandato del artículo 45.2 de la Ley de Seguridad Social de 1974 [...] (F.D. ÚNICO)».

un aconsejable encauzamiento de las mismas de manera unitaria hacia el orden contencioso-administrativo, reflexión que, sin embargo, sólo se hace aquí «de lege ferenda», pues «lege data», como se ha dicho, hay cuestiones que se ven en el orden contencioso-administrativo y otras, como acontece en la cuestión enjuiciada, que sigue siendo competencia del orden social» (F.D. ÚNICO).

También esa evidencia se determina en el supuesto de plazas laborales de nuevo ingreso o plazas de promoción interna, pues una vez concluido el proceso selectivo y hecha la propuesta de contratación, tanto ésta como los actos administrativos que la sigan están sujetos al Derecho del Trabajo y son, impugnables ante el Orden Social, tal y como precisa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, núm. 226/2002, de 25 de abril (Sala de lo Social) [AS 2002\2085]:

«[...] En cuanto al personal laboral al servicio de la administración, vemos que está vinculado por un contrato de trabajo, por ello lo normal es que la competencia para conocer de las posibles controversias que surjan a propósito de esa relación esté atribuida al orden social. Pero se plantea la cuestión de cuándo la Administración actúa sujeta al Derecho Administrativo y cuándo al Derecho del Trabajo. El Tribunal Supremo en las cuestiones que se plantean y surgen a propósito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas ha matizado distinguiendo aquellos supuestos en los que la Administración oferta «plazas laborales de nuevo ingreso» y cuando se trata de «plazas de promoción interna». En el primer caso, subraya, «aunque la Administración convocante es la que luego ha de contratar, su actuación es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter público en los términos fijados por la Ley ... Se trata pues de actos administrativos sujetos al Derecho Administrativo». *Una vez ha concluido el proceso selectivo y hecha la propuesta de contratación, tanto ésta como los actos administrativos que la sigan están sujetos al Derecho del Trabajo y son, en consecuencia, impugnables ante el Orden Social. Hay ya un contrato de trabajo perfeccionado y la Administración actúa como empresario.*

Quando la Administración oferta plazas de promoción interna, tiene que desarrollar procedimientos selectivos internos cuando ya existen unas relaciones laborales que vinculan a ésta como empleadora, es decir, que todo se encuentra dentro del marco de unas relaciones laborales preexistentes. Si la Administración incumple dichas normas de promoción interna dicho incumplimiento relaciona al trabajador frente a la administración empresaria» (F.D. 2º).

2. Resolución adoptada por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de España.

El Conflicto de Competencia Social y Contencioso núm. 43/2002, en el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N 7 en el procedimiento Ordinario núm. 78/2002, al que hice refe-

rencia, es resuelto mediante el Auto núm. 4/2003, de 7 de abril, en los siguientes términos⁴⁰:

«Nos hallamos ante una relación, la estatutaria, entre el Insalud y el personal facultativo a su servicio que, en no pocas ocasiones, ha dado lugar a una escisión de competencias entre ambas jurisdicciones por lo que no es nueva la situación de que una misma relación genere situaciones cuyas controversias puedan ser sustanciadas en órdenes jurisdiccionales diferentes, así, como ejemplo, cabe citar las reclamaciones sobre cobertura de vacantes y convocatoria de concursos a propósito de las cuales hay numerosas sentencias del Tribunal Supremo [...]. La reclamación que los actores plantean está inmediatamente ligada al conjunto de derechos y obligaciones derivadas del vínculo estatutario. De igual modo que constituye responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas el pago a sus trabajadores no funcionarios de salarios e indemnizaciones por despido, obligaciones que sobre la Administración pesan en su calidad de empleadora, de suerte que la Ley de Procedimiento Laboral en su artículo 2-a) declara la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo. A lo largo de su articulado, tanto el Estatuto de los Trabajadores como la Ley de Procedimiento Laboral contemplan el modo en que se extingue la relación laboral por despido declarado improcedente, empleando el artículo 110-1 de la Ley Riturario el término indemnización en relación con la cantidad a abonar al trabajador en caso de no readmisión, y en ningún caso su imposición o ejecución es desvinculada de la jurisdicción laboral, [...]. En el ámbito de las relaciones estatutarias es el artículo 45 del antiguo texto refundido aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, vigente de modo paralelo al actual Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Ley 1/1994, de 20 de junio, en virtud de su Disposición Derogatoria, el que establece que la relación entre las Entidades Gestoras y en su caso, Servicios de la Seguridad Social y el personal a su servicio se regulará por lo previsto en los Estatutos de Personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o por el Estatuto General aprobado por el propio Ministerio, y en el apartado segundo, que la jurisdicción del trabajo será la competente para conocer las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal, norma que fue derogada en cuanto al personal funcionario [...], pero no en cuanto al personal estatutario [...]. la supervivencia del artículo 45 del Texto Refundido aprobado pro el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, hace que deba tenerse en cuenta el artículo 3-a) de la Ley 29/1998 de 13 de julio que niega la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil penal y social, aunque estén relacionados con la actividad de la Administración Pública, con la salvedad que impone la Disposición Adicional

⁴⁰ La composición de la Sala Especial de Conflictos es la siguiente: Presidente: Excmo. Sr. D. Francisco José Hernando Santiago. Magistrados: Exmos Sres D. Segundo Menéndez Pérez y D^a María Milagros Calvo Ibarlucea (Ponente).

Duodécima de la Ley 4/1999, de 13 de enero, al establecer que la responsabilidad de las entidades, servicios u organismos del sistema nacional de la salud y de los centros sanitarios concertados con ellos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones seguirán la tramitación prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo, en todo caso. De esta forma se cierra el círculo de atracción y exclusión de competencias, evidenciándose, en lo que concierne a la jurisdicción laboral qué indemnizaciones se desplazan de su ámbito al del contencioso-administrativo y cómo se mantiene en el seno de cada una las responsabilidades que derivan de la falta de cumplimiento de obligaciones en relación a su respectivo personal, el funcionario de Administración Pública y el laboral y estatutario que también presta servicios para la misma, tanto si la sanción para la Administración Pública incumplidora se traduce en la exacta ejecución de las obligaciones, proporcionar el descanso, readmitir en el despido, como otorgar una compensación económica cuando tal posibilidad se declare».

En virtud de todo lo expuesto declara la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión debatida.

VIII. FINAL

Las conclusiones que se pueden extraer se resumen en manifestar el acierto de la magistrada del Juzgado Contencioso-Administrativo N 7 de Madrid, que a su vez fue refrendado por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Además, y a pesar del debate suscitado, no se modifica el ámbito competencial de los órganos jurisdiccionales en relación con el personal estatutario con lo cual se perpetua esa dualidad jurisdiccional contraria a la naturaleza del personal afectado y a la lógica. Sin embargo, no me cabe duda, que esta cuestión será abordada a través de un proyecto específico sobre la materia, tal y como acertadamente puso de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial.

La ordenación del turismo y sus relaciones con la legislación de ordenación del territorio, del urbanismo y de la protección del medio ambiente*

Javier Sola Teyssiere

Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. LA ORDENACIÓN DEL TURISMO. 1. Los distintos objetos de la ordenación del turismo. 2. La problemática de la ordenación del turismo en su vertiente espacial. 3. Principios de la ordenación espacial turística.- II. ENLACE CON LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO. 1. Protagonismo competencial autonómico. 2. El instrumento de actuación: la planificación. 3. La planificación turística en el marco de la planificación territorial: el estado de la cuestión en las distintas Comunidades Autónomas. 4. Especial referencia a la situación de Andalucía.- III. RELACIONES CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA. 1. Incidencia de la normativa urbanística sobre la ordenación de la urbanización turística. 2. Disposiciones de naturaleza urbanística establecidas desde la legislación sectorial turística.- IV. RELACIONES CON LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. 1. El contexto condicionante de la normativa medioambiental. 2. La normativa sobre espacios naturales protegidos. 3. La sujeción a evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos relativos a actuaciones turísticas. 4. La sujeción de las instalaciones turísticas a otras normativas en materia de protección medioambiental.

I. LA ORDENACIÓN DEL TURISMO

Conforme al carácter claramente introductorio de esta ponencia, nos parece conveniente dedicar la primera parte de la misma a reflexionar sobre el

* El presente trabajo recoge el texto de la Ponencia desarrollada por el autor en las *Jornadas sobre Turismo y Ordenación Territorial*, celebradas en Sevilla, en la sede de la Consejería de Turismo y Deporte, durante los días 2 y 3 de marzo de 2004, al que se han añadido unas mínimas notas bibliográficas ineludibles.

alcance de la expresión que da comienzo a su título: *“la ordenación del turismo”*. ¿Qué abarca realmente la ordenación del turismo?. Tratemos de responder a esta cuestión sin ánimo de exhaustividad, sino más bien en el ánimo de acotar nuestro tema –que es el de la vertiente espacial de dicha ordenación–, con objeto de situarnos en una adecuada posición de partida.

1. Los distintos objetos de la ordenación del turismo

a. Los servicios turísticos

El Derecho, tradicionalmente, se ha ocupado de la ordenación jurídica de las actividades económicas consideradas propiamente turísticas, es decir de aquellos servicios prestados al usuario bajo contraprestación como pueden ser los de alojamiento, de restauración, de intermediación y otras actividades relacionadas con el ocio. Y ello se ha llevado a cabo –sin entrar aquí en las técnicas de fomento– siguiendo el esquema clásico de la intervención jurídico-pública de limitación o que los juristas denominamos de “policía administrativa”. Esto es, si tomamos como ejemplo la actividad hotelera, mediante el establecimiento de una reglamentación estricta de los requisitos iniciales exigibles para la autorización de apertura del establecimiento, también de los deberes y obligaciones a observar por los empresarios en el posterior ejercicio de la actividad; lo que se ve acompañado por el despliegue de una actividad administrativa de control e inspección y, en su caso, sancionadora, por parte de las Administraciones competentes. Todo ello con una finalidad tuitiva de los derechos del usuario reconocidos a nivel constitucional (art. 51).

b. El componente “ambiente” del destino turístico

Pero, más recientemente, se ha sentido la necesidad de atender a otras cuestiones en la ordenación del turismo, pues la oferta turística presenta un segundo componente relativo al “ambiente” donde se desenvuelve la estancia o la “experiencia turística”, teniendo en cuenta que el turista, con frecuencia, no se desplaza a un determinado lugar sólo por la calidad de unas instalaciones concretas sino que entre sus motivaciones cuenta el atractivo del contexto donde éstas se incardinan.

Este segundo componente de lo que podríamos calificar como “producto turístico”, considerado en su globalidad, aparece integrado por elementos absolutamente heterogéneos¹, entre los que, a su vez, podríamos distinguir:

¹ Cfr. LÓPEZ OLIVARES, D., *La ordenación y planificación integrada de los recursos territoriales turísticos*, Castellón de la Plana, 1998, pág. 31. Vid. también BARRADO TIMÓN, D. A., *Ordenación te-*

a'. Por un lado, una serie de aspectos, responsabilidad de las Administraciones públicas, que deben de ser atendidos a través de la técnica del servicio público, como pueden ser la seguridad ciudadana, la limpieza viaria, los transportes, el horario de los museos, los servicios de información, etc.

b'. De otro lado, otra serie de factores de índole estructural, como son los relativos a:

- la correcta conservación del entorno, ya sea natural o urbano, del destino;
- la suficiencia de las infraestructuras viarias y para la prestación de suministros;
- y, a un nivel espacial más reducido, la adecuada configuración de los espacios de estancia del turista; esto es, de la urbanización y de las edificaciones al servicio de las actividades turísticas.

Es verdaderamente relevante destacar que la experiencia global que los turistas obtienen, no sólo de los servicios turísticos contratados, sino, junto a ello, de todo el conglomerado de elementos descrito², es lo que determina el nivel de satisfacción de los mismos y, por ende, el éxito o decadencia de un determinado destino turístico.

En línea con la bipolaridad señalada, las modernas regulaciones del sector mantienen como focos principales de atención³: a) de un lado, las actividades propias de los empresarios turísticos y, frente a ellas, la posición del usuario; b) de otro, los diversos elementos que componen los “escenarios” en que se desarrollan dichas actividades, esto es, los que a nivel doctrinal y normativo, vienen designándose como *recursos turísticos*⁴, caracterizados por cons-

rritorial y desarrollo turístico. Posibilidades, modelos y esquemas de ordenación territorial del turismo en la España de las Autonomías, Rev. «Estudios Turísticos», nº 149, 2001, pág. 5.

² Cfr. BOULLÓN, R. C., *Planificación del espacio turístico*, Ed. Trillas, 3ª ed. (2ª reimp.), México, 2001, pág. 95. También BARRADO TIMÓN, D. A., *Ordenación territorial y desarrollo turístico...*, cit., pág. 5.

³ Cfr. BLANQUER CRIADO, D., *Derecho del Turismo*, Valencia, 1999, pág. 22; para quien, además de las actividades y bienes a las que se alude en el texto, el Derecho del Turismo se refiere a unos determinados sujetos (el turista, el empresario y la Administración Pública).

⁴ Concepto que ha sido estudiado detenidamente por J. TUDELA ARANDA, *El significado jurídico y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística*, en ob. col. *Régimen jurídico de los recursos turísticos*, (ed. J. Tudela Aranda), Zaragoza, 1999, págs. 201 ss.

tituir bienes con capacidad de atracción o generación de flujos turísticos.

En la mayoría de los casos se trata de bienes puestos a disposición de los turistas y de los ciudadanos en general de forma gratuita –ya que se financian con cargo a los presupuestos públicos– y cuya gestión corresponde a los poderes públicos. Desde el punto de vista jurídico, la protección de muchos de estos recursos encuentra debida justificación en diversos principios enunciados constitucionalmente, como son los de protección de los recursos naturales, del medio ambiente, del patrimonio histórico o de los bienes de dominio público. De manera añadida, dicha protección no puede ser contemplada como algo “ajeno” a lo propiamente turístico desde el momento en que, frecuentemente, es la adecuada conservación de dichos recursos lo que posibilita que un destino sea atractivo para el desarrollo de esta actividad; por lo que dicha protección cobra así una dimensión e interés propiamente turísticos.

El tema objeto de estas Jornadas se incardina en el contexto de los factores de índole estructural a los que nos hemos referido, dada la estrecha interrelación entre turismo y territorio. Esto último constituye una evidencia en la que no parece necesario extenderse demasiado. Por una parte el territorio, el suelo, es un recurso esencial para el desarrollo de la actividad turística, necesario para el asentamiento de las instalaciones; y, a su vez, el turismo presenta una fuerte incidencia en la transformación del espacio físico, condicionando la organización del territorio⁵. De la misma manera a nadie se le escapa que se produce una afección mutua entre turismo y medio ambiente: así, a la vez que el entorno natural es un recurso turístico, el excesivo número de visitantes puede producir un impacto negativo sobre el mismo.

2. La problemática de la ordenación del turismo en su vertiente espacial

a. En sede municipal: la dinámica de expansión desmesurada

La ordenación del fenómeno turístico en su vertiente espacial plantea variados problemas, de entre los que destacaríamos, en este momento, uno principal.

Incurriendo en una indebida generalización, suele señalarse a las instan-

⁵ Vid. al respecto BLANCO HERRANZ, F.J., *Nuevas respuestas legislativas para la planificación territorial del turismo en España*, Rev. «Papers de Turisme», nº 27, 2000, pág. 48.

cias municipales como a las responsables de un excesivo desarrollo urbanístico, especialmente en las zonas litorales, frecuentemente ligado, además, a un modelo turístico residencial. La problemática que, generalmente, se asocia a los desarrollos turísticos basados en este modelo aparece relacionada con el excesivo consumo de suelo, con el impacto negativo que genera en el medio natural, con la destrucción del paisaje, y también con el desbordamiento de la capacidad de carga del territorio, llevando a la consiguiente pérdida de atractivo de los valores originales del propio destino turístico. También se ha señalado, justamente, que este modelo de implantación aparece más ligado al negocio de la construcción y de la promoción inmobiliaria que al propiamente turístico.⁶

En este sentido, sin embargo, quizás no se ha resaltado lo suficiente que muchas de las actuaciones censuradas no sólo son ajenas sino frontalmente contrarias a los intereses del sector empresarial que gestiona la tipología de oferta quizás más relevante del negocio turístico. Esto es, la basada en la actividad de alojamiento, que es la que se muestra más capaz de generar a su alrededor todo un entramado de servicios complementarios de ocio, restauración, actividades recreativas o comerciales y que, en suma, es la que genera más riqueza y empleo.

No obstante, resulta relativamente fácil constatar que muchos Municipios costeros son proclives a una expansión desmesurada de sus suelos urbanos con un destino turístico, residencial o mixto, provocando una saturación insostenible. Esta falta de sensibilidad y visión territorial a largo plazo mostrada por ciertas Administraciones municipales –a veces acuciadas por otros problemas–, ha provocado una creciente intervención ordenadora de las instancias autonómicas en determinadas Comunidades, justificada, a la postre, por razones de mantenimiento del propio recurso, que constituye el principal activo del producto turístico.

b. En sede autonómica: los problemas de coordinación

Pero en sede autonómica nos encontramos, en ocasiones, con un segundo problema que está relacionado con la frecuente asignación de las competencias sobre tres de los elementos en juego –ordenación del territorio, medio

⁶ Cfr. las consideraciones vertidas acerca de las cuestiones señaladas por VERA REBOLLO, J. F. e IVARS BAIDAL, J. A., *Turismo, territorio y desarrollo regional en la Comunidad Valenciana*, en ob. col. *Ordenación y gestión del territorio turístico*, (Dir. D. Blanquer Criado), Valencia, 2002, págs. 164 y 186.

ambiente y turismo– a distintos Departamentos –en nuestro caso Consejerías– dentro de la Administración autonómica. Esta circunstancia origina no pocos conflictos y, a buen seguro, habrá de llevarnos a tratar a lo largo de estas Jornadas acerca de las técnicas de coordinación entre diferentes órganos dentro de la misma Administración.

3. Principios de la ordenación espacial turística

Sin perjuicio de ello, quisiéramos terminar esta primera parte de la exposición manifestando que el reto hoy planteado a los responsables públicos es el de encauzar los crecimientos turísticos bajo tres principios básicos. Los dos primeros están bien decantados y aparecen recogidos en muchos de los documentos de organismos internacionales relacionados con el tema, en la mayoría de los trabajos doctrinales y también en la mayor parte de las leyes autonómicas sobre turismo:

a) Por un lado, el principio de *sostenibilidad*, evitando, entre otras cosas, que se produzcan situaciones de sobresaturación que se vuelvan en contra del propio destino.

b) Por otro el de *calidad*, que ha de llevarnos a propiciar, por ejemplo, que se proyecten urbanizaciones y edificaciones turísticas dotadas de las prestaciones que demanda el turista actual y que generen mayor valor añadido; esto es, mayor rentabilidad por plaza.

c) Junto a ello, debería de atenderse, en nuestra opinión, a un tercer criterio, por lo general menos destacado, que guarda relación con las decisiones de afección de determinados suelos a los *usos que se estimen socialmente más rentables*, lo que conecta con la función social de la propiedad *ex* artículo 33.2 de la Constitución. En este sentido, parece que debiera optarse, como regla de principio, por aquellos modelos de oferta turística que se juzgaran más rentables desde el punto de vista del progreso social y económico y de la creación de empleo, principios rectores de la política social y económica enunciados en el artículo 40 de la Constitución.

En definitiva, dada pues la interacción entre territorio – turismo – medio ambiente, que no se puede soslayar, debe propugnarse la necesidad de llevar a cabo una articulación entre la normativa general sobre ordenación del territorio y el urbanismo, con la sectorial turística y con la medioambiental, estableciendo los correspondientes enlaces entre ellas. A partir de este momen-

to, el objeto de esta ponencia, conforme a su título, se dirige a analizar si estos enlaces se vienen produciendo y en qué forma.

II. ENLACE CON LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Centrémonos, en primer lugar, en las relaciones con la legislación sobre ordenación del territorio.

1. Protagonismo competencial autonómico

Conviene aludir, aunque sea de pasada, al antecedente que en este sentido supuso la antigua *Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional de 28 de diciembre de 1963*, dictada en un momento caracterizado por la fuerte centralización de las competencias en la materia en la Administración del Estado; concretamente en el Ministerio de Información y Turismo.

En contraposición con dicha situación, precisamente conviene comenzar resaltando que el gran cambio experimentado en la configuración y orientación de la acción pública de ordenación espacial del turismo, tras la implantación del Estado constitucional, tiene mucho que ver con la conjunción en sede autonómica de la titularidad del núcleo de las competencias sobre ordenación del territorio y turismo, que otorga a las Comunidades Autónomas una amplia capacidad de disposición sobre la ordenación espacial del turismo en sus respectivos territorios, produciéndose, por ende, una *regionalización* de las competencias en esta materia.

2. El instrumento de actuación: la planificación

Sentado lo anterior, la siguiente cuestión estriba en localizar, de entre el elenco de potestades a disposición de las Administraciones Públicas, el instrumento más adecuado para llevar a cabo la función señalada, lo que nos lleva indefectiblemente hacia la técnica de la planificación, si se pretende que la ordenación de un determinado espacio pueda llegar a adquirir un valor relevante como producto turístico, como se ha señalado desde la OMT⁷. Como se advierte en el *Plan Integral de Calidad del Turismo Español 2000-2006*, «por lo que se refiere a los destinos turísticos, la falta de planificación, del conocimiento de los mercados y de visión a largo plazo pueden desembocar en una

⁷ Vid. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL TURISMO, *Introducción al Turismo*, Madrid, 1998, pág. 179.

situación de exceso de densidad, insuficiencia de infraestructuras o sobredimensionamiento de la oferta, que a su vez hace bajar la rentabilidad de las empresas con la consiguiente descapitalización de las mismas».⁸

a. Atributos de la planificación

Dicha planificación debe contar además con dos atributos. *En primer lugar*, debe adoptar una óptica intersectorial y coordinada, dada la consideración compleja del fenómeno turístico y la necesidad de aunar los intereses propios de este sector con otros intereses en juego, como pueden ser los medioambientales, los comerciales o los relacionados con determinadas infraestructuras o transportes. *En segundo lugar*, la supraterritorialidad. Ha de resaltarse que la implantación de proyectos turísticos de cierta magnitud presenta una clara afección a infraestructuras y servicios que exceden, frecuentemente, del estricto interés de un solo municipio. De ahí la necesidad, de abordar los problemas derivados de estas implantaciones desde una perspectiva territorial supramunicipal⁹. Ciertamente, en el actual marco organizativo español, ello va a conllevar, el trasvase de buena parte de la toma de decisiones desde la instancia municipal a la autonómica, superponiéndose a aquélla.

b. Los instrumentos de ordenación territorial

Las consideraciones anteriores conducen a formular la conveniencia¹⁰, en bastantes ocasiones, de utilizar los instrumentos de ordenación del territorio como técnica de planificación capaz de ofrecer una respuesta integrada a los proteicos problemas que plantea la ordenación de los espacios turísticos y que, al adoptarse para un ámbito territorial más amplio que el municipal –regional o, preferentemente, comarcal–, permita superar las desviaciones que, en ocasiones, genera una gestión localista de los mismos. Evidentemente, la participación de la Administración turística en la elaboración de los instru-

⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA, *Plan Integral de Calidad del Turismo Español 2000-2006*, Madrid, 1999, pág. 25.

⁹ Vid. al respecto, por todos, SOCÍAS CAMACHO, J. M., *La incidencia del turismo en la ordenación del litoral (referencia especial al caso de las Islas Baleares)*, en ob. col. *Régimen jurídico de los recursos turísticos*, (ed. J. Tudela Aranda), Zaragoza, 1999, págs. 279-282.

¹⁰ En este sentido ROGER FERNÁNDEZ, G., *El urbanismo y la ordenación y gestión del territorio turístico*, en ob. col. *Ordenación y gestión del territorio turístico*, (Dir. D. Blanquer Criado), Valencia, 2002, pág. 69.

mentos aludidos parece esencial para que el resultado final aparezca convenientemente impregnado de la perspectiva sectorial que se pretende.

3. La planificación turística en el marco de la planificación territorial: el estado de la cuestión en las distintas Comunidades Autónomas

Veamos, seguidamente, cuáles son las previsiones que, a nivel normativo, han establecido las Comunidades Autónomas en este sentido.

Una de las principales novedades de las leyes turísticas autonómicas –dictadas entre 1994 y 2003– consiste en la previsión, en buena parte de ellas, de planes generales del turismo. No obstante, ha de advertirse de inmediato que la función asignada a dichos planes presenta perfiles materiales y jurídicos muy diversos. Ello es lógico, teniendo en cuenta que no todas las Comunidades Autónomas presentan las mismas necesidades de planificación turística territorial, dependiendo de las circunstancias singulares de su propio territorio, del desarrollo turístico adquirido y de otros factores.

Pues bien, atendiendo simultáneamente al dato objetivo del tipo de Planes configurados por las Leyes turísticas y al criterio de la conexión prevista –o la falta de la misma– de cada plan con los instrumentos de ordenación territorial instaurados en cada Comunidad Autónoma, se pueden distinguir, a efectos sistemáticos, cuatro modelos¹¹:

A) Un primer grupo de leyes autonómicas sobre ordenación del turismo que no han previsto un plan de turismo de carácter general y alcance regional (sin perjuicio de planes de menor entidad), en el que se encuentran Castilla-La Mancha, la Comunidad Valenciana y Murcia.

B) Un segundo grupo que han previsto en sus respectivas leyes sobre turismo planes turísticos que presentan connotaciones más bien de carácter económico o estratégico de tipo sectorial pero, en todo caso, con escasa repercu-

¹¹ Se ha tomado como referencia el esquema propuesto por M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, que distingue tres modelos autonómicos de planificación turística de ordenación (Modelo de planificación turística en plena inserción con la planificación territorial; modelo de planificación turística en coordinación con la planificación territorial; y modelo de planificación turística, independiente de la planificación territorial, de carácter estratégico y/o económico), al margen de un grupo de regulaciones autonómicas en las que no se contemplan instrumentos de planificación turística; en *Planificación turística y planificación territorial: la necesidad de una convergencia*, en ob. col. *Ordenación y gestión del territorio turístico*, (Dir. D. Blanquer Criado), Valencia, 2002, págs. 118 ss.

sión en los aspectos territoriales. En consecuencia, no se ha establecido claramente una relación de los mismos con los instrumentos de ordenación territorial. Se incluyen aquí los casos de Castilla y León, Cantabria, Extremadura, La Rioja, Madrid y Navarra.

C) Un tercer grupo de Comunidades Autónomas que contemplan una planificación turística coordinada con la planificación territorial. En estos casos, normalmente, las propias leyes turísticas prevén la formulación de Planes, valiéndose de alguno de los instrumentos de ordenación territorial previstos en las leyes de ordenación territorial autonómicas; concretamente a través de la figura de los Planes Territoriales Sectoriales. Se consideran incluidas en este grupo las Comunidades Autónomas del País Vasco, Asturias, Cataluña, Aragón y, con ciertas diferencias, Andalucía y Galicia.

D) Por último, debido a la presión, especialmente intensa, que el turismo produce sobre el territorio de los dos archipiélagos, en Canarias y Baleares se ha llevado a cabo una inserción muy estrecha entre la planificación turística y la planificación territorial.

De la experiencia de estas dos últimas Comunidades se va a tratar con detenimiento a lo largo de estas Jornadas, por lo que no entramos en ello en este momento. Interesa, sin embargo, aterrizar describiendo la situación que al respecto se vive en nuestra Comunidad.

4. Especial referencia a la situación de Andalucía

a. El Plan General de Turismo

La Exposición de Motivos de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, de Turismo de Andalucía, partiendo del reconocimiento de que el turismo constituye una de las actividades económicas con mayor incidencia territorial en la Comunidad y que, por tanto, ha de jugar un papel fundamental en la construcción del modelo territorial de la misma, destaca la necesidad de que «su planificación debe hacerse en plena coherencia con la planificación territorial, ya definida en las Bases y Estrategias del Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía».

Para ello la Ley turística dejó prevista la formulación de un *Plan General de Turismo*, recientemente aprobado por medio del Decreto 340/2003, de 9 de diciembre (BOJA de 15 de enero de 2004), que se configura legalmente (art. 15) como el principal instrumento de planificación sectorial turística, tienien-

do por objeto la definición del modelo y de la estrategia de desarrollo turístico de la Comunidad. Por su parte, la propia Ley de Turismo califica a dicho Plan como *Plan con Incidencia en la Ordenación del Territorio*, que es uno de los instrumentos de ordenación previstos en la Ley de Ordenación del Territorio de Andalucía, lo que implica su subordinación a las determinaciones de los dos instrumentos principales de planificación territorial previstos en dicha Ley; esto es, el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía y las de los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional que les pudieran afectar.

La calificación formal del Plan General de Turismo como Plan con Incidencia en la Ordenación del Territorio asegura, a la vez, una orientación específicamente territorial de los contenidos del Plan, como así es visible en el texto finalmente aprobado en el que destacan las consideraciones sobre la relación entre turismo y territorio realizadas en el capítulo VI de la parte del Plan dedicada al *Diagnóstico* titulado “Territorio y sostenibilidad”, así como en las *Estrategias* del mismo, entre las que figuran las de “Ordenación de los recursos y reequilibrio territorial” y la de “sostenibilidad”, traduciéndose en acciones concretas en las correspondientes *Fichas de medidas* contenidas en dicho documento (Programa SENDA; Programa de grandes ciudades; Pacto por la defensa del litoral andaluz; Programa de actuaciones en playas; Programa de señalización turística; Sistema de indicadores ambientales del turismo; etc).

b. Zonas de Preferente Actuación Turística y Programas de Recualificación de Destinos

El artículo 15.2 de la Ley de Turismo de Andalucía también prevé que el Plan General de Turismo puede directamente establecer Zonas de Preferente Actuación Turística así como Programas de Recualificación de Destinos, que son dos interesantes instrumentos establecidos en dicha Ley.

Efectivamente, la declaración de las primeras conlleva la elaboración de un Plan de Actuación Turística Integrada que se presenta como una herramienta dirigida a impulsar el desarrollo ordenado y sostenible de zonas turísticas que presentan un potencial turístico, a través de la articulación de medidas de ordenación territorial, de la preservación y potenciación de los recursos turísticos, del fomento de la prestación de servicios turísticos de calidad, y de la mejora de las dotaciones de infraestructuras y equipamientos.

Por su parte los Programas de Recualificación de Destinos pueden suponer un mecanismo apropiado para impulsar la rehabilitación progresiva de

aquellas zonas turísticas con problemas de degradación medioambiental o saturación, a través de la articulación de medidas restrictivas y de la mejora de las dotaciones de infraestructuras y equipamientos, siendo su objetivo la recuperación ambiental y la recualificación general del espacio y de los recursos turísticos de lo que ha de resultar una mejora de la calidad del destino turístico considerado en su conjunto.

El Plan General de Turismo, no obstante, ha prescindido de declarar directamente Zonas preferentes o Programas de recualificación para espacios determinados, limitándose a recoger en sendas fichas de medidas la previsión genérica de puesta en marcha de este tipo de planes; lo que resulta posible a iniciativa de los municipios afectados o de la Consejería de Turismo. Ello, sin embargo, se va a ver a corto plazo dificultado por la ralentización sufrida en el desarrollo reglamentario de estas dos figuras que venía siendo objeto de elaboración en el seno de la Consejería de Turismo y Deporte.

En fin, de esta forma se traba la conexión entre la planificación turística con la territorial en el ámbito de la acción pública de la Comunidad. No obstante, la incidencia territorial del principal instrumento de planificación turística (Plan General de Turismo) presenta en Andalucía un alcance más atenuado que en el caso de las Comunidades anteriormente examinadas (País Vasco, Aragón, Asturias y Cataluña), toda vez que la Ley de Ordenación del Territorio autonómica no reconoce a los Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio los mismos efectos jurídicos (arts. 20 a 24 de dicha Ley) que al Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía ni a los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional, lo que se traduce, por ejemplo, en la falta de un reconocimiento expreso de la vinculatoriedad de los primeros en relación con el planeamiento urbanístico; verdadero talón de aquiles del Plan sectorial turístico.

c. Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional

Sí se alcanzaría la plena aplicación de los efectos aludidos en el caso de que la Administración andaluza decidiera acudir a la formulación de un Plan de Ordenación del Territorio de ámbito subregional para la ordenación integral de una Zona de Preferente Actuación Turística, posibilidad expresamente prevista en el artículo 16.6 de la Ley de Turismo de Andalucía, en un nuevo intento por relacionar lo turístico con lo territorial, pero cuyo desarrollo reglamentario, como decíamos, no se ha ultimado todavía.

Ello no ha de impedirnos, sin embargo, resaltar la importancia otorgada a los aspectos turísticos en los cuatro Planes subregionales aprobados hasta el

momento (los de la aglomeración urbana de Granada, Poniente de Almería, Sierra de Segura y el del ámbito de Doñana) y, asimismo, previsiblemente, en los numerosos Planes de este tipo cuya formulación ha sido ya acordada, especialmente en los de ámbito litoral (conviene destacar a estos efectos, como dato de actualidad, la reciente aprobación por parte de la Comisión de redacción del Plan subregional de la Bahía de Cádiz y la relevancia para el sector de los dos Decretos de 20 de enero de 2004, por los que se ha acordado la formulación de los Planes subregionales de la Costa del Sol Occidental y del Litoral Oriental-Axarquía, ambos en la provincia de Málaga).

Tomando como ejemplo el Plan de Ordenación del Territorio del Poniente de la provincia de Almería (Decreto de 30 de julio de 2002), resulta constatable la atención prestada a los aspectos netamente turísticos y a los recursos turísticos en su normativa. Así, se establecen las directrices de ordenación y compatibilización de los distintos usos; se clasifican expresamente los suelos turísticos en las categorías de, suelos turísticos consolidados, suelos turísticos previstos por el planeamiento y suelos turísticos propuestos por el propio Plan; se establecen unas determinaciones muy precisas sobre los suelos turísticos previstos y propuestos; se incluyen asimismo una serie de determinaciones para la protección y mejora del paisaje, etcétera; y todo ello vinculando al planeamiento municipal.

El reciente Plan de Ordenación del Territorio del ámbito de Doñana (Decreto 341/2003, de 9 de diciembre), desciende todavía más, si se quiere, en el grado de pormenorización, estableciendo, por ejemplo, determinaciones en relación con los índices de edificabilidad (que reduce) en determinados espacios destinados a uso turístico o, incluso, fijando directamente la tipología y el número de plazas turísticas que pueden ser permitidas según las distintas zonas o núcleos delimitados por el Plan.

III. RELACIONES CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

Respecto a las relaciones con la legislación urbanística, serían muchos los asuntos a tratar pero, para no perdernos en la maraña, nos parece conveniente centrar nuestra atención únicamente en el par de cuestiones propuestas a continuación.

1. Incidencia de la normativa urbanística sobre la ordenación de la urbanización turística

a. La conveniencia de adoptar unos parámetros urbanísticos específicamente turísticos

En primer lugar, debemos centrarnos en un asunto principal que guarda relación con la conveniencia de adoptar unos parámetros urbanísticos específicamente turísticos.

Efectivamente, tradicionalmente la urbanización turística se ha venido realizando en base a criterios y parámetros propios de la de carácter residencial¹². Sin embargo, las características de la urbanización para uso turístico y las necesidades que la misma está llamada a satisfacer, ponen de manifiesto la conveniencia de introducir unas reglas específicas a través de la normativa urbanística, con el fin de cualificar estos espacios en razón de su funcionalidad, que no es otra que la de atender cumplidamente las necesidades de los usuarios turísticos. A ello puede contribuir, por ejemplo, la instauración de parámetros que doten de una mayor proporción de espacios públicos o de zonas ajardinadas en el sector objeto de ordenación, la implantación de una dotación suficiente de plazas de aparcamiento o la previsión de equipamientos complementarios relacionados con el ocio.

b. Los estándares urbanísticos específicos para suelo turístico y los requisitos de infraestructura introducidos por la legislación canaria y el planeamiento insular balear

En algunas Comunidades Autónomas se han venido introduciendo medidas en la indicada dirección.

Así, en Canarias, la Ley de ordenación territorial y urbanística¹³, tras introducir la calificación urbanística de uso turístico diferente a la de uso residencial, fija directamente y con carácter general un estándar urbanístico específico para suelo turístico, indicativo de los niveles de equipamiento a nivel de sector, a observar obligatoriamente por el planeamiento urbanístico. Concretamente se dispone una reserva mínima de 50 metros cuadrados de suelo por cada 100 metros cuadrados de edificación, destinada a espacios libres públicos, dotaciones y equipamientos. Se establece, pues, una reserva de *dotacio-*

¹² Vid. unas referencias a esta problemática en ROGER FERNÁNDEZ, G., *El urbanismo y la ordenación y gestión del territorio turístico*, en ob. col. *Ordenación y gestión del territorio turístico*, (Dir. D. Blanquer Criado), Valencia, 2002, pág. 69; y también en SOCÍAS CAMACHO, J. M., *La incidencia del turismo en la ordenación del litoral (referencia especial al caso de las Islas Baleares)*, en ob. col. *Régimen jurídico de los recursos turísticos*, (ed. J. Tudela Aranda), Zaragoza, 1999, pág. 281.

¹³ Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias.

nes locales, de aplicación específica a los sectores de suelo urbanizable calificados como de uso turístico.

El planeamiento insular balear recoge, igualmente, unas reservas dotacionales para las zonas turísticas.¹⁴

En ambas Comunidades se establecen también unas exigencias mínimas de infraestructura con las que deben de contar todos los desarrollos urbanísticos de carácter turístico, condicionando la concesión de autorizaciones a la acreditación de su cumplimiento. Aunque todos estos aspectos serán objeto de tratamiento más detenido en el transcurso de estas Jornadas, en las Ponencias correspondientes a la descripción de las experiencias de las Islas Baleares (a cargo del Prof. BLASCO ESTEVE) y de Canarias (a cargo del Prof. SUAY RINCÓN).¹⁵

c. La reserva para dotaciones y el índice máximo de edificabilidad en suelos con uso característico turístico en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía

Por su parte, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en la misma línea que las examinadas, tiende a establecer mayores exigencias de calidad para las zonas con destino turístico respecto a las de uso residencial. De esta forma, se establece un estándar mínimo de reserva para dotaciones en suelo con uso característico turístico, que es sustancialmente superior al establecido para las mismas dotaciones en suelos con uso residencial, concretamente de entre un 25 y un 30% de la superficie del sector, debiendo destinar como mínimo un 20% a parques y jardines, y entre 1 a 1,5 plazas de aparcamiento público por cada 100 metros cuadrados de techo edificable.

Por otra parte, la misma Ley andaluza fija un índice máximo de edificabilidad de aplicación a los sectores con uso característico turístico de 0,3 metros cuadrados de techo por metro cuadrado de suelo que, asimismo, es sustancialmente más restrictivo que el correspondiente a los sectores de uso residencial (1 m² de techo por m² de suelo).

¹⁴ Aspecto tratado en detalle en el importante trabajo de J. M. SOCÍAS CAMACHO, *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Madrid, 2001, págs. 197 ss.

¹⁵ Profesores que ya se han ocupado previamente de las cuestiones señaladas en sendos trabajos: BLASCO ESTEVE, A., *Planificación y gestión del territorio turístico de las Islas Baleares*; y SUAY RINCÓN, J., *Turismo y urbanismo: la ordenación turística del espacio. El caso de Canarias*; ambos en ob. col. *Ordenación y gestión del territorio turístico*, (Dir. D. Blanquer Criado), Valencia, 2002.

d. Previsiones específicas en relación con el uso turístico contenidas en otras leyes autonómicas de ordenación urbanística

Por último, cabe reseñar que algunas otras leyes autonómicas sobre urbanismo contienen previsiones específicas en relación con las reservas para dotaciones en los suelos con uso turístico o para los municipios turísticos, aunque no son coincidentes en la línea de criterios adoptados, pudiendo distinguirse las siguientes situaciones:

A) La Ley de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria establece la posibilidad de disponer un régimen urbanístico especial a los municipios turísticos, permitiéndoles superar la limitación de densidad máxima establecida con carácter general, pero imponiéndoles correlativamente, caso de adoptar esta opción, la elevación de los estándares dotacionales, tanto para sistemas generales como para sistemas locales.

B) Las leyes en materia de urbanismo de la Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Madrid y Navarra permiten, por el contrario, la posibilidad de minoración de determinados estándares dotacionales a sectores de carácter turístico; con diferencias de régimen en cada caso.

C) La Ley Urbanística de Aragón constituye un supuesto distinto a los anteriores, en cuanto que no prevé un incremento de los estándares ni la posibilidad de su minoración sino algo distinto: la posibilidad de cambiar el destino del módulo de reserva [de 10 m²] para centros docentes y culturales, que podrá destinarse a incrementar las reservas de espacios verdes, deportivos, de recreo y para aparcamientos en los sectores de uso turístico.

Se comprueba, por tanto, cómo la legislación urbanística ha comenzado a tener en cuenta el fenómeno turístico dispensándole un tratamiento específico e incidiendo en la ordenación del turismo.

2. Disposiciones de naturaleza urbanística establecidas desde la legislación sectorial turística

Pero hay que señalar que esta incidencia legislativa se da también en la dirección inversa siendo así que, en algunos aspectos, desde la propia legislación sectorial turística se vienen estableciendo disposiciones de clara veste urbanística.

Especialmente sobresaliente en este sentido es la implantación de medidas dirigidas a mejorar la calidad de los establecimientos turísticos y, a la vez, a contener la densidad en las zonas turísticas.

a. La denominada ratio turística balear

La legislación balear ha sido pionera en nuestro país en desplegar técnicas en la indicada dirección desde que, a través de los denominados Decretos *Cladera* I (1984) y II (1987) y posteriormente por la Ley de 1 de junio de 1988 (todas ellas normas de ordenación de los establecimientos hoteleros), se estableció en dicha Comunidad la llamada *ratio turística* mínima de 60 metros cuadrados de suelo edificable por plaza turística que, finalmente es recogida por la Ley de Turismo de las Islas Baleares.

La *ratio turística* supone la exigencia al empresario de disponer de 60 m² de parcela neta para la construcción de cada plaza de alojamiento turístico. Como ha apuntado BLASCO ESTEVE¹⁶, con ello se cumple una doble finalidad: *a)* por una parte se introduce un requisito de calidad dirigido a proporcionar una mayor amplitud en las instalaciones hoteleras; *b)* de otra, supone un instrumento que contribuye a la limitación de la densidad de población en las zonas de uso predominantemente turístico, por lo que no se trata únicamente de un parámetro turístico, sino también un parámetro de naturaleza urbanística¹⁷; pero de un parámetro dispuesto desde la normativa sectorial turística, queremos subrayar.

Posteriormente, los Planes Insulares baleares han elevado frecuentemente los parámetros aludidos en relación con determinadas zonas turísticas.

b. El estándar mínimo de densidad en Canarias

En la senda de la legislación balear, en Canarias se ha establecido la misma técnica, bajo la denominación allí de *estándar mínimo de densidad* del suelo turístico¹⁸, fijado por la propia Ley de Ordenación del Turismo y concretado posteriormente por el relevante Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los estándares turísticos, y también por los distintos Planes Insulares de Ordenación.

¹⁶ BLASCO ESTEVE, A., *Planificación y gestión del territorio turístico...*, cit., págs. 241-243.

¹⁷ En este sentido BLASCO ESTEVE, A., *Planificación y gestión del territorio turístico...*, cit., pág. 243. Vid. también las consideraciones que hace al respecto SOCÍAS CAMACHO, J. M., *La ordenación de las zonas turísticas...*, cit., pág. 140.

¹⁸ Vid. al respecto J. SUAY RINCÓN, *Turismo y urbanismo: la ordenación turística del espacio...*, cit., págs. 302 y 314.

c. La introducción de parámetros similares en Andalucía a través de la nueva regulación dispensada a los establecimientos hoteleros

Y en Andalucía, no podemos por menos que referirnos a la introducción de parámetros de naturaleza urbanística, de corte similar, a través de la nueva regulación dispensada a los establecimientos hoteleros.

Ello supone hablar de una novedad verdaderamente reciente, pues es en el Decreto 47/2004, de 10 de febrero, de Establecimientos Hoteleros, publicado el mismo día en que se dicta esta ponencia (BOJA de 2 de marzo de 2004), donde se introducen los parámetros a los que nos vamos a referir. Es de señalar que para su establecimiento ha sido necesario llevar a cabo, previamente, unas reformas puntuales de la Ley de Turismo –lo que se ha materializado por medio de la Ley de *acompañamiento* (Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas)–, que han permitido posteriormente al reglamento disponer el régimen sustantivo que podemos exponer sintéticamente a continuación:

1. Como es sabido, los establecimientos hoteleros tradicionalmente han debido ser clasificados obligatoriamente en grupos (hoteles, hostales, pensiones, hoteles-apartamentos) y categorías (esto es, las consabidas estrellas). Según la nueva regulación, ahora también es obligatoria su clasificación en una modalidad.

2. Todo establecimiento hotelero en Andalucía ha de ser clasificado en adelante, pues, en una de estas cuatro modalidades: playa, ciudad, rural o carretera.

3. Para los establecimientos clasificados en la modalidad de playa ubicados en suelo urbano no consolidado, urbanizable ordenado o urbanizable sectorizado, se establece, una *ratio* de 110 m² de parcela neta por unidad de alojamiento, cualquiera que sea su categoría (salvo en los de “Gran lujo” que se eleva a 150 m²). Ello implica la necesidad para el empresario de disponer de 110 m² de parcela neta para la construcción de cada unidad de alojamiento; o, visto a *contrario sensu*, supone condicionar el número máximo de unidades de alojamiento que dicho empresario puede implantar en función de la superficie del solar de que disponga (por ejemplo, un máximo de 45 unidades si dispone de una parcela de 5.000 m²). Obsérvese que en la normativa andaluza, a diferencia de la de Baleares y Canarias, el segundo elemento de la proporción es la unidad de alojamiento y no la plaza turística (si estableciéramos una comparación equiparable la *ratio* aquí sería de 55 m² por plaza turística,

algo inferior a la de los archipiélagos). Asimismo se exige a los establecimientos de playa la existencia de piscina de unas determinadas dimensiones en función del número de plazas, de aparcamientos en proporción no menor de 1 plaza por cada dos unidades de alojamiento, y de zona ajardinada.

4. Los establecimientos de playa o rurales ubicados en suelo no urbanizable tienen establecido un requisito de unidad parcelaria mínima para su emplazamiento. Concretamente la parcela deberá tener una superficie resultante de multiplicar por 300 el número de unidades de alojamiento, con un mínimo, en todo caso, de 30.000 m².

5. Por su parte, los establecimientos de carretera a emplazar en áreas o zonas de servicio deberán disponer de una parcela con una superficie resultante de multiplicar 150 por el número de unidades de alojamiento. Además la altura de la edificación no puede superar las dos plantas, además de la baja.

IV. RELACIONES CON LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

1. El contexto condicionante de la normativa medioambiental

En último lugar trataremos de las relaciones de la ordenación del turismo con la legislación de protección del medio ambiente.

Con carácter previo parece necesario resaltar que la normativa medioambiental constituye un marco de referencia ineludible y condicionante para la planificación sectorial turística por cuanto buena parte de sus prescripciones resultan de obligado respeto por ésta. Se trata de disposiciones que se superponen y vinculan a la acción sectorial, que necesariamente ha de partir así del contexto prefijado por aquéllas.

2. La normativa sobre espacios naturales protegidos

En este sentido, una normativa que, frecuentemente, ha de resultar condicionante de la programación de nuevos desarrollos turísticos es la relativa a la conservación de los espacios naturales protegidos, tan numerosos hoy en nuestro país y que ocupan una gran extensión superficial. Se trata de espacios que resultan protegidos en virtud de su singular valor ecológico y especial representatividad ambiental por lo que, al mismo tiempo, presentan un potencial generador de corrientes turísticas, característica que implica su conside-

ración como recursos turísticos conforme a la definición legal extendida de estos últimos.

Como ha notado MARTÍNEZ JIMÉNEZ, ni la Ley estatal de 4 de marzo de 1989, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, ni las leyes autonómicas sobre espacios naturales protegidos (en nuestro caso la Ley de 18 de julio de 1989, de Inventario de Espacios Naturales de Andalucía) suelen contener disposiciones específicas sobre el desarrollo de actividades turísticas en dichos espacios, «remitiéndose, para la regulación de los usos a desarrollar en los mismos, a la planificación ecológica»¹⁹. Los instrumentos de dicha planificación ecológica son los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y los Planes Rectores de Uso y Gestión.

a. Los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y los Planes Rectores de Uso y Gestión

Los *Planes de Ordenación de los Recursos Naturales* son unos instrumentos administrativos singulares, de carácter normativo, que tienen como objeto genérico el establecer el régimen de protección, la ordenación y la determinación de las limitaciones respecto a los usos y actividades en función de la conservación del espacio a proteger. Específicamente se prevé como uno de sus objetivos el de «formular los criterios orientadores de las políticas sectoriales y ordenadoras de las actividades económicas y sociales, públicas y privadas, para que sean compatibles con las exigencias [de protección y conservación] señaladas» (art. 4. 3, e, Ley 4/1989, de 27 de marzo).

Una de las singularidades más notables de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN), que conviene resaltar, consiste en que sus determinaciones se imponen a las de otras figuras de planeamiento. El artículo 5 de la Ley 4/1989 –que tiene carácter básico– establece a estos efectos que los citados Planes serán obligatorios y ejecutivos en las materias reguladas por la Ley, constituyendo sus disposiciones un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, debiendo adaptarse a éstos cuando resulten contradictorias con sus contenidos. Mientras dicha adaptación no tenga lugar se aplicarán en todo caso las determinaciones de los Planes de Or-

¹⁹ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, E., *Los instrumentos de ordenación de los usos turísticos en los espacios sometidos a un régimen especial de protección ambiental*, en ob. col. V Congreso de Turismo Universidad y Empresa: *La calidad integral del turismo*, (Dir. D. Blanquer), Valencia, 2003, pág. 141.

denación de los Recursos Naturales que prevalecerán sobre los instrumentos de ordenación territorial o física existentes.

Por su parte los *Planes Rectores de Uso y Gestión* de los Parques establecen las directrices, régimen de usos y la ordenación general de cada espacio declarado como tal. Conforme al artículo 19.2 de la Ley 4/1989, estos Planes prevalecerán sobre el planeamiento urbanístico, debiendo revisarse este último de oficio por los órganos competentes cuando sus determinaciones resulten incompatibles con las establecidas por aquéllos.

Frecuentemente los Planes aludidos contienen determinaciones bastante precisas acerca de extremos tales como las características de las infraestructuras para la atención del público, el emplazamiento y la tipología de las construcciones relacionadas con la actividad de hostelería, o las modalidades de alojamiento permitidas.

b. Un ejemplo reciente: el PORN del Frente Litoral Algeciras-Tarifa

Tomando como ejemplo el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Frente Litoral Algeciras-Tarifa, aprobado por Decreto 308/2002, de 23 de diciembre, que afecta a una amplia zona estratégica del litoral andaluz, puede comprobarse cómo en el mismo se reflejan una serie de estrategias y determinaciones que afectan de lleno a las posibilidades de desarrollo de actividades turísticas y de implantación de instalaciones en el espacio afectado por el mismo.

En este sentido, entre los objetivos referidos al modelo turístico se señalan criterios, dirigidos al planeamiento, tales como: que los establecimientos turísticos deben ubicarse, preferentemente, en edificaciones existentes objeto de rehabilitación y bajo la condición de equipamiento hotelero; o que las características constructivas de las edificaciones vinculadas a actividades turísticas deben integrarse en el entorno paisajístico y acomodarse a la arquitectura tradicional de la zona. Por otra parte se indica que la demanda de suelo para usos turísticos ha de atenderse preferentemente en los núcleos urbanos consolidados o en las áreas contiguas.

Ya entre las disposiciones normativas se establece la determinación de que los establecimientos turísticos de nueva planta deberán guardar una distancia mínima de 200 metros con el límite del dominio público marítimo-terrestre y también una distancia mínima de 500 metros respecto a otros equipamientos turísticos; así como una fuerte limitación de construcción o am-

pliación de viviendas destinadas a segunda residencia en todo el ámbito de aplicación del Plan.

El PORN que comentamos lleva a cabo una zonificación del territorio en tres tipos de zonas [Zonas de Reserva (Grado A), Zonas de regulación especial (Grado B) y Zonas de regulación común (Grado C)], subdivididas a su vez, las dos primeras, en varias categorías. En las normas particulares sobre usos y actividades incompatibles relativas a cada una de las zonas así delimitadas se ponen de manifiesto las fuertes restricciones –que en ocasiones son rotundas prohibiciones– a que quedan sometidas cualesquiera actividades edificatorias en las dos primeras tipologías de Zonas señaladas, lo que, obviamente, condiciona, o simplemente elimina, las posibilidades de implantación de futuros proyectos de desarrollos turísticos en establecimientos alojativos.

c. La normativa reguladora de determinadas actividades turísticas en cuanto éstas se desenvuelven en los espacios naturales

También se viene observando una interrelación mutua entre la normativa medioambiental y la reguladora de determinadas actividades turísticas en cuanto éstas se desenvuelven en los espacios naturales. Así se hace visible en el artículo 23 de la reciente Ley andaluza 8/2003, de 28 de octubre, de la Flora y Fauna Silvestres, que se refiere a las condiciones de práctica de las actividades deportivas, de ocio y turismo activo que se desenvuelvan en el medio natural. Aspecto que, en lo referente al turismo activo, ha sido objeto de una regulación pormenorizada por medio de la Orden conjunta de las Consejerías de Turismo y Deporte y de Medio Ambiente de 20 de marzo de 2003, que establece las obligaciones y condiciones medioambientales para la práctica de las actividades integrantes del turismo activo; dictada en desarrollo del Decreto andaluz 20/2002, de 29 de enero, de Turismo en el Medio Rural y Turismo Activo.

3. La sujeción a evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos relativos a actuaciones turísticas

En otras ocasiones es el propio proyecto turístico el que queda sujeto a la principal técnica de prevención de impactos dañinos al entorno natural: la evaluación de impacto ambiental, así como, en su caso, a la normativa sobre actividades clasificadas. El Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio de Evaluación del Impacto Ambiental, tras su modificación por Ley 6/2001, de 8 de mayo, somete a dicho requisito a determinados proyectos relativos a actuaciones turísticas a desarrollar en zonas especialmente sensibles o, no

siéndolos, cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso. Es el caso, según las circunstancias, de los proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos; de las pistas de esquí, remontes, teleféricos y construcciones asociadas; de los parques temáticos; campings, etc.

En el marco de la norma estatal reseñada –que tiene carácter de legislación básica en materia de protección del medio ambiente– hay que atender a la abundante normativa autonómica de carácter ambiental que, frecuentemente, supedita la instalación de ciertas infraestructuras turísticas a la evaluación de impacto ambiental o a alguna figura similar, como ocurre en Andalucía con algunas de las actuaciones incluidas en los Anexos de la Ley 7/1994, de Protección Ambiental, que integra la regulación de la técnica de evaluación de impacto ambiental y la relativa a la autorización de actividades clasificadas (por ejemplo, la sujeción a informe ambiental de complejos deportivos y recreativos, campos de golf y campings en suelo no urbanizable).

En algunos casos incluso se han establecido cauces de conexión entre la política ambiental y la turística, disponiendo directamente en las propias leyes de turismo autonómicas la necesidad de evaluación de las repercusiones ambientales de determinados proyectos turísticos, como ha notado MARTÍNEZ JIMÉNEZ.²⁰

4. La sujeción de las instalaciones turísticas a otras normativas en materia de protección medioambiental

Finalmente, es obvio que las instalaciones turísticas quedarán sometidas, según los casos, a las normas vigentes en materia de protección contra ruidos, protección atmosférica, sobre residuos y demás normativas generales en materia de protección medioambiental. De ello constituyen buen exponente las disposiciones introducidas en el reciente Decreto de Establecimientos Hoteleros en Andalucía, anteriormente aludido, relativas a insonorización de los establecimientos, tratamiento y eliminación de residuos, tratamiento y evacuación de aguas residuales, reutilización de aguas grises, regeneradas y pluviales, o requisitos de eficiencia energética; con cuya nueva referencia podemos dar por terminada esta intervención.

²⁰ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, E., *Los instrumentos de ordenación de los usos turísticos...*, cit., págs. 139-140. Dicha autora cita ejemplos extraídos de las Leyes turísticas de Canarias, Extremadura y Asturias.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Las vías de hecho y la suspensión cautelar. Comentario al auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 12 de Abril de 2003

Juan Antonio Ureña Salcedo

Área de Derecho Administrativo de la Universitat de València

SUMARO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA REASUNCIÓN COMPETENCIAL DEL ESTADO SOBRE LAS CAJAS CATÓLICAS. 1).- De la LORCA a la Ley 44/2002. La situación de conflicto en Andalucía con Cajasur. 2).- La incompetencia sobrevenida de la Junta de Andalucía y las vías de hecho. III.- LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. 1).- La vía privilegiada del artículo 136.1 LRJCA. 2).- La preeminencia de la autotutela administrativa en el Ordenamiento español. IV).- BREVE RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, con el telón de fondo del conflicto existente entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía por el «control» de Cajasur, pretende destacarse el régimen privilegiado y excepcional de adopción de medidas cautelares en los supuestos de vía de hecho y, por supuesto, la preeminencia que el legislador estatal sigue concediendo a la autotutela administrativa¹.

¹ El carácter general de la autotutela administrativa en nuestro Ordenamiento jurídico, como sostiene S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 607, «nos separa ya abiertamente de cualquier concepción comparada del privilegio de la ejecución de oficio». Este mismo Profesor defiende que «la generalización de las potestades de ejecución forzosa (...) constituye una particularidad de nuestro ordenamiento no parangonable con los sistemas jurídicos de nuestro entorno que, en nuestro criterio es, además, incompatible (si no la potestad misma, si su utilización ordinaria, como una solución general) con la Constitución» (p. 609).

La resolución judicial que sirve de excusa es un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 12 de abril de 2003, que suspendió, por falta de competencia y en aplicación del artículo 136 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la actividad inspectora que la Junta de Andalucía estaba desarrollando en la Caja de Ahorros de Córdoba, Cajasur.

La comprensión de la citada resolución judicial exige recordar que la realidad normativa de las Cajas de Ahorros españolas, que ha sufrido numerosas reformas en los últimos meses (fundamentalmente con la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero², la Ley 26/2003, de 17 de julio³, y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre⁴), no sólo dista de haber encontrado mecanismos suficientemente eficaces para poner fin al control político que padecen estas entidades de crédito sino que, como se comprobará seguidamente, en el caso de las Cajas de Ahorros de fundación católica ha supuesto una más que conflictiva reordenación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

II. LA REASUNCIÓN COMPETENCIAL DEL ESTADO SOBRE LAS CAJAS CATÓLICAS

Un rasgo característico de la evolución normativa de las Cajas de Ahorros es, como sostiene SORIANO GARCÍA, el intento constante de apropiación

² Entre las modificaciones introducidas por esta norma se encuentra, por ejemplo, la limitación de la representación pública en los órganos de gobierno de las Cajas a un 50% como máximo de los derechos de voto en cada uno de tales órganos; la posibilidad de aumentar la duración de los cargos hasta 6 años; la potenciación de la colaboración entre Cajas de Ahorros o, finalmente, una nueva regulación de las cuotas participativas (cuyo desarrollo reglamentario ha sido aprobado por el Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero).

³ Las novedades más importantes de esta Ley en materia de Cajas de Ahorros son dos: la exigencia de un informe anual de gobierno corporativo para las Cajas que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, y la obligación de constituir en el seno del Consejo de Administración de estas entidades tanto una Comisión de retribuciones como una Comisión de inversiones.

⁴ Esta Ley modifica la LORCA, entre otras cosas, para exigir que la representación de Municipios e impositores de las distintas Comunidades Autónomas en que las Cajas tengan abiertas oficinas sea proporcional a la cifra de depósitos entre las diferentes Comunidades Autónomas. Esta reforma legislativa puede estar relacionada con la modificación de la Ley 3/1991, de Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma del País Vasco, introducida por la Ley 3/2003, de 7 de ma-

por parte del Estado⁵. La intervención pública en las Cajas de Ahorros españolas, aunque siempre ha sido muy intensa, se incrementó notablemente, al menos en lo que a la composición de sus órganos de gobierno se refiere, con los primeros pasos del Estado democrático⁶. Las Cajas de Ahorros de fundación católica, sin embargo, consiguieron mantener un régimen diferenciado en algunos aspectos esenciales. Este régimen, que también ha sido modificado en los últimos tiempos, es el que late en el fondo del asunto del que está dándose cuenta.

yo, sobre la presencia de impositores y Corporaciones municipales de otras Comunidades. El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite los dos recursos de inconstitucionalidad promovidos, respectivamente, por más de cincuenta diputados del Grupo parlamentario popular y del Grupo parlamentario socialista (BOE nº 235, de 1 de octubre, recursos 5119-2003 y 5120-2003) contra la nueva normativa vasca. Entienden los recurrentes que pretende limitarse la presencia tanto de impositores como de Corporaciones locales que «no sean vascos» para que el Ejecutivo autonómico pueda mantener el «control» sobre las Cajas domiciliadas en el País Vasco.

La Ley 62/2003, en fin, también ha modificado la LORCA para ampliar la autonomía estatutaria de las Cajas en relación con la Comisión de retribuciones y con la Comisión de inversiones de las Cajas de Ahorros, pues remite a sus estatutos y reglamentos internos para concretar su régimen de funcionamiento. La duda que se plantea, en la que no puede entrarse en este trabajo, es la constitucionalidad de dicha reforma. El Estado es el competente para aprobar las bases de la ordenación del crédito y las Comunidades Autónomas para el desarrollo legislativo y ejecución de las mismas (pues aunque algunas Comunidades se reconozcan competencia exclusiva en la materia deben respetar dichas bases). Con la nueva regulación, nótese bien, el desarrollo no puede ser autonómico, pues el Estado «se salta» el escalón comunitario para remitir al desarrollo de las propias entidades de crédito. Parece evidente que estos preceptos estatales no permiten que las Comunidades Autónomas establezcan las particularidades que les convengan y, precisamente por ello, es discutible que respeten el «espíritu» que las bases tienen en nuestro sistema constitucional.

⁵ J. E. SORIANO GARCÍA, "Cajas de Ahorros", en *Estudios de Derecho Público Bancario*, dir. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, CEURA, Madrid, 1987, p. 409.

⁶ El Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, establecía los órganos de administración, gestión y representación de las Cajas de Ahorros, y determinaba su composición. Este Decreto, según F. GARRIDO FALLA, en el prólogo a la obra de Núñez Lagos, *Aspectos jurídicos del control administrativo de entidades de crédito y ahorro privado*, EDERSA, Jaén, 1977, p. XX, «entra a saco en la organización de las Cajas de Ahorro». En términos similares se expresan A. NIETO GARCÍA, *Dictámenes sobre las Cajas de Ahorros españolas*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos, Burgos, 1991, p. 3, y T. PRIETO ÁLVAREZ, "Las Cajas de Ahorro francesas cambian su estatuto jurídico. (Elementos de reflexión para el caso español)", *Revista de Administración Pública* nº 155, mayo-agosto 2001, p. 417.

⁷ A. NIETO GARCÍA, *Dictámenes sobre...*, *cit.*, p. 73.

1).- De la LORCA a la Ley 44/2002. La situación de conflicto en Andalucía con Cajasur.

La Ley 31/1985, de 2 de agosto, sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, que según el Profesor NIETO GARCÍA es de un «intervencionismo exacerbado»⁷, amparándose en la necesidad de democratizar los órganos de gobierno de las Cajas, de conseguir una mayor profesionalización, y de establecer una normativa acorde con la organización territorial del Estado y la distribución constitucional de competencias, estableció cuáles debían ser los órganos de gobierno y administración de las Cajas, y concedió a las Corporaciones Municipales un 40% de los Consejeros Generales en la Asamblea General, porcentaje al que había que sumar, en su caso, el 11% correspondiente a las entidades fundadoras (si alguna Corporación Municipal tenía este carácter), exigiendo que en el Consejo de Administración participasen los mismos grupos y con igual proporción que en la Asamblea.

La LORCA supuso, de acuerdo con el voto particular que el magistrado D. Luis Díez Picazo formuló a la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo, «una vasta operación de traslación de los poderes de gestión de esas entidades a manos públicas, dejando intacto el régimen jurídico de su propiedad»⁸. La presencia mayoritaria de representantes públicos, que fue incre-

⁸ Se mantiene esta misma posición, entre muchos otros, en los trabajos de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Sistema bancario y crediticio", en *Derecho Administrativo Económico II*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 211 y 248, que sostuvo que la LORCA supuso la conversión de la mayoría de Cajas en «dependencias municipales»; y M. CLAVERO ARÉVALO, "Algunas precisiones sobre Cajas de Ahorros", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 896. Otros autores, como J. M. GONZÁLEZ MORENO, "La personalidad jurídica de las Cajas de Ahorros", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n° 43, julio-septiembre 1991, p. 602, aunque negaron la municipalización, reconocieron que, en la práctica, constituía un «grave obstáculo para la autonomía de gestión y la eficacia empresarial de las Cajas».

El autor de este voto particular, D. LUIS DÍEZ-PICAZO, "Sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* n° 8, p. 199, ha publicado unas reflexiones que, según el propio Profesor, «bien podrían calificarse como *apostillas* tardías a tal voto particular, muchas veces citado por los autores y nunca seguramente bien entendido, aunque ello haya de imputarse a que se mantuvo dentro de una cierta ambigüedad». En este trabajo sostiene que «el referido voto particular no aceptaba con carácter general la idea de que todas las cajas de ahorro, habidas y por haber, fueran fundaciones bien que de naturaleza *sui generis*. Lo serían las que lo hubieran sido siempre y no lo serían las que originariamente no hubieran tenido ese carácter» (p. 203). El Profesor, pese a lo anterior, sigue manteniendo que «por la vía de la traslación de los poderes de gestión se estaban municipalizando» las Cajas de creación privada (p. 203), y, finalmente, pretende abrir un debate sobre «si la figura técnica de la fundación agota todas las personas jurídicas del tipo *universitas rerum* o si, al lado de ella existen otras, que *grosso modo*, pueden llamarse *establecimientos*, que es la tesis central de este trabajo» (p. 213).

mentada por las normas autonómicas⁹, permitía sostener la dependencia de las Cajas, fuesen de creación pública o privada, a las decisiones de las Administraciones públicas¹⁰. Únicamente escaparon de esta «ocupación» las Cajas de Ahorros católicas.

En efecto, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, «*en el caso de Cajas de Ahorros cuyos Estatutos a la entrada en vigor de la presente Ley recojan como Entidad fundadora a la Iglesia Católica, el nombramiento y duración del mandato de los representantes de esta Entidad en los órganos de gobierno, se regirá por lo que estuviera establecido en dichos Estatutos en fecha 17 de enero de 1985, debiendo existir, en todo caso, al menos un representante de cada uno de los otros grupos que componen dichos Órganos*».

Esta norma, pese a que suponía que las Cajas católicas disponían de mayor libertad frente a los poderes públicos que el resto de Cajas, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por vulnerar el artículo V del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979¹¹. La Sentencia del Alto Tribunal 49/1988, de 22 de marzo, se limitó a declarar que dicha disposición adicional no era inconstitucional. Dijo, concretamente, que «*la ley impugnada no deroga, modifica o suspende cláusula alguna del Convenio con la Santa Sede*» y que, en todo caso, lo que se discutía era la «*adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esta supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución*».

⁹ M. FUERTES LÓPEZ, "De la CECA a la Meca", Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics n° 23, segundo trimestre 1998, p. 173. J. A. MAROTO ACÍN y M. MELLE HERNÁNDEZ, "El dilema de las Cajas de Ahorros españolas: ¿seguir siendo Cajas o "morir de éxito"?", en *Estrategias y operaciones empresariales en los nuevos mercados, 20 casos a estudio*, Civitas, Madrid, 2002, p. 163. V. ROZA FRESNO, *Revisión del marco jurídico regulador de la composición y las normas de funcionamiento de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros: definición de un modelo*, trabajo de investigación presentado en la Universidad de Oviedo, p. 19.

¹⁰ J. A. ANTÓN, "Régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. Las normas autonómicas", *Papeles de Economía Española* n° 74-75, 1998, p. 146.

¹¹ Dicho artículo establece que «*la Iglesia puede llevar a cabo por sí misma actividades de carácter benéfico o asistencial*.

Las instituciones o Entidades de carácter benéfico o asistencial de la Iglesia o dependientes de ella se regirán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada.

2).- *La Iglesia y el Estado podrán, de común acuerdo, establecer las bases para una adecuada cooperación entre las actividades de beneficencia o de asistencia, realizadas por sus respectivas instituciones*».

La Comunidad Autónoma de Andalucía (dado que la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988 no resolvió la discusión sobre el carácter básico de la norma referida a las Cajas católicas¹²), en la disposición adicional primera de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de esta Comunidad, estableció que excepto en lo referente al nombramiento y duración del mandato de los representantes de la Iglesia en los órganos de gobierno de las Cajas católicas (en Andalucía exclusivamente la Caja de Ahorros de Córdoba, Cajasur), «*la composición, competencias, funcionamiento, representación y demás circunstancias que afecten a los órganos de gobierno se regirán por lo previsto en el título V de la presente Ley*», y añadió que «*en todo caso, la aplicación del apartado 1 de la presente disposición deberá respetar la proporcionalidad de la representación de cada grupo prevista en los artículos 57.2, 72.2, 82.1 y 45 de la presente Ley*». Dicho lisa y llanamente, también en Cajasur, única Caja andaluza fundada por la Iglesia Católica, se limitaba el porcentaje de representación de la entidad fundadora a un 9%, se reconocía la aplicabilidad de los preceptos reguladores del número de Vocales y miembros de la Comisión de Control y, con carácter general, el sometimiento a las previsiones del Título V, (*De los órganos de gobierno y del personal de dirección de las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía*).

La reacción del Estado a esta regulación autonómica, que según el Consejo de Estado no puede «*considerarse como un desarrollo sobre la base del modelo establecido en la legislación estatal para la organización de las Cajas de Ahorros fundadas por la Iglesia Católica sino que, de aplicarse, darían lugar a una conformación muy distinta de sus órganos de gobierno*»¹³, no se hizo esperar. El Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad, entre otros preceptos, contra los apartados 2º y 3º de la disposición adicional primera de la Ley 15/1999. El Tribunal Constitucional, mediante providencia de 15 de febrero de 2000, admitió a trámite el recurso y, dada la invocación del artículo 161.2 CE, se produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados¹⁴.

¹² A. CASARES MARCOS, *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 209.

¹³ Dictamen nº 1276/2000, de 25 de mayo, que examina la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre.

¹⁴ BOE de 25 de febrero de 2000.

El Alto Tribunal, posteriormente, acordó mantener la suspensión (Auto de 13 de julio de 2000¹⁵). El conflicto entre el Estado y la Comunidad Autónoma Andaluza todavía estaba en sus comienzos.

La Junta de Andalucía inició un procedimiento de inspección general, en relación con todos los aspectos de la organización, funcionamiento y actividad, en Cajasur. El Estado, por su parte, aprobó la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que modificó la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, de 2 de agosto. Se ampliaron las competencias estatales en relación con las Cajas de fundación católica. De acuerdo con el tenor literal de dicha disposición *«en el caso de Cajas de Ahorros cuyos Estatutos recojan como Entidad fundadora a la Iglesia Católica, el nombramiento, idoneidad y duración del mandato de los representantes de los distintos grupos en los órganos de gobierno se regirá por los Estatutos vigentes a 1 de noviembre de 2002, debiendo respetar el principio de representatividad de todos los grupos»*.

En todo caso, considerando el ámbito del Acuerdo internacional de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos y los principios que recoge el artículo quinto del mismo, y sin perjuicio de las relaciones que correspondan con las Comunidades Autónomas respecto a las actividades desarrolladas en sus territorios, la aprobación de Estatutos, de los Reglamentos que regulen la designación de miembros de los órganos de Gobierno y del presupuesto anual de la Obra social de las Cajas de Ahorros cuya entidad fundadora

¹⁵ BOE de 26 de julio de 2000. En dicho Auto del Tribunal Constitucional se hizo constar expresamente que *«debe acogerse el argumento de que la aplicación de la disposición adicional controvertida supone para la Iglesia Católica una pérdida de la posición relevante de que goza actualmente en los órganos de gobierno y, por tanto, en la toma de decisiones de tanta trascendencia como las de aprobar la fusión, disolución y liquidación de la Caja (...) Se trata de decisiones que podrían perjudicar de forma muy notable e irreversible los intereses patrimoniales y, sobre todo, corporativos de esta institución»*. El Abogado del Estado, tal y como se recoge en este mismo Auto, había alegado que *«de acuerdo con los Estatutos actualmente vigentes, la representación institucional, según número de miembros, en la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control es la siguiente: Iglesia Católica 56, 6 y 3; Corporaciones Municipales, 44, 4 y 2; Diputación Provincial de Córdoba, 8, 2 y 1; Impositores, 44, 4 y 1; y, por último, Empleados, 8, 1 y 1. Sin embargo, si se aplicara la Ley recurrida, la representación sería: Corporaciones Municipales 56, 6 y 3; Junta de Andalucía, 34, 3 y 2; Iglesia Católica 9, 1 y 1; Diputación de Córdoba, 5, 1 y 1; Impositores, 45, 5 y 1; y Empleados, 11, 1 y 1»*.

Ello originaría un cambio sustantivo en la composición de los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, con una modificación importante de las distintas representaciones, lo cual tiene una considerable trascendencia, puesto que con la legislación actualmente aplicable la Asamblea General no puede adoptar acuerdos trascendentales para la vida de la Caja (...) sin contar con el acuerdo de la Iglesia Católica, lo cual dejaría de ser así si se aplicara la Ley 15/1999».

*directa*¹⁶ según los citados estatutos sea la Iglesia Católica o las Entidades de Derecho Público de la misma, serán competencia del Ministerio de Economía, cuando así lo acredite la Caja interesada ante el referido Ministerio».

La nueva redacción, nótese bien porque es fundamental para comprender el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, como dice CASARES MARCOS, introduce «un régimen del todo punto nuevo y absolutamente peculiar por cuanto permite extraer de la esfera autonómica el control de estas entidades, cuando sean de fundación eclesial, con el fin de residenciarlo en el ámbito del Ministerio de Economía»¹⁷. A partir de esta nueva regulación se amplían las competencias del Estado en relación con las Cajas de creación católica y, lógicamente, se reducen las competencias autonómicas en lo que a estas entidades de crédito se refiere.

La Comunidad Autónoma andaluza, como era de suponer, interpuso recurso de inconstitucionalidad, entre otros preceptos, contra esta disposición adicional¹⁸. En la Ley del Parlamento de Andalucía 10/2002, de 21 de di-

¹⁶ La expresión «entidad fundadora directa» probablemente se utilizó teniendo en cuenta el caso de la Caja de Ahorros de Córdoba. Debe advertirse que en la Ley andaluza 15/1999, de 16 de diciembre, se incluye una disposición adicional segunda que recoge las entidades que se consideran fundadoras de las distintas Cajas andaluzas, y en relación con aquella señala que son fundadoras tanto el Excelentísimo Cabildo Catedral de Córdoba como la Excelentísima Diputación Provincial. En el Dictamen del Consejo de Estado nº 1276/2000, de 25 de mayo, consta que en el informe de la Abogacía del Estado se había destacado que Cajasur no se fusionó en 1994 con la Caja Provincial de Ahorros de Córdoba creando una nueva y diferente entidad, sino que se optó por la modalidad de fusión por absorción, «de esta forma CajaSur mantuvo su personalidad jurídica y su derecho especial». O lo que es lo mismo, desapareció la Caja Provincial de Ahorros de Córdoba, que fue absorbida por la Caja de Ahorros de Córdoba cuyo único «fundador directo», tras la fusión, sigue siendo el Excelentísimo Cabildo Catedral de Córdoba.

¹⁷ A. CASARES MARCOS, «La unidad de régimen jurídico de las Cajas de Ahorros: las Cajas de fundación eclesiástica», Revista de Administración Pública nº 161, mayo-agosto 2003, p. 432.

¹⁸ En realidad se plantearon distintos recursos de inconstitucionalidad: por parte del Presidente del Parlamento de Andalucía (número 488-2003), por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (número 893-2003) y también por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista (número 845-2003), según apareció debidamente publicado en el BOE de 7 de abril de 2003. El Tribunal Constitucional, recientemente, ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 5094-2003, planteada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba, entre otros preceptos, contra el artículo 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, que modifica la disposición adicional 2ª de la Ley 31/1985, por presunta vulneración de los artículos 149.1.11ª y 149.3 de la Constitución (BOE de 9 de marzo de 2004).

ciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, además, se incorporó una disposición adicional quinta que establece que las Cajas andaluzas en las que junto con la Iglesia Católica figuren otras entidades fundadoras sólo pueden acreditarse ante el Ministerio de Economía con la conformidad de la totalidad de dichas entidades fundadoras, el acuerdo de la Asamblea General y un informe de la Consejería de Economía y Hacienda¹⁹. El Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esta regulación. En la publicación del BOE (de 7 de abril de 2003), donde se informaba de la admisión a trámite de dicho recurso se hizo constar que, habiéndose invocado el artículo 161.2 de la Constitución, se suspendía la vigencia y aplicación de dicha disposición desde la fecha de interposición del recurso (12 de febrero de 2003) para las partes del proceso, y desde la publicación en el BOE para los terceros²⁰.

¹⁹ El tenor literal de la citada disposición adicional es el siguiente: «1.- *En los supuestos de Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía en las que, junto con la Iglesia Católica o Entidades de Derecho Público de la misma, figuren como fundadoras en la disposición adicional segunda de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía, otras entidades, será necesario, con carácter previo al acto de acreditación a que se refiere el párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, que muestren su conformidad a tal acto, y a los efectos que legalmente comporta, la totalidad de entidades fundadoras.*

2.- Producida la conformidad de la totalidad de las entidades fundadoras a que se refiere el apartado anterior, deberá a continuación mostrar también su acuerdo la Asamblea General de la Caja de Ahorros, requiriéndose para la válida constitución de la misma la asistencia de la mayoría de los miembros, siendo además necesario, para la adopción de los acuerdos obtener, como mínimo, el voto favorable de cuatro quintos de los asistentes.

Con carácter previo a la convocatoria de la Asamblea General de la Caja de Ahorros, deberá la correspondiente propuesta ser informada por parte de la Consejería de Economía y Hacienda, versando dicho informe sobre su adecuación, tanto material como formalmente, a la legalidad vigente.

3. Lo previsto en la presente disposición será de aplicación a cuantos procedimientos y actuaciones se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la presente Ley al amparo de lo previsto en el párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, de 2 de agosto».

La Comunidad Autónoma de Andalucía, con anterioridad a esta Ley, ya había aprobado el Decreto 295/2002, de 3 de diciembre, de desarrollo del régimen jurídico aplicable a las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía con pluralidad de entidades fundadoras, que contenía una regulación prácticamente idéntica.

²⁰ El Alto Tribunal, mediante Auto de 15 de julio de 2003, ha mantenido la suspensión del apartado 3 de la citada disposición adicional quinta de la Ley de Andalucía 10/2002. Uno de los argumentos principales para mantener la suspensión es, precisamente, que ya se han realizado actuaciones administrativas. Concretamente que la Caja de Ahorros de Córdoba se ha acogido a la legislación estatal (acreditando ante el Ministerio de Economía que la entidad fundadora directa era la Iglesia Católica), y ha obtenido, mediante Orden del Ministerio de Economía de 13 de marzo de 2003, la autorización de la modificación de sus Estatutos. «*De modo que si se levantara la suspensión de este apartado 3, podrían producirse, también aquí, situaciones «que podrían perjudicar de forma muy notable e irreversible los intereses patrimoniales y, sobre todo, corporativos de esta institución».* El Auto

La breve exposición que precede estas líneas evidencia la gravedad del conflicto existente entre la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Estado sobre las Cajas de fundación católica. No se entra aquí en la constitucionalidad de la regulación estatal, en la desafortunada redacción de la disposición adicional segunda de la LORCA, que parece sostener una nueva «distribución competencial a la carta»²¹, ni en la difícil justificación que tiene el diferente trato que reciben las Cajas fundadas por la Iglesia Católica respecto del resto de Cajas de creación privada²². Basta con recordar dos cosas. Primera, la suspensión por el Tribunal Constitucional de la vigencia de la mayoría de normas que ha adoptado la Comunidad Autónoma andaluza en relación con las Cajas católicas. Segunda, es en este marco de conflicto y «politización» de estas entidades de crédito donde hay que situar, guste o no, la actividad inspectora que la Junta de Andalucía había iniciado en la Caja de Ahorros de Córdoba.

2.- La incompetencia sobrevenida de la Junta de Andalucía y las vías de hecho

La Junta de Andalucía, ya se ha visto, había iniciado una actividad inspectora de carácter general en la Caja de Ahorros de Córdoba. Esta entidad

de 15 de julio de 2003 añade que, sin embargo, «este criterio no cabe extenderlo a los apartados 1 y 2 de la misma disposición adicional, pues suspendido el apartado 3, lo dispuesto en ellos no afecta a ninguna actuación administrativa ya realizada (...) Por lo cual cabe acceder al levantamiento de la suspensión de los apartados 1 y 2 de dicha disposición adicional».

El Tribunal Constitucional, en fin, también ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 5094-2003, planteada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba, en relación con esta disposición adicional 5ª de la Ley de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre (BOE de 9 de marzo de 2004).

²¹ En cuanto que la aprobación de los Estatutos, de los Reglamentos que regulen la designación de miembros de los órganos de gobierno y del presupuesto anual de la obra social, según la disposición adicional segunda, serán competencia del Ministerio de Economía cuando se trate de Cajas de Ahorros cuya entidad fundadora directa sea la Iglesia Católica o las Entidades de Derecho Público de la misma y «así lo acredite la Caja interesada ante el referido Ministerio». Parece que si una Caja de Ahorros cuya entidad fundadora directa sea la Iglesia no quiere someterse a la competencia del Estado, interpretando la disposición *sensu contrario*, tiene suficiente con no acreditar su origen ante el Ministerio de Economía. Si la Caja no quiere acreditar su origen católico seguirá sometida a la competencia autonómica, si prefiere someterse a la competencia del Ministerio de Economía bastará con que demuestre que sus Estatutos recogen como entidad fundadora directa a la Iglesia Católica.

²² A. CASARES MARCOS, «La unidad de régimen jurídico de las Cajas...», *cit.*, p. 398, es rotunda cuando afirma que «independientemente de la oportunidad o conveniencia de la medida, adoptada a raíz del enfrentamiento de la entidad cordobesa Caja Sur con el Gobierno de Andalucía, lo cierto es que no parece haber razones de suficiente peso para romper la unidad tradicional de la naturaleza y del régimen aplicable a estas entidades».

de crédito aprovechó la nueva redacción de la disposición adicional segunda de la LORCA para acreditar ante el Ministerio de Economía que su entidad fundadora directa era la Iglesia Católica, aprobar la modificación de sus Estatutos (que serían posteriormente autorizados por el citado Departamento ministerial mediante Orden de 13 de marzo de 2003²³), y requerir de la Junta de Andalucía la cesación de la inspección que estaba llevando a cabo en la misma.

El argumento era de peso: la aprobación de la nueva regulación estatal y el sometimiento al control ministerial tanto de la organización como de la obra benéfico-social de la entidad de crédito cordobesa vaciaba de competencias a la Junta de Andalucía para seguir adelante con la inspección general que estaba llevando a cabo. La inspección general es una competencia instrumental de la que carece la Comunidad Autónoma andaluza en relación con esta Caja de fundación católica, que está sometida al control del citado Ministerio²⁴.

La atribución de competencias, tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional, *«debe entenderse como posibilidad de ejercicio inmediato de todas aquellas que para su ejercicio no requieran especiales medios personales o materiales»*²⁵. Así que la actividad inspectora era competencia del Ministerio de Economía. La inspección por la Junta de Andalucía constituía una vía de hecho (pues estaba realizándose *«por órgano manifiestamente incompetente»*²⁶), cuya fiscali-

²³ El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha promovido un conflicto positivo de competencia en relación con dicha Orden (conflicto número 3933-2003, BOE de 29 de julio de 2003).

²⁴ De acuerdo, entre otras, con la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1993, de 27 de mayo, *«la función de inspección, vigilancia y control (...) tampoco puede separarse de la competencia estatal sustantiva (...) ni de la inherente potestad sancionadora»*. Es una potestad instrumental.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1983, de 7 de abril. En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las Sentencia del Alto Tribunal 143/1985, de 24 de octubre, y 243/1993, de 15 de julio, siempre, claro está, en relación con las competencias reconocidas a las Comunidades Autónomas.

²⁶ La vía de hecho ha sido tradicionalmente definida, siguiendo al Profesor J. M^a. BAÑO LEÓN, "La actividad administrativa impugnada en la Ley Jurisdiccional de 1998", en *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en homenaje al Profesor José M^a Boquera Oliver*, tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 1440, como *«la actuación de la Administración que se produce en ausencia de todo procedimiento o por órgano manifiestamente incompetente»*.

zación la Ley 29/1998, tras algunas reclamaciones doctrinales²⁷, residencia en los órganos de este orden jurisdiccional²⁸.

²⁷ Entre las más destacables se encuentran, sin duda alguna, la de F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988, y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 16, que afirmó que «mediante la revisión por los tribunales contencioso-administrativos de los asuntos generados en una vía de hecho se conseguiría adecuar la naturaleza de estos asuntos, eminentemente pública, con la jurisdicción llamada a entender de los mismos, que es la contencioso-administrativa». El Profesor J. M^a. BAÑO LEÓN, ya tras la aprobación de la Ley 29/1998, «La actividad administrativa impugnada en la Ley jurisdiccional de 1998», en *Puntos críticos en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial II, 2000, p. 301, sostuvo que era «plenamente lógico que el juez administrativo controle también las ilegalidades más groseras de la Administración y no tiene ningún sentido que se atribuya a los jueces civiles».

En contra de la atribución de la competencia a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se manifestó F. SAINZ MORENO, «Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo», *Revista de Administración Pública* n^o 123, septiembre-diciembre 1990, pp. 340-341, que sostuvo que seguía «siendo preferible, para la plenitud de la tutela judicial efectiva, mantener y reforzar en la jurisdicción civil (GONZÁLEZ PÉREZ) la garantía de la propiedad y de las libertades públicas cuando resultan perturbadas por hechos que se realizan al margen del derecho administrativo».

²⁸ La doctrina no acaba de ponerse de acuerdo sobre la subsistencia de la vía interdictal civil contra las vías de hecho administrativas. Algunos autores, como J. M^a. BAÑO LEÓN, «La actividad administrativa impugnada...», *cit.*, p. 303, sostienen que si se «atiende a la LOPJ forzosamente habrá que llegar a la conclusión de declarar la incompetencia de jurisdicción siempre que se trate de actuaciones materiales de la Administración que constituyan vía de hecho, pues la ley orgánica no ha previsto excepción a este supuesto»; R. PARADA, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 731, también afirma que esta modalidad del recurso contencioso-administrativo «viene a sustituir a los inseguros interdictos ante el juez civil», aunque una página después se pregunta si la regulación de la vía de hecho «¿sustituye a los interdictos ante los jueces civiles o es compatible y simultaneable con ellos?». S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 242, defiende que «el control civil no quedaría tanto prohibido o derogado como latente o inoperante». Otro sector doctrinal mantiene, por el contrario, que sigue abierta la vía civil para impugnar las vías de hecho administrativas cuando supongan una lesión de derechos reales. Así, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T-R FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, sexta edición, 1999, pp. 269-270; también de estos autores *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, undécima edición, 2002, pp. 811-812, o del Profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho público a comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 83; F. LÓPEZ MENUDO, «Las vías de hecho», en www.iustel.com, Materiales para el estudio del Derecho; M. SÁNCHEZ MORÓN, en su comentario del recurso contra la vía de hecho, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, directores J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 204-205; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 327; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 251.

Nótese que, al margen de estas discrepancias doctrinales, existen numerosas sentencias que tras la Ley 29/1998 reconocen la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de las de-

La entidad de crédito cordobesa requirió el cese de la actividad pero dicho requerimiento fue desestimado por la Consejería de Economía y Hacienda. Contra esta desestimación se interpuso, conforme al artículo 30 de la Ley 29/1998, recurso contencioso-administrativo. En dicho recurso, además, se solicitó la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la actividad inspectora en Cajasur.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, mediante Auto de 12 de abril de 2003, acordó la adopción de la medida cautelar solicitada por la Caja de Ahorros de Córdoba: «*la suspensión de la actividad inspectora en CAJASUR ordenada por la Consejería de Economía y Hacienda*».

III. LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

La importancia del Auto del TSJ de Andalucía es indiscutible. Constituye una aplicación de la novedosa regulación que se contiene en la Ley Jurisdiccional de 1998 sobre las medidas cautelares en los casos de vías de hecho y, además, en un tema especialmente sensible y conflictivo que nada tiene que ver, al menos en sentido jurídico estricto, con la protección de derechos reales²⁹.

mandas interdictales contra la Administración. Por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 8 de mayo de 1999; Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 26 de octubre de 1999; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 11 de mayo de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 18 de octubre de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 22 de enero de 2001; Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 9 de febrero de 2001; Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 17 de octubre de 2002; Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de 4 de noviembre de 2002; Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de mayo de 2003; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 19 de junio de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 3 de septiembre de 2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 4 de mayo de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 23 de julio de 2002; incluso el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de febrero de 2001, aunque reconoce la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las vías de hecho de la Administración, recuerda que «*la presente controversia se planteó y agotó antes de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, y por lo tanto de lo dispuesto en su artículo 30*».

Frente a esta posición generalizada de las Audiencias Provinciales, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en Sentencia de 29 de enero de 2001, sostuvo que subsistía la vía interdictal civil, pues «*desde la promulgación de la nueva Ley Jurisdiccional de 1998 se institucionaliza el proceso contencioso-administrativo frente a las vías de hecho –artículos 30 y 46.3– sin que se haya suprimido la posibilidad de acudir a la vía interdictal*».

²⁹ F. LÓPEZ MENUDO, “Comentario al artículo 30 de la Ley 29/1998”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 100, octubre-diciembre 1998, p. 318, ya destacó que una de las diferencias del nuevo recurso del artículo 30 con los interdictos civiles es que «su ámbito material no se circunscribe estrictamente a la protección de derechos reales».

1).- La vía privilegiada del artículo 136.1 LRJCA

La resolución judicial del TSJ de Andalucía reconoce, como no podía ser de otra forma, que el artículo 136 de la Ley 29/1998 es «una vía privilegiada de suspensión» en que «el legislador ha optado por otorgar la suspensión como principio de partida»³⁰. En efecto, la adopción de medidas cautelares en los supuestos de vía de hecho constituye la norma general, ya que el citado precepto exige que se adopten dichas medidas salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones del artículo 30 o aquellas medidas ocasionen una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La adopción de las medidas cautelares únicamente puede denegarse por alguno de los dos motivos citados. El primer supuesto, sin embargo, no puede darse nunca. Mejor dicho, de apreciarse en un caso determinado no es ya que impida la adopción de la medida cautelar es que, sencillamente, debe llevar aparejada la inadmisibilidad del recurso. Interpretación que confirma el Auto del TSJ de Andalucía, donde se mantiene que este motivo «no fue apreciado por este Tribunal, tras examinar las alegaciones de las partes sobre la admisibilidad del recurso contra la vía de hecho que determinara la prosecución del recurso al no ser evidente que la actuación administrativa se produjera dentro de la competencia, por existir una nueva regulación legal (Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas del Sistema Financiero que ha modificado la Disposición Adicional 2ª de la LORCA)».

Es decir, cuando se impugna una actuación de la Administración, como en este caso, por falta de competencia constitutiva de vía de hecho, a menos que se declare la inadmisibilidad del recurso, a la hora de adoptar las medidas cautelares únicamente acabará valorándose si éstas causan grave perturbación. El cese provisional de la actuación recurrida, como mantuvo SÁNCHEZ MORÓN, «prácticamente se impone siempre que el recurso se admita y salvo que de ella pudiera derivarse perturbación grave de los intereses generales o de tercero»³¹. Y es que, de acuerdo con el tenor literal de los artículos 51.3 y 136 LRJ-

³⁰ J. M^a. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.J. GONZÁLEZ RIVAS, G. SANCHO MAYO, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 506, en relación con la regulación del artículo 136 sobre la adopción de medidas cautelares afirman que «la razón que ha podido mover al legislador a otorgar este singular trato de favor al recurrente se deriva, a nuestro juicio, de la gravedad que para el Estado de derecho puede significar la vía de hecho. Esto es, la presencia de actuaciones administrativas desprovistas de las más mínimas garantías».

³¹ En su comentario del recurso contra la vía de hecho en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, directores J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 209.

CA, lo que debe ser evidente tanto para la inadmisibilidad como, lógicamente, para rechazar la medida cautelar, es que la actuación se haya realizado por órgano manifiestamente competente. Parece que si hay alguna duda sobre esta competencia, como ocurre en el caso de Cajasur, debe admitirse el recurso y, por supuesto, adoptarse la medida cautelar solicitada³².

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 12 de abril de 2003, en fin, tampoco aprecia en el caso concreto «una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, porque la adopción de la medida no supone que la actividad de la entidad no sea controlada o inspeccionada, sino que lo será por el Ministerio de Hacienda a quien pueden remitirse las actuaciones llevadas a cabo por la Consejería de Economía y Hacienda para su continuación», de modo que, como ya se sabe, acuerda la medida cautelar solicitada.

2).- La preeminencia de la autotutela administrativa en el Ordenamiento español

Interesa destacar, sentado lo anterior, la diferencia, clara y muy significativa, entre la vía privilegiada del artículo 136.1 LRJCA y el régimen general de las medidas cautelares jurisdiccionales. Frente a la «suspensión como principio de partida», en el régimen general, consagrado en el artículo 130 LRJCA, las medidas cautelares únicamente pueden acordarse «cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» y no se produzca «perturbación grave de los intereses generales o de tercero».

La regla general, fuera de los casos de inactividad o vía de hecho, es la no adopción de medidas cautelares. El legislador estatal, pese a las reclamaciones doctrinales y la relevancia constitucional directa del régimen de las medidas cautelares³³, sigue primando la autotutela administrativa, la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos de la Administración.

³² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T-R FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, sexta edición, 1999, p. 629, también recuerdan que en los supuestos del artículo 136 la medida cautelar sólo debe denegarse «cuando resulte "evidente" la inadmisión final del recurso».

La otra interpretación posible del artículo 136.1, aunque tampoco se deduce del Auto del TSJ de Andalucía, es que la «evidencia» hay que enmarcarla en el ámbito de la pieza separada de suspensión. Se trataría, más que de una «evidencia», de una apariencia de actuación conforme a Derecho por parte de la Administración, pues no debe olvidarse que incluso es posible solicitar las medidas cautelares antes de la interposición del recurso (de acuerdo con el propio artículo 136.2), por lo que exigir «la evidencia» es tanto como negar la virtualidad de este supuesto para desestimar la medida cautelar solicitada.

³³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, undécima edición, 2002, pp. 533-534.

La exposición de motivos de la LRJCA se refiere a que la adopción de medidas provisionales «no debe contemplarse como una excepción», pero la mera lectura del artículo 130 de la Ley 29/1998 confirma que la realidad normativa es muy distinta. Se trata de una regulación «muy limitativa en cuanto al fundamento o causa en que el juez puede apoyar la medida cautelar»³⁴, que ni siquiera contempla la doctrina del *fumus boni iuris* en el citado artículo 130³⁵. No debe extrañar que, como apunta buena parte de la mejor doctrina, los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sigan aferrados a la regla de no suspender los actos impugnados³⁶, pues, insistimos, esa constituye la regla general en la Ley jurisdiccional y, en general, en nuestro Ordenamiento jurídico³⁷.

En fin, que de poco sirve que el Tribunal Constitucional, entre otras en las Sentencias 78/1996, de 20 de mayo, y 1999/1998, de 13 de octubre, haya reconocido la necesidad de intervención judicial previa a la ejecución forzosa

³⁴ R. PARADA, *Derecho Administrativo I, parte general*, Marcial Pons, Madrid, duodécima edición, 2000, p. 749.

³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, undécima edición, 2002, p. 589, sostienen que la suspensión debe otorgarse «cuando exista en quien la pide una apariencia de buen derecho y debe denegarse en caso contrario». F. GARRIDO FALLA, con la colaboración de A. PALOMAR OLMEDA, y H. LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo, vol. III, La Justicia...*, cit., p. 400, también critica la omisión de las referencias a la doctrina del *fumus boni iuris* en la Ley jurisdiccional, aunque defiende que los jueces y tribunales pueden tener en cuenta este criterio como uno más. Al igual que J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo, vol. II*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 683, y L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, undécima edición, 2000, p. 527. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., p. 621, recuerda que la doctrina del *fumus* no fue recogida en la LRJCA pero que sí lo hizo la LEC en su artículo 728, pero admite que la «jurisprudencia del Tribunal Supremo limitó enseguida los términos en que dicha doctrina puede ser utilizada».

³⁶ F. GARRIDO FALLA, con la colaboración de A. PALOMAR OLMEDA, y H. LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo, vol. III...*, cit., p. 397. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo, vol. II*, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, segunda edición, 2000, p. 681.

³⁷ Recuérdese que también en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, prima la ejecutividad y ejecutoriedad sobre la adopción de medidas cautelares, ya que, según su artículo 111, «la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado», a menos, claro está, que «la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley», que constituye una excepción a la regla de la eficacia inmediata.

de los actos administrativos cuando los ciudadanos no están conformes si, como está comprobándose, las causas que pueden justificar la adopción de una medida cautelar concreta, excepto en los supuestos de inactividad o vías de hecho, están muy limitadas por la legislación.

IV BREVE RECAPITULACIÓN

Esta resolución jurisdiccional invita a reflexionar, más allá del problema concreto de las Cajas de Ahorros de fundación católica, que también, sobre la conveniencia, como sostienen los Profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, de ampliar las causas de suspensión de los actos impugnados³⁸. Urge, desde luego, recoger expresamente la doctrina del *fumus boni iuris*, pero también destacar la contradicción entre la proclamación de la exposición de motivos de la Ley 29/1998 y la realidad normativa, que está llevando a una interpretación restrictiva en la adopción de medidas cautelares por los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos³⁹. Incluso, dando el paso que propone el Profesor MUÑOZ MACHADO, podría abrirse un debate sobre la necesidad de seguir manteniendo la ejecución forzosa por la Administración como una prerrogativa general y característica de nuestro sistema administrativo⁴⁰.

Sólo después cabría preguntarse, como sostuvo CHINCHILLA MARÍN, «si no hubiese sido más oportuno establecer un régimen jurídico único y común para todas las medidas cautelares, y dejar en manos de los órganos judiciales la tarea de establecer las diferencias que las circunstancias singulares del recurso reclamen en cada caso»⁴¹.

³⁸ *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, undécima edición, 2002, p. 529.

³⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo. II*, Civitas, Madrid, octava edición, 2002, pp. 642-643.

⁴⁰ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., p. 611.

⁴¹ C. CHINCHILLA MARÍN, "La tutela cautelar", en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, directores J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 590. De esta misma opinión es A. B. GÓMEZ DÍAZ, "Recurso contra vías de hecho: una regulación peligrosa y problemática", *Revista de Administración Pública* nº 151, enero-abril 2000, p. 238.

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. DERECHOS Y LIBERTADES. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS. IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. FUENTES. VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. VII. ECONOMÍA Y HACIENDA. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas.

II. DERECHOS Y LIBERTADES

A. Derechos fundamentales y libertades públicas.

1. Sentencia 48/2003, de 12 de marzo (BOE de 14 de marzo). Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 16.1 y 22.1.

otros:

Objeto: Determinados preceptos de la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.

Materias: Partidos políticos. Libertad ideológica. Libertad de expresión y de información. Derecho de asociación.

La primera cuestión a dilucidar es si la existencia de los partidos políticos, como institución distinguible y con régimen jurídico propio respecto de las

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO.

asociaciones, pueden tener, a su vez un régimen específico en relación con la existencia de límites y condiciones adicionales.. Un partido (político) es una forma peculiar de asociación, como se dijo en la STC 3/1981, mas ello no agota su naturaleza política, el art. 6 hace de ellos la expresión del pluralismo político e instrumento fundamental de la participación política de la ciudadanía. La relevancia de su función explica que la propia Constitución les demanda y exija que su estructura interna y funcionamiento sean democráticos (STC 10/1983). Se trata de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones. Por otra parte, la apertura del ordenamiento a cuantas opciones políticas puedan y quieran nacer constituye un valor digno de protección. La creación de partidos es libre y se somete al principio del menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos. Su disciplina constitucional se articula sobre el reconocimiento de un derecho subjetivo público de los ciudadanos a constituir partidos políticos (STC 85/1986). Mas concluir que los partidos políticos sólo están sometidos a las limitaciones del art. 22, sería tanto como admitir que las previsiones del art. 6 CE se agotan en el contenido de una norma no sancionada. La regulación de aquellos límites o disposiciones diversas de las propias de las asociaciones, deberán respetar los límites de este precepto: poseer estructura y funcionamiento democrático, así como respetar ls cometidos allí enumerados como definidores de un partido político. La siguiente de las objeciones que se afrontan gira en torno a la calificación de las *sanciones* que se contienen en la reforma de la ley. Se entiende que se produce un solapamiento del CP, sancionándose, *además*, la actividades de quienes no cumplieren con el concreto orden constitucional a cuyo servicio se consagra la Ley en términos de democracia militante. Por lo que se refiere, en concreto, al art. 9.3 se considera que se incurre en una vulneración del principio de proporcionalidad. Por lo que se refiere a la objeción de incurrir en una vulneración del principio *non bis in idem*, sólo cabe recordar que de vulneración del principio sólo puede hablarse en un sentido impropio, cuando se imputa al simple plano normativo. De otra parte, las medidas que se adopta no tienen necesariamente el carácter punitivo que se le imputa. La disolución e ilegalización antes que a un fin propiamente retributivo responden a una finalidad de garantía de que su actuación respeta las condiciones definidoras de los partidos en su aspecto de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones. El art. 9 de la LOPP se refiere al simple respeto de los valores constitucionales, por lo que la medida de ilegalización sólo se producirá cuando la actividad de la organización política vulnere los principios democráticos. Se afirma la falta de coincidencia absoluta entre lo que se recoge en el art. 9.2 y la regulación del CP, lo que desdeña la posibilidad de hablar de solapamiento. Se subraya que en la norma no se hace referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. El art. 9.3 exige una interpretación sistemática de modo que debe entenderse que en las conductas ahí descritas han de concurrir los rasgos genéricos a que se refiere el apartado 2. Es-

te modo de proceder interpretativo permite descartar que se hayan vulnerado las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información. En este sentido, se recuerda la filosofía que ya impregnaba la STC 136/1999, que se puede concretar en la idea de que la tutela frente al terrorismo comporta un coste en la determinación de la conducta. Finalmente, ninguna de las conductas descritas determina aisladamente la disolución; la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista pone en peligro la subsistencia del sistema democrático: ambas consideraciones abonan la idea de que no será inconstitucional una medida que rechaza la posibilidad de la existencia de un partido político que ataca al pluralismo. La norma impugnada en atención a su apariencia de ley especial es argumento inatendible. Su generalidad y abstracción hacen de la misma expresión de un correcto ejercicio de la función normativa. No se considera contrario al orden constitucional que el legislador orgánico haya reservado a los españoles el derecho de crear partidos políticos, sin embargo es restricción que ha de ser interpretada en términos estrictos, en la medida en que no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos ya constituidos ni traducirse en una limitación de sus derechos como afiliados. Tampoco se considera desproporcionada la norma legal que impide ser promotor de un partido político a aquellas personas penalmente condenadas por asociación ilícita, mientras no estén judicialmente rehabilitados. Por lo que se refiere a la impugnación relativa al ejercicio del control por parte del Ministerio del Interior mediante el necesario registro e inscripción del partido político se recuerda la doctrina del TC (S 85/1986 y 3/1981) en el sentido de interpretar constitucionalmente conforme el sistema de previa inscripción en un Registro público con el alcance de un control formal externo de naturaleza estrictamente reglada, sin conferir al Ministerio prestada discrecional alguna. Tal es el caso de la LOPPP, por lo que no procede reproche constitucional alguno. Por último, asimismo se rechaza que tal potestad discrecional exista en relación con la posibilidad de que la Sala que llegó a la consideración de la disolución de un determinado partido político así mismo lo concluya respecto de aquél que se considere sucesor o continuador, tal competencia es propia de la Sala que dictó la Sentencia que es quien debe apreciar tal circunstancia. Que la Administración puede excitar tal declaración judicial no es concederle una actividad más allá de los límites que en la doctrina del TC ya han quedado establecidas en relación con el control de los partidos políticos.

2. Sentencia 64/2003, de de 27 de marzo (BOE de 16 de abril). Ponente: Cachón Villar (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 14; 24.1; 117.3.

otros:

Objeto: Determinados preceptos de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en su redacción dada por la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Materias: Igualdad ante la ley. Derecho a la tutela judicial efectiva. Potestad jurisdiccional.

Se considera contrario al art. 24.1 el sistema indemnizatorio de carácter cerrado instituido por la nueva norma en la medida en que se impide la individualización de los daños efectivamente causados lo que puede constituir privar al perjudicado por un accidente de circulación de que si situación real sea efectivamente valorada por el órgano judicial. Asimismo se considera vulnerado el principio de igualdad por cuanto se produciría una discriminación entre los daños personales producidos por accidentes de circulación respecto de aquéllos que tienen lugar por otras causas, siendo diversas las indemnizaciones, al objetivarse aquéllas a que dan lugar los primeros. Dentro de éstas asimismo se considera contrario al principio de igualdad que se produzcan distinción atendiendo a que el accidente sea consecuencia de la acción dolosa, así como cuando el daño generado afecte exclusivamente a los bienes materiales. Se aprecia, de otra parte, falta de concreción de las consecuencias derivadas del hecho concreto a que da lugar la formulación de la cuestión de constitucionalidad. Se recuerda la doctrina del TC sobre el juicio de aplicabilidad (SSTC 17/1981 y ATC 380/1996), de cuya aplicación se considera que los preceptos cuestionados son los efectivamente aplicables al caso. Sin embargo la complejidad del supuesto que aquí se plantea, la indeterminación de los Anexos que aquí serían de aplicación y la concreción de sus interconexiones, determina que la defectuosa formulación del juicio de aplicabilidad que se aprecia no pueda ser subsanada por el TC en una función que determinaría, al cabo, una improcedente labor de sustitución de la tarea del tribunal que realiza la cuestión. El juicio de relevancia no se puede considerar efectivamente exteriorizado, no apreciándose en el Auto de proposición esquema argumental alguno dirigido a probar que el fallo depende de la constitucionalidad de las normas cuestionadas. Se inadmite, por tanto, la cuestión planteada.

B. Derechos y deberes de los ciudadanos.

1. Sentencia 63/2003, de 27 de marzo (BOE de 16 de abril). Ponente: Delgado Barrio (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 31.3; 133.1

otros:

Objeto: Determinados artículos de la Ley 18/1985, de 1 de julio que modifica la Ley de régimen financiero de los Puertos y art. 26 de la Ley 8/1989, sobre tasas y precios públicos.

Materias: Reserva de ley en materia tributaria y de prestaciones patrimoniales de carácter público. Potestad tributaria del Estado.

Se considera que la remisión en blanco que en las normas cuestionadas se hace a su desarrollo reglamentario vulnera el principio de reserva de ley que se consagra en los arts. 31.3 y 133.1 CE. No es óbice que se trate de prestaciones patrimoniales de carácter público a cuya categoría ya la STC 185/1995 extendió el ámbito de aplicación de esta reserva sin circunscribirla a la de tributos. El canon objeto de la impugnación constituye una prestación patrimonial de carácter público y es incluíble entre las afectadas por la garantía que se consagra en el art. 31.3 CE. Se hace aplicación de la doctrina del TC en relación con la eventual pérdida del objeto del proceso por modificación sobrevenida de las normas aplicables (SSTC 111/1983; 199/1987; 168/1993; 168/1993; 385/1993) y se concluye que la presente cuestión no ha perdido su objeto no obstante las modificaciones que en el ordenamiento se han producido en virtud de la STC 185/1995. La reserva de ley del art. 31.3 no se circunscribe a la categoría constitucional de *tributo* sino que alcanza a la más amplia de *prestación patrimonial de carácter público*, categoría más amplia dentro de la que aquéllos se integran (STC 185/1995 y 182/1997). El canon enjuiciado entra dentro de la segunda de las categorías por lo que le es de aplicación el régimen de la reserva de ley que se consagra en la CE en los arts. 31.3 y 133.1. En relación con el mismo ya la STC 185/1995 estableció la posibilidad de que la norma reglamentaria *colaborase* con la norma legal en la determinación de los elementos cuantitativos del tributo, siempre dentro de ciertos límites. Por consiguiente convendrá comprobar si se han establecidos los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que ha de fijar el *quantum* de dichos cánones. Los establecidos en la norma cuestionada no parecen contener criterios idóneos para cuantificar las prestaciones tributarias de forma que se garantice una decisión *suficientemente predeterminada*. La Ley no establece límite máximo a la cuantía de los cánones, cuya fijación se deja a la entera libertad de los órganos administrativos. El establecimiento de ese límite máximo es absolutamente necesario para considerar respetado el principio de reserva de ley. Por el contrario, el amplísimo margen de libertad arbitrado implica una habilitación indeterminada que permite desbordar los límites de la denominada *colaboración reglamentaria* (STC 185/1995) y vulnerar, por ello, la garantía ínsita en la reserva de ley consagrada en los arts. 31.3 y 133.1 CE.

VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

A. Comunidades Autónomas.

B.2. Competencias.

1. Sentencia 1/2003, de 16 de enero (BOE de 19 de febrero). Ponente: Casas Baamonde (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 103.2 y 149.1.18^a

otros:

Objeto: Determinados preceptos de la Ley 5/1995, de 29 de abril, de la Asamblea de Extremadura, por la que se modifican otros de del TR de la Ley de la función pública de Extremadura, aprobado por Decreto legislativo 1/1990, de 26 de julio.

Materias: Estatuto de los funcionarios públicos: reserva de ley. Su régimen: bases.

La resolución de la cuestión planteada pasa por plantear tres problemas diferentes lógicamente engarzados: la naturaleza de la norma estatal, más concretamente, si tiene naturaleza de básica; en segundo lugar si se produce una discordancia entre la norma estatal y la autonómica objeto de la cuestión y, finalmente si tal disconformidad, en su caso, es inadmisibile constitucionalmente. Se parte de la idea de que las cuestiones controvertidas, desde el punto de vista sustantivo, es decir, la relativa a la pérdida de la condición de funcionario, de una parte, y, de otra, las diversas situaciones que pueden acaecer a la largo de la vida del funcionario son aspecto claramente integrable dentro del concepto constitucional de *estatuto de los funcionarios públicos* (STC 99/1987, FJ 3; STC 37/2002, FJ 8). De otra parte conviene asimismo recordar que la regulación formal de ese *estatuto* está reservada a la ley. Se tratará ahora de determinar qué legislador es el competente para desarrollar mediante esa fuente los dos aspectos esenciales que forman parte, según se ha establecido, del estatuto de los funcionarios. La respuesta a esa cuestión se encuentra en el art.149.1.18 CE: el Estado tiene atribuida esa competencia exclusiva para el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. A la Comunidad Autónoma le corresponderá la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución (STC 37/2002, FJ 8). Un análisis de las diversas fases por la que ha pasado la regulación estatal de la primera de las cuestiones suscitadas permite afirmar que su regulación preconstitucional no puede considerarse básica, que mediante la regulación postconstitucional sólo a parte debe atribuírsele esta caracterización (art. 33 de la Ley 30/1984). A su vez ha de tenerse en consideración otro dato sobrevenido que resulta esencial para la resolución de

estas cuestiones. La legislación estatal sobre la materia ha sufrido sucesivas modificaciones con un diverso contenido que puede ser así explicitado, si bien a la luz de la ley 30/19884 la incompleta regulación de la cuestión en la norma estatal amparaba y no podía considerarse extralimitadora de sus competencias a la ley autonómica, la posterior reforma de aquélla por la Ley 13/1996 modifica el panorama de forma sustancial, sin olvidar que el precepto esencial de esa modificación, a los fines de la resolución de esta cuestión, debe considerarse que continúa teniendo la consideración de básico. Procederá ahora llevar a cabo la labor de contraste entre la normativa estatal y la autonómica, teniendo en cuenta, además, que aquélla fue modificada con posterioridad a la promulgación de la autonómica, debiendo proceder a esa labor de contraste con al normativa vigente en el momento de resolverse la cuestión planteada. Teniendo en cuenta esta última consideración convendrá apreciar, como punto de partida que la consecuencia jurídica de la falta de solicitud de ingreso estaba regulada de forma diferente en al legislación estatal y en la autonómica, al igual que ocurría en relación con la consecuencia jurídica de que un funcionario en situación administrativa de excedencia forzosa incumpliese determinadas obligaciones. Mas tales diferencias, en el momento de dictarse la ley autonómica podían considerarse perfectamente legítimas desde el punto de vista constitucional. Con el transcurso del tiempo y atendiendo a las modificaciones que se han introducido en la norma estatal tales divergencias ha dejado de poder considerarse conformes o legítimas. Las nuevas bases del régimen estatutario ya no pueden considerarse compatibles con la regulación derivada de la ley autonómica. La nueva regulación estatal contenida en la ley 13/1996 lo impide. Se aprecia la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas cuestionadas con las nuevas bases en materia de régimen estatutario, al tiempo que se reafirma la doctrina del TC en el sentido de que la normativa estatal que ha de ser tenida en cuenta como elemento de contraste respecto de la autonómica en procesos constitucionales de control de eventuales excesos competenciales ha de ser la vigente en el momento de adoptarse la decisión por parte del TC, como ya se hizo en las SSTC 28/1997 y 170/1989, FFJJ 2 y 3, respectivamente. Supuesto la especial situación que ha hecho enjuiciada se considera conveniente declarar que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad han de ser declarados a partir de la fecha de la entrada en vigor de la norma estatal de la que aquélla se deriva, es decir, desde la entrada en vigor de la Ley 13/1996, lo que de otra parte es ya doctrina, asimismo, mantenida por el TC desde su STC 27/1987, FJ 9.

2. Sentencia 16/2003, de 30 de enero (BOE de 5 de marzo). Ponente: Delgado Barrio (Recursos de inconstitucionalidad acumulados. Conflictos de competencia acumulados).

Preceptos constitucionales: DA Tercera

otros:

Objeto: Determinados preceptos de la Ley 38/1992 y normas reglamentarias de desarrollo.

Materias: Tributos cedidos. Régimen económico y fiscal de Canarias.

Se plantean una serie de cuestiones relacionadas con el Impuesto especial sobre determinados medios de transportes (IMT) y sus normas reglamentarias de desarrollo. Se suscitan en relación con el mismo, cuestiones de índole tanto material como formal, así como de índole competencial. Se vulneraría con el establecimiento de este ITM, en el ámbito territorial de la Comunidad Canaria, el principio de franquicia fiscal sobre el consumo supuestamente garantizado por la DA Tercera CE, así como por el art. 46.1 EACan. Se consideran vulneradas las reglas del procedimiento legislativo de establecimiento de esta norma en relación con esta Comunidad Autónoma, asimismo establecido por la citada DA Tercera CE y por el art. 46 EACan. Se reivindica la titularidad de la competencia autonómica de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de procedimiento económico-administrativo; finalmente, se reclama la titularidad del Gobierno canario en relación con la competencia autonómica de gestión de los tributos cedidos. La primera de las cuestiones a resolver está circunscrita al sentido y significado de la DA Tercera CE. Se ha planteado que en ella se contiene una garantía institucional cuyo núcleo indisponible se concreta en la previsión del art. 46.1 EACan. En aplicación de esta interpretación, tal precepto configura un régimen económico y fiscal basado en la libertad comercial, la franquicia aduanera y la franquicia sobre el consumo. Se considera vulnerada por el ITM, precisamente, ésta última. Es doctrina del TYC que la DA Tercera partiendo de la existencia de una régimen económico y fiscal previo, incorpora a la evidente viabilidad constitucional de su modificación por el Estado, la exigencia de un previo informe autonómico. Para su interpretación es necesario acudir al principio de *unidad de Constitución*, a cuyo fin es necesario ponerla en relación con el art. 138.1 CE que expresa claramente la finalidad del meritado régimen y su carácter evolutivo, nota ésta claramente definida en el citado precepto cuando se hace referencia a las *circunstancias del hecho insular*, siendo éste inmutable y aquéllas susceptibles de ser atemperadas, de ahí esa nota de carácter evolutivo que se predica. De otra parte el régimen fiscal canario se integra en el sistema general del Estado que ha de velar por el establecimiento de un equilibrio económico entre las diversas partes del territorio español (art. 138.1 CE), lo que se constituirá en nuevo elemento causal de ese carácter, como ya se puso de relieve en el FJ 11 de la STC 96/2002. Por lo que se refiere al art. 46.1 EACan cumple la función de configurar el supuesto de hecho de la norma jurídica contenida en la DA Tercera CE, en el se señalan las características esenciales que operarán como directrices que no son otra cosa que la *enunciación de las*

bases de aquel régimen económico fiscal (STC 35/1984, FJ 4), sin que en ningún caso pueda ser entendido como una garantía institucional de núcleo inmutable e indisponible. Desde esta perspectiva es afirmación del TC que el ITM no ha modificado significativamente el contenido del régimen económico y fiscal de Canaria, en la medida, además, en que es posible identificar un cierto elemento diferencial respecto del territorio nacional. La afirmación del carácter evolutivo que está en el núcleo del precepto abunda en la legitimidad del ITM que por el solo hecho de tratarse de un impuesto indirecto sobre el consumo en fase minorista no vulnera la garantía a que se ha aludido. Por lo que se refiere al trámite del previo informe, hay que señalar que éste fue evacuado, aunque su contenido fuera desfavorable, el TC considera que el informe preceptivo a que hace referencia el art. 46 EACan no permite afirmar que es vinculante cuando es desfavorable. Por lo que hace referencia a las consideraciones acerca de la ilegitimidad constitucional del ITM porque se atribuya su gestión al Estado, el TC considera que ni la DA Tercera, ni el art. 46 EACan, ni, finalmente, la DA Cuarta LOFCA o el art. 74 Ley 38/1992 abonan la conclusión de que la gestión del ITM sea competencia necesariamente de la Comunidad Autónoma; las normas citadas en ningún caso pueden ser interpretadas como normas de atribución de competencias; como tampoco lo es el citado art. 74 Ley 38/1992 por cuanto sólo atribuirá el rendimiento del tributo como consecuencia de la pérdida recaudatoria que supuso la reducción de los tipos del impuesto general indirecto canario, resultado de la aplicación de las disposiciones comunitarias. Por último, se reclama para la administración de la Comunidad Autónoma la gestión del impuesto en cuanto tributo cedido. Este carácter no es *esencial* sino que se producirá en virtud de disposición legal, que se produce de forma sobrevinida. En aplicación de la LOFCA la titularidad de las competencias en materia de gestión de tributos cedidos es siempre de índole estatal y se podrá delegar en la Comunidad Autónoma, lo que se produjo como consecuencia del nuevo sistema de financiación, sin que se haya verificado sino esa delegación en la titularidad de las competencias, que sigue, en todo caso, siendo estatal, sin que, además, tenga carácter irrevocable, como ya se sostuvo en la STC 192/2000. Por todo ello se declara que la competencia controvertida es de titularidad estatal.

VOTO PARTICULAR (García Manzano, Cachón Villar, Conde Martín de Hijas, Jiménez Sánchez, García Calvo y Montiel y Rodríguez-Zapata Pérez): Se disiente solamente de uno de los argumentos esgrimidos, no por tanto del Fallo de la Sentencia, en el FJ 9, que se considera realizado *obiter dicta*, por cuanto es argumento que no puede ser considerado trascendente ni siquiera como argumento complementario y que no alcanza en modo alguno el valor de un *dictum* argumentativo relacionado con las razones decisivas del fallo (STC 6/1991, FJ 4), por lo que carece de sentido incluirlo, al no haber sido, siquiera, objeto de argumentación por los recurrentes.

3. Sentencia 62/2003, de 27 de marzo (BOE de 15 de abril). Ponente: Casas Baamonde (Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas).

Preceptos constitucionales: 9.3; 14; 81; 150.2; DA Tercera.

otros:

Objeto: Determinados arts. de la Ley 20/1991, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico fiscal de Canarias.

Materias: Principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley. Leyes orgánicas. Leyes de transferencia o delegación. Régimen económico y fiscal de Canarias.

De entre las variadas cuestiones planteadas por el Tribunal ordinario acerca del impuesto general indirecto canario, el arbitrio sobre la producción e importación, así como la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma de la revisión de los actos dictados en aplicación de este arbitrio, en cuanto la misma se contiene en una ley ordinaria, cesión competencial lesiva del principio de seguridad jurídica en atención a la confusión normativa que introduce, el TC sólo admitirá la que hace referencia a la regulación del impuesto general indirecto canario, en tanto que el resto de ellas no cumplen con el requisito del imprescindible nexo causal entre su validez y la decisión a adoptar en el procedimiento judicial ordinario. La contradicción fundamental planteada se centra en la franquicia al consumo que se entiende garantizada –y con la norma vulnerada– en la DA Tercera CE. En ésta se considera establecida una garantía institucional de un régimen económico y fiscal especial, garantía con un núcleo esencial indisponible que se concreta en el art. 46 del Estatuto que vulnera el controvertido impuesto general indirecto al constituir un impuesto indirecto que grava el consumo en su fase minorista en la medida en que el reconocimiento de dicha franquicia supone la prohibición de impuestos estatales sobre el consumo. La controversia planteada, en parte se ha resuelto con la STC 16/2003 cuyo núcleo argumental esencial, a los efectos inmediatos, consiste en negar a la meritada DA Tercera CE un contenido inalterable del régimen económico y fiscal de las islas. Como ya se dijo con anterioridad (STC 32/1981), dicha disposición garantiza la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (FJ 3). El régimen económico y fiscal de Canarias a que ésa se refiere viene caracterizado por un conjunto de medidas heterogéneas de carácter evolutivo, en la misma cabe enuclear algunas características constantes: la concurrencia en su ámbito territorial de impuestos indirectos, cuya materia imponible ha sido el consumo y el comercio minorista; la exclusión de determinados productos de ese ámbito de imposición; finalmente, la atribución a los Cabildos de la gestión y del rendimiento de determinados impuestos y arbitrios. Todas esas notas tienen un denominador común u objetivo esencial: mantener una determinada presión fiscal indirecta diferenciada y me-

nor que en el resto del Estado y, hoy, que en el resto de la Unión Europea. Al igual que se dijo respecto del impuesto sobre determinados medios de transportes en la STC 16/2003, cabe afirmar ahora que el impuesto general indirecto canario no ha producido una modificación significativa en el contenido del régimen económico y fiscal de Canarias, sin olvidar la incidencia que en esta cuestión debe atribuirse a la progresiva introducción del arancel aduanero común en el ámbito canario en virtud del Reglamento CEE nº 1911/1991 mediante el que Canarias pasa a formar parte del territorio aduanero de la Comunidad. En este contexto cabe enmarcar la creación del impuesto general indirecto canario por la Ley 20/1991 con el fin de unificar la imposición indirecta canaria. De su análisis cabe derivar que se sigue produciendo un diferencial de tributación con respecto al resto del territorio nacional, así como la existencia de tributos de ámbito canario, cuya gestión y rendimiento es atribuido bien a la Comunidad Autónoma, bien a los cabildos. Aspectos todos caracterizadores del denominado régimen especial que en nada se ve afectado por el impuesto cuestionado, si, además, se tiene presente que siguen existiendo tributos de aplicación exclusiva en el archipiélago y subsisten otros destinados exclusivamente a la financiación de éste. La conclusión, en la línea mantenida en la STC 16/2003, es que el núcleo esencial del art. 46 del Estatuto tiene naturaleza evolutiva, que por su propia naturaleza no es definible *a priori*. Desde este corolario, es posible afirmar que el impuesto general indirecto canario no vulnera el régimen económico y fiscal de las islas a que se refiere la DT Tercera CE, ni, a su vez, puede considerarse que el núcleo esencial del art. 46 del Estatuto impide la existencia de impuestos indirectos sobre el consumo en fase minorista.

VII. ECONOMÍA Y HACIENDA

B. Presupuestos.

1. Sentencia 3/2003, de 16 de enero (BOE de 19 de febrero). Ponente: Gay Montalvo (Recurso de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 134.2

otros:

Objeto: Ley del Parlamento Vasco de Presupuestos para el ejercicio de 2002.

Materias: Principios de unidad y universalidad presupuestaria. Prórroga de los Presupuestos.

Para proceder a la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad convendrá tener presente la situación fáctica de la que se parte. Se impugna una norma del Parlamento Vasco (su Ley 1/2002) que tiene su origen en el ejercicio de la función presupuestaria y que se aprueba mediante el procedimiento especial previsto en el Reglamento de la Cámara para la aprobación de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma. Mas al tiempo, dicha norma, es un híbrido en el que se contienen, en parte, partidas que son el resultado del automático juego de la institución de la prórroga de una Ley de Presupuesto anterior, y de otras que han sido objeto de nueva incorporación. Se impugna también la propia norma en la medida en que no puede ser considerada propiamente una Ley de Presupuestos y, sin embargo, se ha tramitado siguiendo el procedimiento presupuestario legalmente establecido en el Reglamento de la Cámara. Por último, al incidir parcialmente la nueva norma, en parte, al menos, sobre una norma presupuestaria previamente prorrogada se vulnera el principio de seguridad jurídica. Al dificultarse la determinación del derecho vigente, impidiéndose conocer la cuantía y la naturaleza de los ingresos y gastos del período 2002. Siguiendo doctrina ya establecida en anteriores pronunciamientos del TC, se describe el régimen jurídico de la institución presupuestaria tanto en el ámbito del Estado como en el de la Comunidad Autónoma, que no necesariamente han de ser idénticos. Se establece que se produce esa identidad mediante un análisis del art. 134 CE, de la LOFCA y de las normas autonómicas, señaladamente el Estatuto, así como el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el régimen presupuestario de Euskadi. Del conjunto de la normativa analizada, se reafirma la existencia de una función específica, la presupuestaria, deslindable de la legislativa que está atribuida a las Cámaras y que tiene como objetivo fundamental aprobar la totalidad de los ingresos y gastos del sector público, constituyendo éste el contenido ineluctable de la norma presupuestaria, según acendrada doctrina constitucional (SSTC 27/1981; 65/1987; 76/1992; 178/1994; 171/1996; 203/1998; 234/1999; 274/2000; 62/2001; 109/2001; 67/2002). Mediante el ejercicio de esta función se cumplen, entre otros los siguientes objetivos: el aseguramiento del control democrático de la actividad financiera del Estado; la participación democrática en el ejercicio de la planificación económica del Gobierno y el control de la asignación de los recursos públicos. De otra parte ese control participativo y democrático ha de llevarse a cabo de forma cíclica, teniendo en cuenta que la norma presupuestaria tiene una *natural* vigencia temporal que se concreta en la *anualidad*. Característica que impondrá la existencia de una institución también *connatural* con aquélla: la de la prórroga de los del ejercicio anterior, en aquellos supuestos en los que, por diversas causas, no se lograra la aprobación de los Presupuestos para el nuevo ejercicio. El repaso de la normativa autonómica aplicable permite al TC afirmar que existe una identidad de régimen jurídico para los Presupuestos autonómicos respecto de las características esenciales enunciadas hasta ahora. Apreciada la meritada identidad, procede el TC a analizar la menciona-

da Ley autonómica 1/2002. Apreciará el TC que la Ley 1/2002 no es una Ley de Presupuestos, si se atiende al ya mencionado contenido esencial que su régimen jurídico analizado le atribuye, aunque fue el resultado del ejercicio de la función presupuestaria exclusivamente atribuida al Gobierno, es decir, la de elaborar unos Presupuestos a fin de que las Cortes, en el ejercicio de la mencionada función procediera a su examen, enmienda y aprobación, lo que sólo de forma fragmentaria e incompleta se logra, al fin. En su inicio, pues, a tenor de la apreciación del TC, la Ley 1/2002 responde a la dinámica presupuestaria, su tramitación parlamentaria continúa respondiendo a la misma, mas los diversos avatares de ésta y su propio contenido desnaturalizan esa apreciación pues dan como resultado una norma que sólo en parte contiene nuevas partidas presupuestarias y en otra no es sino el resultado del juego de la institución de la prórroga, corolario lógico de la naturaleza temporal de la norma. El resultado, no es otro que la existencia de una multiplicidad de leyes reguladoras de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio de 2002. Tal situación se considera incompatible con el régimen anteriormente descrito de la institución presupuestaria. Por producir una fragmentación de la institución presupuestaria contradictoria con el contenido de principios como el de unidad y universalidad, ínsitos en el meritado régimen jurídico de los Presupuestos. Asimismo es contrario al dicho régimen la posibilidad de unos Presupuestos sólo parcialmente prorrogados, como es el caso de la norma que analizamos. La prórroga debe realizarse en bloque, por lo que no cabe una prórroga parcial o sólo atinente a parte de las secciones presupuestarias. Como tampoco sería posible, visto el problema desde otra perspectiva que, supuesta la prórroga ante la inexistencia de la aprobación de la nueva norma presupuestaria, se modifiquen determinadas partidas mediante una Ley que no siendo propiamente presupuestaria produzca, o lo pretenda, los efectos que le son propios y exclusivos de aquélla. Dicha situación se considera vulneradoras del principio de seguridad jurídica.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. 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. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

SUSPENSIÓN DE LAS CONDICIONES DE LA AUTORIZACIÓN

Los sujetos de una concentración de empresas de telecomunicaciones solicitan la suspensión del acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se decide subordinar la operación a la observancia de una serie de condiciones garantizadoras de la defensa de la competencia.

“Las operadoras de cable recurrentes solicitan la suspensión de los dos acuerdos del consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002, por los que se decide subordinar a la observancia de condiciones la operación de concentración económica consistente en la integración de DTS de Televisión por Satélite SA (VÍA DIGITAL) en la sociedad SOGECABLE SA.

Por último, es indudable que el interés público prevalente en el presente caso es el de la defensa de la competencia y a su consecución ha de atender, como antes se dijo, la medida cautelar. Pues bien, los recurrentes aluden de un modo genérico a que el acto de autorización de la concentración perjudica este interés general. Sin embargo, no tienen en cuenta que hay una serie de condiciones a las que se somete la concentración, que mejoran en ese aspecto competencial la situación presente, llegando incluso a innovarla en los mercados concernidos favoreciendo la entrada de operadores -

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

condiciones 1ª, 2ª, 3ª, 9ª, 10ª, 11ª del primer acuerdo- restringiendo el régimen de exclusivas -condiciones 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 12ª del primer acuerdo, y 2ª, 3ª, 4ª, y 5ª del segundo acuerdo-, evitando acuerdos colusorios que falseen la competencia -condiciones 13ª, 14ª, 15ª, 19ª, impidiendo el ofrecimiento por paquetes -condición 16ª, y limitando los precios -condición 18ª-. Es decir, aun admitiendo que durante la sustanciación del procedimiento hasta su terminación la competencia efectiva en el mercado se viese afectada en algunos aspectos de los señalados por los recurrentes, existen otros en el que la misma se vería favorecida por los actos impugnados, lo que haría difícil la adopción de una medida cautelar de suspensión con base en la prevalencia de un aspecto sobre el otro, por no poderse ponderar cuál es el preferente. A este respecto es interesante resaltar, desde un punto de vista dinámico del mercado, que las ventajas que para los consumidores pudieran derivar de la concentración, mediante el traslado a ellos de las eficiencias que produce, se verían afectadas con la adopción de la medida cautelar, la que al propio tiempo afectaría en sus respectivas economías a las empresas concentradas.

En fin, el “periculum in mora” no puede significar que, de no adoptarse la medida cautelar, no podría lograrse la reproducción mimética de la situación previamente existente, pues si así fuera en estos temas de competencia en el mercado, la suspensión de los actos recurridos transformaría lo que es excepción en regla, al ser difícil por no decir imposible que se vuelva a una situación anterior de idénticas características a las existentes antes de la concentración. Es indudable que el dinamismo del mercado habrá ocasionado variaciones en la competencia durante el tiempo que tarde en resolverse el recurso y que será imposible reproducir el estado precedente, caso de sentencia estimatoria. Ahora bien, ello no implica sin más que se haya impedido alcanzar la finalidad legítima del recurso. Si ésta, en el caso presente, es evitar los daños que a la competencia se ocasionan con la concentración, puede decirse que al menos durante la sustanciación del recurso no se aprecia que éstos vayan a producirse de forma irreversible, y ello por las razones antes apuntadas; máxime cuando el artículo 17.1 de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reconoce que la concentración lleva implícita generalmente un efecto restrictivo de la competencia y a pesar de ello no la prohíbe, pero la palia mediante la posibilidad de establecer limitaciones. en este sentido, podrán, en efecto, como se apunta por los recurrentes, producirse alteraciones en la situación actual de los oferentes de contenidos, pero no puede inducirse que este cambio les impida encontrar vías de penetración de sus productos, ni que los consumidores deban asumir las consecuencias de los cambios de sistemas de acceso condicional”.

(STS de 16 de mayo de 2003. Sala 3ª, Secc. 3ª. Fdtos. J. 1º y 5º. Magistrado Ponente Sr. González González. Ar. 4428).

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

MOCIÓN DE CENSURA

La solicitud de convocatoria del Pleno municipal para debatir la moción de censura, no exige motivación expresa, por lo que su denegación por esta causa no es conforme a Derecho.

“El proceso de instancia, seguido por los trámites del procedimiento especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona, lo iniciaron varios concejales del AYUNTAMIENTO DE BRUNETE mediante recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de 24 de julio de 1997 del alcalde-Presidente de dicha Corporación Local que denegó la convocatoria de Pleno para debatir la moción de censura que fue presentada.

La sentencia aquí recurrida de casación estimó el recurso jurisdiccional y declaró que la resolución impugnada vulneraba el derecho fundamental previsto en el artículo 23 de la Constitución española -CE-.

Declaró para ello que eran de apreciar todos los requisitos exigidos para que proceda la tramitación de las mociones de censura en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (RCL 1985, 1463 y RCL 1986, 192) de Régimen Electoral General -LOREG- y en el Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre); y rechazó expresamente la falta de motivación reprochada al escrito de moción de censura razonando lo siguiente: “la motivación del escrito es innecesaria pues, por definición, siendo el fin de la presentación de una moción de censura la sustitución de la autoridad censurada, la razón no puede ser otra que el desacuerdo con la autoridad”.

Y tras lo anterior concluyó que la negativa del alcalde Presidente a convocar el Pleno impedía el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes legítimos.

El actual recurso de casación, interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE BRUNETE, ha sido declarado admisible únicamente en relación al segundo de sus motivos, que, expresamente amparado en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional de 1998, denuncia que fue denegado el recibimiento a prueba y hace constar que la prueba que se pretendía estaba referida a esta cuestión de hecho:

“si existían realmente motivos o no para la solicitud del pleno donde debatir y votar la moción de censura”.

Ese motivo de casación no puede ser acogido. Es acertado el razonamiento de la Sala de instancia de que motivación del escrito de proposición de la moción de censura resulta innecesaria, por lo que, siendo innecesaria la prueba dirigida a acreditar ese extremo, su denegación no puede considerarse incorrecta ni causante de indefensión.

En relación con lo anterior, es de reiterar lo que esta Sala viene declarado sobre el alcance y significación que ha de reconocerse a la moción de censura. Se ha subrayado la obligatoriedad para los alcaldes de la tramitación de las mociones de censura, por ser éstas en el sistema democrático el mecanismo para exigir la responsabilidad política de los gobernantes designados por los ciudadanos, y se ha resaltado que cualquier obstrucción a ese mecanismo altera el sistema de representación que constituye uno de los pilares básicos de nuestro sistema. De lo cual se desprende la injustificación de cualquier exigencia que no esté claramente establecida en el ordenamiento jurídico y se traduzca en una dificultad para la viabilidad del mecanismo democrático de que se viene hablando.

Por último, merece ser destacado que el texto constitucional en su artículo 113 tampoco incluye la exigencia de motivación para la proposición de la moción de censura; y que igual sucede en la nueva redacción dada al artículo 197 de la LOREG por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, precepto este último en el que aparece regulada la moción de censura que puede presentarse frente a los Alcaldes”.

(STS de 15 de mayo de 2003. Sala 3ª, Secc. 7ª. Fdtos. J. 1º y 2º. Magistrado Ponente Sr. Maurandi Guillén. Ar. 4080).

IV. BIENES PÚBLICOS

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

La concesión administrativa de saneamiento de la marisma otorgada antes de la Ley 22/88, contenía como cláusula condicional la dedicación de los terrenos a cultivo agrícola, por lo que el incumplimiento del título conlleva su caducidad, sin que podamos hablar de transformación del dominio público en propiedad privada.

“Se trata de un supuesto en el que, si bien el título no excluye expresamente la transformación del dominio público en privado ni el fin exige la persistencia de su naturaleza demanial, el objeto de la concesión no se reduce al saneamiento de la marisma sino también a que el terreno desecado se dedique a cultivos agrícolas, por lo que, según la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo y en contra de lo declarado por la Sala de la Audiencia Nacional, la relación concesional pervive, de manera que, en aplicación de lo establecido en la aludida Disposición Transitoria segunda 2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, no hubo transformación del dominio público en propiedad privada a pesar de haberse otorgado dicha concesión a perpetuidad, por lo que el motivo de casación examinado debe prosperar,

sin perjuicio de que, conforme a lo establecido por la disposición Transitoria segunda 2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y de acuerdo con el régimen jurídico aplicable con anterioridad a su entrada en vigor, puedan existir supuestos, en contra de la literalidad del precepto contenido en la Disposición Transitoria sexta, apartado tercero, del Reglamento general para su desarrollo, modificado por Real Decreto 1112/92, de 18 de septiembre, en los que, a pesar de no haberse previsto expresamente en la cláusula concesional la entrega de la propiedad de los terrenos afectados, se habría transformado el dominio público en propiedad particular, que no es el caso enjuiciado por la sentencia recurrida al contemplar el título concesional como finalidad no sólo la desecación y saneamiento de los terrenos sino también su destino a cultivos agrícolas.

En consecuencia, la Sala de instancia ha infringido, ciertamente, lo dispuesto en los artículos 3 y 4 y la Disposición Transitoria segunda, apartado 2, de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, mientras que ha interpretado correctamente el apartado tercero de la disposición Transitoria sexta del Reglamento general para desarrollo y ejecución de aquella Ley, introducido por el Real Decreto 1112/1992, de 18 de septiembre, al declarar que éste limita indebidamente los supuestos de desafectación del dominio público a aquellos en que así se recoja expresamente en las cláusulas concesionales, en contra de lo declarado por esta Sala TERCERA del Tribunal Supremo en su citada Sentencia de 8 de julio de 2002, según la cual, aun sin expresa mención en el título concesional, se reconoce la posibilidad de haberse producido la transmisión de la propiedad de los terrenos desecados al concesionario de las marismas en virtud de lo establecido en la Ley de Aguas de 1866 o de 1879 y conforme a lo dispuesto en Ley de 24 de julio de 1918.

La extinción de la concesión se ha producido por caducidad, al no cumplirse el fin mediato de la concesión, expresamente contemplado en el propio título habiéndolo así declarado la Administración en la resolución impugnada debido a que el terreno desecado de la marisma dejó de destinarse a usos agrícolas, instalándose en él una actividad industrial aunque así lo autorice la calificación urbanística del suelo, que no tiene eficacia para desnaturalizar la cláusula concesional según la que el terreno resultante de los trabajos de saneamiento y desecación se destinaría a usos agrícolas, por lo que, al no haber adquirido el concesionario la propiedad de aquél, según hemos expresado al estimar el tercero de los motivos de casación aducidos, el acto impugnado es ajustado a derecho y, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo contra él deducido debe ser desestimado.

No cabe duda de que, como señala la representación procesal de la entidad demandante y ahora recurrida, los terrenos deben destinarse al uso impuestos por el ordenamiento urbanístico, pero no es menos cierto que la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, establece en su Título II las limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por

razones de protección del dominio público marítimo-terrestre y en el Título III se contienen las reglas para la utilización del mismo, lo que supone importantes excepciones al principio general enunciado por dicha representación procesal”.

(STS de 3 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. Fdts. J. 5º y 8º. Magistrado Ponente Sr. Peces Morate. Ar. 5778).

V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

El fuero electivo como determinación de la competencia del órgano jurisdiccional no puede hacerse fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el órgano administrativo que dictó el acto de que se trate.

“El recurso contencioso-administrativo de que se trata se interpuso por D. Armando contra la resolución, de fecha 20 de marzo de 2001, del Director del Servicio Catalán de Tráfico, que desestima un recurso de alzada interpuesto por el expresado interesado contra una resolución, de fecha 13 de noviembre de 2000, del Servicio Territorial de Tráfico de Gerona, que impuso a aquél una sanción de multa de 100.000 ptas. por el hecho de conducir de forma temeraria al descansar, en un período de treinta horas, un tiempo máximo continuado de dos horas.

El Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Murcia ha declarado su incompetencia por entender, fundamentalmente, que, en supuestos como el que ahora se trata, la admisión del fuero electivo fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma a la que pertenezca el órgano administrativo que ha dictado el acto de que se trate, trastocaría la naturaleza y competencias de los Tribunales Superiores de Justicia como culminación de la organización judicial propia de cada Comunidad. Por su parte, el Juzgado núm. 2 de Gerona tiene en cuenta en su resolución, en síntesis, que la demanda formulada se fundamenta única y exclusivamente en la infracción de normas de derecho estatal, así como también el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Reiterada doctrina de este Tribunal (Sentencias, entre otras, de 16 y 24 de noviembre de 2000 y 18 de abril y 18 y 30 de mayo de 2001 y 26 de febrero de 2003) viene declarando, en relación con la regla segunda del art. 14.1 de la Ley de esta Jurisdicción, que el fuero electivo previsto en la misma tiene su aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal superior de Justicia aunque en la demanda se invoquen sólo normas estatales, pues cuando el órgano que dictó el acto impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma hay siempre aspectos reglados por la nor-

mativa autonómica, señaladamente los referentes a la competencia y posiblemente otros procedimentales, que potencialmente pueden ser objeto del pleito. El indicado fuero electivo debe entenderse, por tanto, referido, cuando se trata de recursos contra actos de la Entidades Locales o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a los órganos judiciales sitos en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano administrativo autor del acto de que se trate. Dado lo expuesto, obligado es declarar que la competencia territorial para conocer del recurso en cuestión corresponde al Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 2 de Gerona”.

(STS de 3 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 1ª. Fdtos J. 1º y 2º. Magistrado Ponente Sr. García-Ramos Iturralde. Ar. 4430).

VI. CONTRATOS

EMPRESA MIXTA DE GESTIÓN SERVICIO DE AGUAS

El socio privado de la empresa mixta municipal pretende del Ayuntamiento el pago de su retribución, olvidando que entre las cláusulas de la concesión del servicio público se establece en 0 pesetas la retribución cuando las pérdidas de la red de distribución de agua supere el 45%.

“Por otra parte, la potestad administrativa en materia contractual se ejerció correctamente, al estimar que el porcentaje de la pérdida del fluido de la red de agua es del 47,5% y tal prueba (fundamentos tercero y cuarto de la sentencia) está plenamente acreditada mediante los informes de los Técnicos Municipales, obrantes en el expediente, en especial con el informe del Ingeniero de Caminos Municipal, que figura en los folios 27 a 30, de fecha 27 de marzo de 1996 y el del Interventor Municipal, de la misma fecha (folios 31 34), por lo que el Ayuntamiento de Torrelavega ha acreditado suficientemente el supuesto de hecho que ha justificado el ejercicio de la potestad administrativa en materia contractual, al considerar que el porcentaje de pérdidas en la red de distribución supera el 45% previsto en el artículo 114 del Pliego de Condiciones.

Aunque admitiéramos la tesis de la recurrente de que la carga de la prueba correspondía al Ayuntamiento, tampoco podrían apreciarse la vulneración del artículo 1214 del Código Civil, toda vez que el municipio ha probado por medio de informes técnicos y económicos, el porcentaje real de pérdidas en la red, informes éstos que debieron ser desvirtuados por la entidad actora, la cual no realizó actividad probatoria alguna para desvirtuar el contenido de tales dictámenes, especialmente la pericial, por lo que ningún re-

proche se puede formular a la Sala de instancia, al haber tomado en consideración los cálculos y mediciones efectuados por los Técnicos Municipales, no desvirtuados por prueba en contrario.

Las precedentes consideraciones justifican la desestimación del primer motivo de casación, al resultar totalmente conforme a derecho la aplicación del artículo 1.214 del Código Civil.

Los razonamientos precedentes conducen a la desestimación del tercero de los motivos de casación, pues además de lo ya expuesto, resulta improcedente la alegación del presente motivo casacional, que ni siquiera fue aducido en la primer instancia, lo que pugna con la naturaleza del recurso de casación y aun para el supuesto que se considerara de aplicación el principio general de la prohibición de que alguien pudiera enriquecerse en perjuicio de otro, en la sentencia recurrida tampoco se aprecia infracción de tal principio.

En efecto, en el caso examinado, el Ayuntamiento ha negado al recurrente el pago de su retribución como socio privado, en aplicación estricta de las cláusulas que rigen la concesión administrativa y, en concreto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 110 y 114 del Pliego de Condiciones de la misma, que establecen en 0 pesetas la retribución del socio privado cuando el porcentaje de pérdidas en la red de distribución de agua supera el 45% y en el presente caso, las pérdidas superaban el 47%. Por ello, no puede sostenerse la tesis de que el Ayuntamiento de Torrelavega se ha enriquecido injustamente, toda vez que no sólo se ha ajustado a lo dispuesto en los Pliegos de Condiciones que rigen la concesión, cono a lo establecido en las Normas Regulatoras del Contrato de Gestión de Servicios Públicos: artículo 163 de la Ley 13/95, en cuanto establece que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y el artículo 101 del mismo texto legal que reconoce que el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en la Ley y en el contrato, circunstancias que legalmente impiden al contratista percibir su retribución como socio privado”.

(STS de 23 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 7ª. Fdtos. J. 3º y 6º. Magistrado Ponente Sr. González Rivas. Ar. 4588).

VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO

RENOVACIÓN DE CONCIERTOS EDUCATIVOS

Las cuestiones relativas a la renovación de los conciertos educativos, en cuanto afectan a las ayudas que los poderes públicos deben otorgar a los Centros docentes, conciernen a los derechos fundamentales regulados en los artículos 14 y 29 de la Constitución.

“El primer motivo de casación se formula al amparo del ordinal segundo del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 (LJCA) y alega inadecuación del procedimiento, por haberse tramitado por el cauce especial de la Ley 62/1978.

Se aduce que en el recurso contencioso-administrativo no se planteaban más que cuestiones de legalidad ordinaria, no afectando la decisión administrativa impugnada al derecho fundamental a la educación regulado por el artículo 27 de la constitución y se argumenta que la reducción de unidades concertadas en ningún aspecto incide en el derecho de la Congregación de los Hermanos de las Escuelas Cristianas (recurrente en la instancia) a mantener el Centro de que es titular en los términos en que venía haciéndolo, así como que para decidir la pretensión ejercitada se deben aplicar preceptos de legalidad ordinaria, contenidos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE) y en el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

El apartado 9 del artículo 27 de la Constitución establece que los poderes públicos ayudarán a los Centros Docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca, lo que debe ponerse en relación con el apartado 4, que dispone que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. Por ello, las cuestiones relativas a la extensión de los conciertos educativos y a su renovación, en cuanto afectan a las ayudas que los poderes públicos deben otorgar a los Centros Docentes, conciernen a los derechos fundamentales regulados por los artículos 14 a 29 de la Constitución, que son los que merecen la protección especial de la Ley 62/1978.

Dada la dicción de la norma constitucional, el derecho de los Centros Docentes a la obtención de las correspondientes ayudas es un derecho de configuración legal, lo que determina que para examinar los problemas originados por la actuación administrativa respecto a su posible infracción sea imprescindible acudir al análisis e interpretación de los preceptos de legalidad ordinaria que se ocupan de la concesión de estas ayudas.

La sentencia de instancia cita al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1988, sin que la Junta de Andalucía formule consideración al respecto y, por otra parte, el criterio expuesto encuentra su confirmación en otras sentencias de esta Sala, (cfr. sentencias de 30 de mayo y 19 de julio de 1990).

Por tanto, este primer motivo del recurso de casación debe ser desestimado. El segundo motivo de casación, basado en el ordinal cuarto del artículo 95.1 del LJCA, alega infracción, por indebida aplicación, de los artículos 27 de la constitución, 27 y 48 de la LODE, y 1, 43 y 44 del Real Decreto 2.377/1985, de 18 de diciembre. por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

La Junta de Andalucía razona inicialmente que la decisión tomada suponía el ejercicio por la Administración educativa de sus atribuciones en relación

con la programación de la enseñanza, que debe tomar en cuenta el conjunto de Centros públicos y concertados de la zona y las necesidades educativas verdaderamente existentes, programación general de la enseñanza y necesidades en materia educativa a las que se refieren los artículos 27 y 48 de la LODE y 1 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

Este aspecto del motivo debe ser desestimado, porque la cuestión que se examinó en la sentencia de instancia fue esencialmente la de los derechos de los Centros a la renovación de los conciertos, siempre que se cumplan las condiciones que se fijan en el artículo 43 del Reglamento de Normas Básicas, y no la de las necesidades educativas en la zona y las facultades de programación que al respecto corresponden a la Junta de Andalucía, siendo esta última una cuestión de hecho que no es propia del presente recurso de casación, en el que se debe examinar si la sentencia de instancia ha incurrido o no en las infracciones que en el motivo casacional basado en el artículo 95.1.4º de la LJCA se le imputan”.

(STS de 29 de mayo de 2003. Sala 3ª, Secc. 7ª. Fdts J. 2º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Maurandi Guillén. Ar. 5582).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

TELEVISIÓN LOCAL

La omisión de la correspondiente autorización por la Comunidad autónoma para el funcionamiento de una televisión local mediante ondas herzianas, no habilita al Ayuntamiento para decretar el cese de la actividad y el precintado de las instalaciones.

“En el primer motivo, que pretende fundamentarse en el artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional en su redacción vigente, se plantean distintas cuestiones y se citan como infringidos diversos preceptos, articulándose este motivo en varios apartados.

En el apartado primero, que se enumera como A), se alega que por la Sentencia se han violado los artículos 20 y 9.3 de la Constitución y la jurisprudencia que se cita del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo. El razonamiento de este apartado no puede compartirse ni acogerse. Se razona que es aplicable la doctrina jurisprudencial que declara que, a falta de regulación, no se exige autorización ni concesión administrativa para realizar emisiones por cable de televisión privada, y se mantiene que la situación es ontológicamente (sic) la misma que en el supuesto enjuiciado de emisiones de televisión privada mediante ondas herzianas.

Pero ello no supone combatir adecuadamente la Sentencia impugnada, en primer lugar porque no se tiene en cuenta la cita pertinente que hace dicha Sentencia de la Ley 10/88, de 3 de mayo, reguladora de la materia. A más de ello hay que considerar que la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias posteriores a las que se innovan (dos Sentencias de 17 de noviembre de 1997 y una posterior de 23 de noviembre de 2000), viene manteniendo el distinto régimen jurídico de la televisión por cable y la que se emite mediante ondas herzianas, siendo cierto que para esta última se exige haber obtenido autorización o concesión administrativa previas.

Pero deben estudiarse además las alegaciones que se expresan en los restantes apartados de este motivo de casación. Todas ellas se refieren a la vulneración o supuesta vulneración de distintos preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto regula el procedimiento administrativo. Sin embargo la invocación de esos preceptos tiene un fundamento desigual. Así no puede acogerse la alegación de infracción por la Sentencia del artículo 79 de la citada Ley, a tenor del cual los interesados pueden incluso antes de trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos, pues por la naturaleza misma del requerimiento formulado por el Ayuntamiento tal precepto no era estrictamente aplicable. Por lo demás se alega también la infracción del artículo 93 de la Ley mencionada, según el cual no se iniciarán actuaciones materiales de ejecución sin que se haya dictado la resolución que les sirva de fundamento jurídico. Esta alegación es coherente con la tesis del recurrente en casación de que estamos ante una especie de acto mixto de requerimiento y ejecución, lo que no ha sido considerado por la Sentencia impugnada. Sin embargo lo cierto es que, si bien los agentes municipales llevaron a cabo actuaciones materiales de ejecución del acto administrativo, no lo hicieron sin resolución administrativa previa, ya que se dictó dicha resolución, que es precisamente la impugnada.

Sin embargo tratamiento distinto deben recibir otras alegaciones de la parte. ante todo lo que se refiere a que la Sentencia ha vulnerado por inaplicación el artículo 53 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, según el cual los actos se dictan por el órgano competente de acuerdo con el procedimiento establecido. Es de tener en cuenta que el Ayuntamiento requirió a la emisora de televisión privada para que cesara en su actividad por falta de acto habilitante previo, pero el propio Ayuntamiento reconoce (y no pedía ser menos porque así se expresa en el acto administrativo) que era de competencia del Estado o de los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma adoptar medidas concretas para impedir las emisiones de televisión. Desde luego no puede aceptarse la alegación que realiza en casación el Ayuntamiento recurrido de que la emisora carecía de licencia municipal exigible según Ordenanza local, pues, a más de que no consta la fecha de esta Ordenanza, no se aludió expresamente a ella ni a la falta de licencia municipal en el acto administrativo impugnado, el cual se refería inequívocamente a autorizaciones o concesiones que son competencia de autoridades distintas de las municipales.

En definitiva el Ayuntamiento, que carece de competencia para otorgar concesiones o autorizaciones de emisoras de televisión privada (sin perjuicio de la posible concurrencia de que se exija licencia municipal, cuestión que como acaba de decirse no es pertinente examinar en este recurso de casación), llevó a cabo un requerimiento de cese en la actividad con el único título de que ésta se ejercía en su término municipal.

Pero evidentemente este título no es suficiente, pues dentro de los términos municipales se ejercen con notable frecuencia actividades que están sometidas a exigencia previa de concesión o autorización otorgada por el Estado o por las Comunidades Autónomas, y en estos supuestos el Ayuntamiento carece de competencia para interferir en la actividad privada, siempre salvo el supuesto de licencia municipal exigible”.

(STS de 5 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª. Fdto. J. 3º. Magistrado Ponente Sr. Baena del Alcázar. Ar. 5779).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A través de un recurso de casación en interés de Ley, el TS declara que la caducidad y archivo de actuaciones establecidos para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, no extinguen la acción de la Administración para ejercitar sus potestades, sin que por sí sola aquélla produzca la prescripción de acciones.

“En el presente recurso de casación en Interés de Ley, promovido al amparo del artículo 100 por el Ayuntamiento de Nerja, contra la sentencia del Juzgado de lo contencioso Administrativo núm. 3 de Málaga de 2 de noviembre de 2001 estimatoria del recurso interpuesto contra la Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Nerja de 7 de diciembre de 2000, por la que se imponía a la promotora de la obra una sanción de 39.204 ptas., por ejecución de obras sin licencia.

En el fallo de esa sentencia se procedía a anular el acto, dejando sin efecto la sanción pecuniaria.

Tal como se expresa en el fundamento cuarto de derecho de la sentencia referida del Juzgado núm 3 de Málaga, el expediente sancionador fue iniciado el 2 de febrero de 2000, y por Decreto de 4 de octubre de 2000 se declaró caducado el expediente, para a continuación y en esa misma fecha procederse a decretar la incoacción de nuevo expediente sancionador, finalizado con la ya comentada imposición de Sanción pecuniaria de 39.204 pesetas en Decreto de 7 de diciembre de 2000.

La sentencia objeto de este recurso en interés de ley, procedió a anular la sanción sobre la base de que la dualidad de expedientes sancionadores vulnera las prescripciones del artículo 44.2 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, sobre la caducidad de los procedimientos, sancionadores, habiendo impuesto la Administración una sanción, esquivando la aplicación del régimen de la caducidad-perención del procedimiento sancionador (artículos 44.2 y 63.2 de la Ley 30/92 antecitada).

La parte aquí recurrente solicita su estimación y que se fije como doctrina legal que la caducidad y archivo de actuaciones establecidas para determinados procedimientos por el primer párrafo del artículo 44.2 de la Ley 39/92 (redacción dada por la Ley 4/1999 de 13 de enero) no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en dicho precepto, siéndoles plenamente aplicable el apartado 3 del artículo 92 de la misma Ley.

El artículo 92.3 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, diáfamanamente dispone que la caducidad de un expediente sancionador, no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, así como que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción.

Este precepto es categórico y en modo alguno es antagónico al artículo 44.2 de la misma Ley, que se limita a expresar que la caducidad llevará consigo el archivo de las actuaciones, lo que en absoluto pueda entenderse tal archivo, como causa impeditiva de la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, si la infracción no ha prescrito, toda vez que este último precepto remite a los efectos previstos en el artículo 92 cuando se declare la caducidad ordenando el archivo de las actuaciones, y así es reconocido, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2001 y 17 de abril de 2002”.

(STS de 12 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. Fdtos. J. 1º, 2º, 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Sanz Bayón. Ar. 4602).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La utilización mediante tratamiento publicitario de datos personales obtenidos del censo electoral, lesiona el derecho a la intimidad.

“En el recurso de casación que enjuiciamos, se impugna por la representación procesal de la sociedad Informática Aplicada al Marketing S.A., la sentencia dictada, en fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y

ocho, por la Sección Octava de la Sala de esta Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada representación contra la resolución de la Dirección de la Agencia de protección de Datos de fecha dieciocho de septiembre de mil novecientos noventa y seis, que sancionó a la citada entidad mercantil con una multa de diez millones una pesetas (60.101,22 E), por utilizar mediante tratamiento publicitario datos personales obtenidos del censo electoral.

Al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional, sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida incurre en infracción del Ordenamiento Jurídico y, más concretamente, conculca por aplicación indebida lo dispuesto en el artículo 3.a) en relación con el 2.1 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación Automatizada de los Datos de Carácter personal, y al hilo y desarrollo de este planteamiento jurídico, y reproduciendo la línea argumental sustentada en la instancia, como si nos hallásemos ante un recurso de apelación, que indebidamente denomina a su escrito de interposición al referirse a la sentencia apelada, considera, en esencia, que a la fecha en que se inició el procedimiento sancionador, el tratamiento de los datos del censo electoral no estaba sujeto al previo consentimiento de los afectados cuando aquéllos hubieran sido obtenidos por sociedades dedicadas a la publicidad, y que los datos objeto de la sanción administrativa no corresponde a persona alguna determinada, pues la persona que recibió en su domicilio la propaganda realizada era Luis Miguel y no Angel Jesús, que fue quien denunció ante la Agencia de Protección de Datos la recepción, en su domicilio, la propaganda de “Médicos sin fronteras”.

De esta forma, articula “lato sensu” este único motivo casacional en base a unas consideraciones y reflexiones en las que abiertamente discrepa de la sentencia impugnada.

Efectivamente, la representación procesal de la sociedad recurrente parte de una premisa errónea, pues considera, sin mayor argumentación, que la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, no protege ficheros de titularidad pública ni de titularidad privada, pues limita su alcance y protección a las personas físicas respecto del uso que de sus datos se pueda hacer mediante procedimientos de tratamiento informatizado de base de datos, y en base a este planteamiento considera que la sentencia recurrida infringe la correcta aplicación de los artículos 2.1, y 3a) de la citada Ley, pues no se puede sancionar por la utilización de datos que no corresponden a persona física determinada.

Este motivo de impugnación debe ser desestimado, pues si, según establece la Exposición de Motivos, el artículo 1 de la mencionada Ley Orgánica el objeto de la presente Ley tiene por objeto, a fin de preservar la privacidad de las personas, limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos, la “ratio essendi” de la norma infringida, aplicada por el Tribunal sentenciador al desestimar el recurso contencioso-administrati-

vo interpuesto contra la sanción pecuniaria impuesta a la sociedad recurrente, correctamente se fundamentó en la utilización de datos personales, erróneos o no, obtenidos de fuentes no accesibles al público.

Y esta interpretación, según declaramos en nuestra sentencia de dieciocho de octubre de dos mil, es acorde con lo establecido por el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que requiere el consentimiento del interesado de forma inequívoca para el tratamiento de datos personales con las salvedades establecidas en los apartados b) y f) del indicado artículo, entre las que no se incluye el interés de las empresas dedicadas a la publicidad o a la venta a distancia por más que éste sea legítimo, a lo que alude el apartado f) del mencionado artículo 7 de la expresada Directiva, pues como este precepto establece ha de prevalecer el interés a los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la propia Directiva, en el que se impone a los Estados miembros el deber de garantizar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de aquéllas, y, en particular del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, y hemos de convenir que el nombre, apellidos y domicilio de los electores están dentro de esa categoría de derechos que la mentada Directiva exige preservar”.

(STS de 23 de abril de 2001. Sala 3ª, Secc. 6ª. Fdts. 1º, 2º, y 3º. Magistrado Ponente Sr. Lecumberri Martí. Ar. 3974).

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

DECLARACIÓN DE URGENCIA

Debe notificarse a los interesados siempre que éstos sean conocidos no bastando la publicación de la misma.

“En esencia, lo que viene a decirnos la parte recurrente en esos motivos, que vamos a analizar conjuntamente, habida cuenta de la íntima relación que guardan entre sí, es que la Sala de instancia -cuyo auto de 10 de enero de 2001, confirmatorio del 2 de noviembre del 2000, combate en casación- es que el recurso contencioso-administrativo debió declarar admisible, pues lo interpuso en cuanto tuvo conocimiento por primera vez del acuerdo del Consejo del Gobierno valenciano recurrido, acuerdo que debió serle notificado personalmente, como interesado, perfectamente notificado personalmente y con domicilio fijo conocido, no bastando con la publicación del mismo en el Diario oficial.

El recurso debe prosperar pues, no es sólo que el deber de notificar los actos administrativos -y la declaración de urgencia tiene naturaleza de tal-, viene legalmente exigido en los casos en que el destinatario es conocido, y ello tanto en la vigente Ley 30/1992, como en la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 SIC, derogada por ella, sino porque así lo viene declarando la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, con referencia concreta, incluso a los acuerdos de declaración de urgencia de las expropiaciones de bienes y derechos por causa de utilidad pública. El recurrente cita varias sentencias específicamente referidas a este tipo de acuerdos, anteriores a la Ley 30/1992, algunas de ellas (sentencias de 20 de noviembre de 1972, sala 4ª) SIC, 5 de abril de 1984 SIC (en la que se invoca expresamente el artículo 24 de la Constitución como paradigma orientador de la interpretación de los preceptos que regulan la declaración de urgencia en expropiaciones), 30 de noviembre de 1987, sala 5ª) y posteriores otras (como las de 1 de febrero de 1994, y 22 de marzo de 1994).

Cierto es que la publicación sustitutoria de los actos administrativos está prevista en el art. 59.5 de la Ley 30/1992 (que es la aplicable al supuesto que nos ocupa), pero sólo en estos casos: cuando el acto tenga por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas, lo que no ocurre aquí, pues los destinatarios -entre ellos el recurrente- están perfectamente determinados: y cuando se trate de los que suelen denominarse “actos administrativos en masa”, a los que ese artículo 59.5 se refiere con la expresión, menos genérica, de “procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo”.

Ese mismo artículo prevé (letra b, inciso segundo) un supuesto de publicación adicional (sic), es decir complementaria y no necesariamente sustitutoria: “cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es improcedente para garantizar la notificación a todos, siendo en este último caso, adicional a la notificación efectuada”.

Pues bien, en el caso de la declaración de urgente ocupación podríamos decir que estaríamos ante un caso de publicación concurrente con la notificación individualizada a los interesados, lo que se explica por la posibilidad -perfectamente constatada por la práctica expropiatoria- de que, además de los propietarios cuyos datos personales y domicilio son conocidos, haya otros cuya existencia o paradero se ignore o que, siendo conocida su existencia, no se disponga de los datos necesarios para que la notificación pueda ser practicada en forma.

En el caso del que ahora estamos conociendo, y aunque el acuerdo del Gobierno Valenciano su publicó en el Diario Oficial de 14 de octubre de 1997, y el recurso contencioso-administrativo no se interpuso hasta el 2 de mayo del 2000, (“más de dos años y medio más tarde de la publicación del acuerdo”, dice el letrado de la Generalidad valenciana en sus alegaciones de oposición), no es menos cierto que dicho acuerdo no fue notificado al interesado, el cual afirma que ha recurrido dicho acuerdo en cuanto ha tenido conocimiento del mismo, sin que se haya probado, y ni siquiera alegado por

nadie, que el recurrente haya tenido conocimiento de ello en un tiempo anterior a los dos meses -8que es plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa dicha declaración de urgencia), que precedieron a la fecha en que recurrió ante el Tribunal Superior. Debiendo decirse que la prueba a la que aludimos era bien fácil de hacer, pues el recurrente afirma que ese conocimiento lo obtuvo con ocasión de la tramitación de otro recurso por él interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento que acordó iniciar la expropiación, recurso que se tramita ante la Sala valenciana. Y asimismo, debemos añadir, por más que pueda parecer obvio, que la declaración de urgencia es un acto administrativo con destinatario plural y en este caso, además perfectamente determinado (diez son, en total, los expropiados), no una norma reglamentaria. Y el auto de dos de noviembre del 2000, confirmado luego por el de 19 de enero del 2001, aquí impugnado, se limita a decir en su fundamento único que el acuerdo de declaración de urgencia se publicó en 14 de octubre de 1997 y que, como el recurso contencioso-administrativo contra el mismo se interpuso en 2 de mayo del 2000 había transcurrido con exceso el plazo de 2 meses del artículo 46 de la Ley jurisdiccional. Pero aquí se trata de algo distinto pues el actor invoca que no le es aplicable la excepción del artículo 59.5, letra a), que el acuerdo no le ha sido notificado, y que lo recurrió cuando tuvo conocimiento de su existencia”.

(STS de 31 de mayo de 2003. Sala 3ª, Secc. 6ª. Fdto. J 2º. Magistrado Ponente Sr. González Navarro. Ar. 4392).

XIII. FUENTES

PLANES DE ORDENACIÓN DE RECURSOS NATURALES

Se trata de reglamentos a los que no les está permitido establecer Zonas periféricas destinadas a evitar impactos ecológicos o paisajísticos procedentes del exterior, por estar reservada esta materia a la Ley.

“Rechazada la alegación de naturaleza formal que ha servido de base a la anulación por la sentencia recurrida del acto impugnado procede examinar el argumento esgrimido sobre la legalidad del artículo tercero del Decreto que establece una zona de protección del Parque Natural Las Lagunas de la Mata y Torrevieja.

Al respecto el artículo 18 de la Ley de Conservación de Espacios Naturales 4/1989 establece: 1. En los Espacios Naturales Protegidos declarados por Ley, se podrán establecer Zonas Periféricas de Protección destinadas a evitar impactos ecológicos o paisajísticos procedentes del exterior. Cuando proceda, en la propia Ley de creación, se establecerán las limita-

ciones necesarias. 2. Con el fin de contribuir al mantenimiento de los espacios naturales protegidos, y compensar socioeconómicamente a las poblaciones afectadas en sus disposiciones reguladoras podrán establecerse Áreas de Influencia Socioeconómica, con especificación del régimen económico y compensación adecuada al tipo de limitaciones. Estas Áreas estarán integradas por el conjunto de los términos municipales donde se encuentre ubicado el espacio natural de que se trate y su Zona Periférica de Protección.

Es evidente, por tanto, que el precepto permite que los Espacios Naturales Protegidos declarados por ley puedan incorporar unas zonas periféricas de protección. El alcance y especificación de la protección puede o no estar en la ley, pero es inexorable que la ley de creación misma proclame la existencia de la zona de protección. La otra hipótesis, la de creación de espacios naturales precedidos al Plan de Ordenación de Recursos Naturales obliga a éste, a tenor del artículo 4.3 c)) a definir el régimen de protección que proceda. La hipótesis excepcional, recogida en el artículo 15.2 de la LCEN deja abierta la cuestión de si en la previsión legal contemplada es posible señalar una zona de protección por Decreto sin cobertura de norma con rango de ley. En cualquier caso, esa no es la hipótesis manejada en este pleito pues en la declaración de espacio protegido no se ha hecho uso de la excepcional facultad que el artículo 15.2 de la LCEN contempla.

Lo que es evidente es que ni en la naturaleza del Plan Rector de Uso y Gestión ni entre las funciones que le son atribuidas por la ley se comprende la posibilidad de crear zonas de protección.

La argumentación de la Administración demandada en el sentido de que las limitaciones derivadas de la exigencia de impacto ambiental no son limitaciones del derecho de propiedad vienen desmentidas por el mismo contenido del artículo 18.1 que cuando contempla la posibilidad de fijar Zonas de Protección expresamente se refiere a Zonas Periféricas de Protección “para evitar impactos ecológicos y paisajísticos”, que son, precisamente, los que se pretende evitar con las medidas que incorpora el artículo tercero del Decreto impugnado.

La ausencia de cobertura legal para que el Decreto impugnado pueda establecer Zona de Protección determina su ilegalidad.

Anulado el artículo tercero del Decreto impugnado, por su falta de cobertura legal, resulta innecesario analizar los restantes argumentos que contra dicho precepto se han esgrimido. Por todo ello, procede estimar parcialmente el recurso de casación y anular la sentencia impugnada, acogiendo la pretensión subsidiaria deducida en la demanda y desestimando el recurso en todo lo demás”.

STS de 16 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. Fdts. J. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Garzón Herrero. Ar. 4458).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LEY

Constituye un remedio excepcional para evitar la perpetuación de criterios erróneos en la interpretación de la Ley por parte de los Tribunales, siempre que a través del mismo no se pretenda agenciarse una doctrina general de carácter preventivo para supuestos muy concretos.

“Se pretende en el presente recurso en interés de la Ley, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 25 de Madrid, que se declare como doctrina legal vinculante por los Jueces y Tribunales de grado inferior de esta Jurisdicción lo siguiente: “En el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la única forma de iniciar el recurso dentro de plazo es mediante la presentación de la demanda junto con los documentos que el citado precepto exige, sin que sea posible tener por cumplido el trámite mediante simple escrito de interposición del recurso”.

Este Tribunal ha tenido sobradas ocasiones de fijar su criterio en torno al específico recurso de casación regulado en el artículo 100 de la Ley Jurisdiccional vigente -que en realidad no viene a diferir del acordado en torno al antiguo artículo 102 b) de la Ley de 1956- y en el que se ha subrayado una y otra vez que el recurso en interés de la Ley constituye un remedio excepcional para evitar la perpetuación de criterios erróneos en la interpretación de la Ley por parte de los Tribunales, siempre que a través del mismo no pretenda la Administración o entidades legitimadas para interponerlo agenciarse una doctrina general de carácter preventivo para supuestos muy concretos y de difícil repetición (Sentencia de 27 de marzo de 2000, entre muchas otras); puesto que si la doctrina legal que se propone como correcta ya ha sido rechazada o reconocida por la Jurisprudencia, resulta desacertada o puede considerarse obvia por constituir una mera reproducción de lo que ya viene declarado en la normativa legal, el recurso debe ser desestimado, ya que entonces falta el necesario presupuesto que esa doctrina, acertada o errónea, pueda ocasionar un grave daño al interés general (Sentencias de 7 de febrero y 20 de marzo de 1998, 30 de enero, 10 de junio y 27 de diciembre de 1999, 19 de noviembre de 2001, interpretando el apartado 1 del artículo 100). Y a la misma conclusión habrá de llegarse en el caso de que la doctrina legal propuesta lo sea en términos imprecisos o carezca de la necesaria relación con las cuestiones debatidas y resueltas en el procedimiento.

Como afirma el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite en este tipo de recursos, no hay relación directa entre la doctrina que se postula y el problema planteado en la instancia (en este sentido, las Sentencias de esta Sala de 21

de noviembre de 2000, 6 de noviembre de 2001 y 8 de julio de 200222. Es claro que la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm 25 de Madrid ha estimado la demanda por haber considerado caducado e, procedimiento sancionador al haber excedido el plazo reglamentario establecido para su resolución y tramitación que señala el artículo 44 de la Ley 30/1992, absteniéndose de todo pronunciamiento relativo a la cuestión que se propone por supuesta extemporaneidad del recurso al no haberse iniciado el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la sanción precisamente por demanda directa, según lo que para el procedimiento abreviado determina el artículo 78 de la Ley de 13 de julio de 1998. Ello quiere decir que ninguna valoración explícita ha realizado sobre la materia cuya interpretación, a la luz del recurso de casación en interés de la Ley, se postula, sino que se ha limitado a tener por subsanado el defecto de interposición inicial dentro del plazo específicamente otorgado para ello al amparo del artículo 138 de la Ley Jurisdiccional, extremo éste no cuestionado específicamente en el escrito de interposición ni objeto del recurso.

Por último, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 3 de julio de 2002 "... la doctrina propuesta, por su misma obviedad, no justificaría tampoco la estimación del recurso en interés de la Ley, fuese o no conforme a Derecho la solución de la sentencia impugnada. El remedio extraordinario que habilita el artículo 100 no tiene por objeto corregir la posible vulneración de las normas legales o de la Jurisprudencia cometidas por los órganos jurisdiccionales de grado inferior, sino evitar la perpetuación de criterio erróneos en la interpretación de dichas normas o decisiones, errores que no cabe corregir cuando el sentido claro e indiscutible de las mismas impide que se produzcan. Carece de sentido pretender que se fije, como doctrina legal del apartado 7 del artículo 100, la mera repetición de lo que explícitamente se exige en el artículo 78 para la iniciación en tiempo y forma del procedimiento abreviado".

(STS de 7 mayo de 2003. Sala 3ª, Secc. 4ª. Fdtos. J. 1º y 3º. Magistrado Ponente Sr. Soto Vázquez. Ar. 4562).

XVI. MEDIO AMBIENTE

DECLARACIÓN DE PARQUE NATURAL

La falta de aprobación del Plan de ordenación de los recursos naturales del citado parque, dentro del plazo máximo de un año desde la declaración, invalida el acto administrativo.

"Al respecto las posiciones enfrentadas son las siguientes. Para la Junta de Extremadura se trata de una mera irregularidad formal no invalidante. Por el contrario, los recurrentes consideran que es un motivo de nulidad.

La cuestión entendemos que está resuelta por el Tribunal constitucional en su Sentencia de 8 de noviembre de 1995 cuando afirma: “El art. 15 Ley 4/89 contiene, ante todo, un mandato de inseparabilidad, por así decir, entre la calificación de un espacio natural y la elaboración del correspondiente Plan de ordenación de los Recursos Naturales de la zona, tal como se prevé esta figura en el art. 4 de la Ley como instrumento fundamental de integración de los principios inspiradores de la Ley recogidos en su art. 2 y, señaladamente, la conciliación de la conservación del espacio con un ordenado aprovechamiento del mismo. La aprobación del Plan debe preceder, como regla, a la declaración del espacio, si bien puede también sucederle bajo determinadas condiciones, pero siempre en el plazo de 1 año. Sin Plan de ordenación, la declaración del espacio natural es en buena medida inoperante, siendo esto lo que el art. 15 trata fundamentalmente de evitar y cómo, por lo demás resulta también del art. 13.1 Ley andaluza. Pero el Plan cumple además otra finalidad, cual es la prevista en el art. 6, permitir la audiencia de los interesados, la información pública y la consulta de los intereses sociales afectados, trámites que deben formar parte del procedimiento de elaboración del Plan”. De modo expreso se afirma que es “inseparable” la aprobación del preceptivo PORNA de la declaración (en este caso Parque Natural) que haya sido objeto de impugnación.

Esta “inseparabilidad” tiene un patente sentido en el litigio que decidimos. Los antecedentes relevantes del asunto están recogidos en la exposición de motivos del Decreto impugnado donde se afirma “Por el Decreto 110/1988, de 29 de diciembre, se creó el Parque Natural de Cornalvo, Decreto que pierde sus efectos al ejecutarse provisionalmente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que decreta su nulidad por defectos formales”. Más adelante se añade: “Los derechos de los particulares quedan perfectamente salvaguardados por cuanto que en el expediente administrativo del Decreto 110/1988 de 29 de diciembre por el que se declara el Parque Natural de Cornalvo, obran todos los requisitos exigidos por la vigente Ley 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y de la Fauna Silvestre, cuales son la audiencia de los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e instituciones pudieran verse afectadas”.

La sentencia recaída como consecuencia de la impugnación del Decreto 110/1988 de 29 de diciembre demuestra que estas afirmaciones no se ajustan a la realidad. No hubo información pública y tampoco consulta a los intereses sociales e instituciones afectadas. Es verdad, y así lo razonó la sentencia, que en la normativa aplicable no era preceptiva la audiencia, pero ese efecto jurídico no habilita a dar por cumplido un trámite que no se produjo. Además, tampoco hubo audiencia de los intereses sociales afectados, omisión que fue determinante para acordar la nulidad del acuerdo allí impugnado.

Llama la atención que la exposición de motivos de un Decreto traiga como justificación del mismo hechos y circunstancias que de modo patente no se ajustan a la realidad.

En cualquier caso, y a la vista de los datos, escasos, de que disponemos, tenemos lo siguiente: 1) El Decreto 110/1988 de 28 de diciembre creo el Parque Natural de Cornalvo anulado por sentencia del TSJ de Extremadura de 15 de enero de 1992. 2) El Decreto 27/1993 de 24 de febrero que es el aquí recurrido, declara Parque Natural el Área Natural de Cornalvo. 3) Este Decreto ha sido aprobado sin que exista un Plan de Ordenación de Recursos Naturales previo, que con carácter general exige el artículo 15 de la Ley 4/89, acogiéndose, al efecto, a la excepcionalidad prevista en el apartado 15.2 del texto legal citado. 4) Ha transcurrido mucho más de un año sin que se tramitara el preceptivo PORNA.

Los efectos que de estos enunciados se derivan son los siguientes: A) Que los ámbitos físicos de ambos Decretos no fueron los mismos como se deduce de los términos literales de ambos Decretos pues en tanto que el Decreto de 1988 se circunscribía a Cornalvo, el ahora impugnado abarca al "Área de Cornalvo". B) Las razones que habilitaron la excepcionalidad de la declaración del Parque Natural del Área de Cornalvo permitieron que no se cumplieran los trámites exigidos en el artículo sexto de la Ley de Conservación de Espacios Naturales, pues esa excepcionalidad autoriza la declaración de espacio protegido sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo sexto de la Ley que quedaron demorados al momento de la tramitación del PORNA. C) Transcurrido un año sin la tramitación del preceptivo PORNA es patente que la Declaración impugnada carece de cobertura.

No tiene la que hipotéticamente podía haber prestado el anulado Decreto de 1988 pues, además de los vicios formales de que adoleció, también hoy apreciables y relevantes, la base física que se contempla en una y otra disposición es distinta. Tampoco contiene ninguna formalidad propia porque de modo explícito se ha renunciado a ella, por la excepcionalidad antes aludida.

Lo razonado comporta la anulación del Decreto impugnando pues la Declaración de Parque Natural discutida no puede sobrevivir más allá de los límites temporales que el artículo 15.2 de la Ley de Conservación de Espacios Naturales prescribe".

(STS de 6 de mayo de 2003. Sala 3ª, Secc. 5ª. Fdtos. J. 3º y 4º. Magistrado Ponente Sr. Garzón Herrero. Ar. 4053).

XVIII. PERSONAL

ACUERDO REGULADOR DE CONDICIONES DE TRABAJO

El TS delimita conforme a la legalidad, las funciones y composición tanto de la Comisión Paritaria como de la Junta de Personal funcionario.

“El segundo y último motivo del recurso de casación se ampara en el artículo 88.1d) de la LJCA, al considerar el recurrente que la sentencia infringe, por aplicación indebida, los arts. 30 y 31.2 de la Ley 9/1987, que regula los órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, visto que la resolución judicial recurrida establece que la Comisión Paritaria de seguimiento ha de constituirse en forma proporcional a la composición de la Junta de Personal, lo que contradice a los citados preceptos. A la vista de las actuaciones el motivo ha de ser estimado. En efecto, tal como sostiene la Corporación recurrente en casación, de las argumentaciones que sustentan la decisión a que se llegó en la sentencia impugnada, en lo esencial transcritas al inicio de esta resolución viene a inferirse que, la proporcionalidad que ha de mantenerse en la constitución y funcionamiento de la Comisión Paritaria de seguimiento, a que se refiere el precepto reglamentario que se deja sin efecto, es la derivada del resultado de las elecciones celebradas en la Diputación de Burgos para la designación de la Junta de Personal, pues a ella alude la documental del juicio sobre la que el juzgador de la anterior instancia funda su argumentación. Pero este Tribunal no comparte el razonamiento de la sentencia impugnada, pues si se sitúa el precepto cuestionado -párrafo 2º del art. 1.1 del Reglamento de Funcionamiento de la Comisión Paritaria (sic)-, dentro del contexto normativo en que aparece integrado, puede apreciarse que ese órgano paritario está en íntima relación con el Acuerdo Regulador de las Condiciones de trabajo del personal de la diputación de Burgos, del que es derivación, por cuanto que la constitución inicial de la Comisión corresponde a las mismas partes firmantes del acuerdo, y se atribuye a los acuerdos de dicha Comisión la misma eficacia que lo pactado en el Acuerdo, siendo la finalidad que está llamada a cumplir la organización cuya composición se cuestiona, la de interpretación, estudio, vigilancia y grado de cumplimiento de las cláusulas del Acuerdo. Todo ello en los términos del art. 4º del Acuerdo. De modo que es lógico pensar que, esa inicial composición del órgano colegial que aprobó la constitución de la Comisión Paritaria, y que obviamente era la de la Mesa de Negociación, de la que nació el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo, debía seguir reflejándose en la ulterior composición que adoptara la Comisión de seguimiento para la válida adopción de sus acuerdos, una vez que ésta hubiera sido ya constituida. Y sí, como dice la recurrente, según la doctrina sentada por este Alto tribunal en la sentencia de 8 de julio de 1992, no es dado la aplicación de los resultados obtenidos para la elección de la Junta de Personal, para decidir sobre la composición de las Mesas de Negociación, porque se está ante organizaciones diferentes que tienen encomendadas funciones distintas -la Mesa la celebración de conversaciones tendentes a obtener convenios sobre la determinación de condiciones de trabajo, las Juntas de Personal intervenir en la administración cotidiana de los recursos humanos del organismo en que se eligen-, y diferente régimen de elección, no parece razonable que se traslade a la composi-

ción de la comisión, para su funcionamiento, un régimen de proporcionalidad que no es aplicable al organismo de que es derivación. Con mayor razón cuando en el propio articulado del Reglamento cuestionado, figura el art. 7º que, en su párrafo 6, establece que los acuerdos del Pleno de la Comisión Paritaria, deberán ser adoptados por mayoría de los miembros de la Comisión Paritaria, que en el caso de los trabajadores será mayoría ponderada de sus representaciones, y tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo. Lo que viene a significar que en el Reglamento cuestionado no se ha olvidado la referencia a la representatividad de los sindicatos, que es el punto sobre el que la sentencia impugnada funda su decisión. Es decir que no cabe entender, como se viene a sostener por el Juzgador de la anterior instancia, que se había vulnerado lo dispuesto en el art. 6.11 y 3 de la Ley de Libertad Sindical 11/1985, en relación a los arts. 7 y 28 de la Constitución, pues esa genérica e inexcusable exigencia de atención a la representatividad sindical, debía considerarse respetada por el precepto reglamentario en cuestión, interpretado dentro del conjunto normativo del que forma parte, dadas las razones expuestas sobre la derivación y relación entre el Acuerdo sobre condiciones de trabajo y la Comisión Paritaria, y la referencia al voto ponderado en el momento de la adopción de decisiones por dicho órgano de seguimiento”.

(STS de 5 de junio de 2003. Sala 3ª, Secc. 7ª. Fdto. J. 3º. Magistrado Ponente Sr. Cancian Lalanne. Sr. 5606).

XX. RESPONSABILIDAD

RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS NULOS

La Administración desestima la reclamación sobre la base de la no responsabilidad ante la existencia de un proceso fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada. El TS afirma que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia constitucional, declarando procedente la indemnización.

“El Tribunal Constitucional en Pleno, en sentencia de 2 de octubre de 1997, número 159 de 1997, considera, ciertamente, que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la sentencia del Tribunal constitucional 173 de 1996, que declaró inconstitucional y nulo el artículo 38.Dos.2 de la Ley 5 de 1990, de 29 de junio, no permite, según el Tribunal, revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una Ley luego declarada inconstitucional. No estando en juego

la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, sentencias de Tribunal Constitucional 45 de 1989, 55 de 1990 y 128 de 1994.

Esta Sala considera, sin embargo, que la acción de responsabilidad ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia. El resarcimiento del perjuicio causado por el Poder Legislativo no implica dejar sin efecto la confirmación de autoliquidación practicada, que sigue manteniendo todos sus efectos, sino el reconocimiento de que ha existido un perjuicio individualizado, concreto y claramente identificable, producido por el abono de unas cantidades que resultaron ser indebidas por estar fundado aquél en la directa aplicación por los órganos administrativos encargados de la gestión tributaria de una disposición legal de carácter inconstitucional no consentida por la interesada. Sobre este elemento de antijuricidad en que consiste el título de imputación de la responsabilidad patrimonial no puede existir la menor duda, dado que el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del precepto en que dicha liquidación tributaria se apoyó.

La sentencia firme dictada, al no corregir el perjuicio causado por el precepto inconstitucional mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la que acudieron otros Tribunales, consolidó la actuación administrativa impugnada. Con ello se impidió la devolución de lo indebidamente ingresado consiguiente a la anulación de la actualidad viciada. Esta devolución se produjo, en cambio, en otros supuestos idénticos resueltos por otros órganos jurisdiccionales que creyeron oportuno plantear la cuestión. La firmeza de la sentencia no legitimó el perjuicio padecido por la recurrente, directamente ocasionado por la disposición legal e indirectamente por la aplicación administrativa de la norma inconstitucional. Es precisamente dicha sentencia, de sentido contrario a la pronunciada por los Tribunales que plantearon la cuestión de inconstitucionalidad y la vieron estimada, la que pone de manifiesto que el perjuicio causado quedó consolidado, al no ser posible la neutralización de los efectos del acto administrativo fundado en la Ley inconstitucional mediante la anulación del mismo en la vía contencioso-administrativa, no obstante la constancia de la sociedad interesada en mantener la impugnación contra el acto que consideraba inconstitucional.

Concurre, pues, los requisitos para que declaremos la obligación de la Administración del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados por la aplicación de la norma declarada inconstitucional.

La indemnización debe comprender el importe de lo indebidamente ingresado a favor de las arcas públicas, la cantidad de 18.893.250 pesetas, resultante de multiplicar las 233.250 pesetas antes referidas por 81 máquinas recreativas de tipo B que tenía la empresa en explotación en dicho ejerci-

cio, cuya procedencia y justificación resulta probada por los ingresos efectuados por la empresa en su momento en la Hacienda de la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

(STS de 13 de mayo de 2003. Sala 3ª, Secc. 6ª. Fdtos. J. 4º, 5º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Trillo Torres. Ar. 3922).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

SENTENCIA

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería. Procedimiento de expulsión. Carácter finalista y no formal de las garantías en el procedimiento de expulsión.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Subdelegado del Gobierno en Sevilla de fecha 20 de agosto de 2002 por el que se expulsa del territorio nacional al demandante, con prohibición de entrada por un periodo de cinco años en el territorio de los países firmantes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 53 a) de la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social.

Comienza la demanda señalando la infracción del art. 17.2 CE por cuanto la detención del demandante superó el tiempo necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos e incluso se apunta la posibilidad de que superase las 72 horas.

Del examen del expediente administrativo en ningún instante hallamos no solo prueba sino incluso indicio alguno que haga suponer que la detención del actor superó las 72 horas ni que la misma se prolongase mas allá del tiempo estrictamente necesario para la comprobación de la situación legal del recurrente en nuestro país.

Con igual invocación del art. 62.1.a) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, se indica en la demanda que la propuesta de resolución no se ha notificado en el despacho del Letrado, domicilio designado para la recepción de los actos de comunicación, sino que ha tenido lugar en la persona del recurrente y que se ha llevado a cabo sin la presencia de intérprete ni asistencia jurídica, tal como dispone el art. 22 de la L.O. 4/2000.

Al respecto hay que señalar que la asistencia jurídica gratuita y la presencia de un intérprete hay que examinarla desde un punto de vista finalista y su función de evitar situaciones de indefensión no abarca, desde luego, la ne-

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN

cesidad de hallarse presente ambos cuando se notifica la propuesta de resolución. La intervención de ambos profesionales en la información de derechos al detenido y formulación de alegaciones durante la sustanciación del procedimiento administrativo se configura como necesaria cuando surgen las circunstancias que la hacen precisa, pero no advertimos en qué medida resulta obligada cuando se trata de la notificación de la propuesta de resolución en un procedimiento como el preferente donde no existe la posibilidad legal de formular alegaciones (art. 110 y ss. del Real Decreto 864/2001 por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la L.O. 4/2000).

El art. 53.a) de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, modificada por la L.O. 8/2000, tipifica como infracción grave “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada mas de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en dicho plazo”.

La realización de esta conducta tipificada faculta a la Administración para, en aplicación del art. 57, en lugar de la imposición de la correspondiente multa, iniciar la tramitación de expediente administrativo de expulsión, opción ejercitada en el presente caso y que no puede decirse que sea desproporcionada antedicha la entrada irregular del demandante en territorio nacional y la carencia absoluta de documentación que autorizase su estancia o residencia.

Por último, el que la prohibición de entrada alcance los cinco años cuando el máximo posible es el de diez años, según establece el art. 58 de la L.O. 4/2000, determina que nos encontremos ante el grado mínimo y por tanto ante la imposibilidad de considerar desproporcionada la sanción impuesta.

(St. de 2 de abril de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).

SENTENCIA

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Justiprecio. Intereses de intereses: presupuesto de su exigibilidad. Si no fueron objeto de pretensión en la fijación de justiprecio pueden ser objeto de pretensión separada en el contencioso y no constituye un supuesto relativo a la ejecución de Sentencia.

Se impugna en el presente proceso la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada el día 14 de septiembre de 2000 por parte de la Compañía mercantil John Harvey B.V., entidad absorbida por la

aquí recurrente, dirigida al Ayuntamiento de Jerez de la Frontera en reclamación del pago de los intereses legales originados por el retraso en el abono de los intereses legales de demora (intereses compuestos) devengados en la determinación y pago del justiprecio correspondientes a la expropiación forzosa por el Ayuntamiento demandado para la ejecución del Proyecto de apertura y urbanización del enlace sobre calle Arcos.

Con carácter previo se invoca en la contestación a la demanda la inadmisibilidad del recurso en base a lo dispuesto en el art. 58 en relación con el art. 69 d), ambos de la LJCA, al entender que la cuestión debatida es propia del trámite de ejecución de sentencia en el recurso nº 355/86 y 29/87 acumulados, donde se ventiló el tema referido a la fijación del justiprecio.

Al respecto hay que señalar que la reclamación que aquí se formula de abono de los denominados intereses compuestos no constituyó objeto de pretensión en el recurso de fijación del justiprecio. Esta circunstancia justifica la articulación de un pretensión separada dirigida a la obtención de un declaración judicial que reconozca el derecho al abono de los intereses de los intereses legales devengados en la determinación y pago del justiprecio y extraer tal cuestión del trámite de ejecución de sentencia.

Entrando en el fondo del asunto es preciso hacer la siguiente relación de hechos, por lo demás aceptados por ambas partes:

1º) impugnado el acuerdo de fecha 23 de mayo de 1986 del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, su definitiva determinación en la cantidad de 119.987.891 ptas tuvo lugar por sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de febrero de 1995, procediéndose a su total pago, mediante compensación con tributos locales adeudados por la expropiada, con fecha 10 de octubre de 1996.

2º) mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 1996 se solicita el abono de los intereses a que se refieren los arts. 56 y 57 LEF devengados como consecuencia del retraso en la determinación y pago del justiprecio y que fijados por acuerdo municipal en la cantidad de 111.211.656 ptas y aceptados por la actora, son definitivamente abonadas, al igual que con el justiprecio mediante compensación de débitos por tributos locales, en fecha 20 de noviembre de 1998.

3º) el 14 de septiembre de 2000 es cuando por escrito se intima a la Corporación demanda a que abone los intereses compuestos referidos en el fundamento primero y que, cuantificados en la cifra de 59.127,20 euros, serían los devengados durante el periodo comprendido entre el 8 de noviembre de 1996 (fecha de reclamación de los intereses iniciales en la determinación y pago del justiprecio) y el 20 de noviembre de 1998 (fecha de abono de dichos intereses).

Los intereses de demora en la tramitación y pago del justiprecio constituyen, una vez abonado éste, una deuda de cantidad líquida que, de no pagarse, genera, conforme a lo dispuesto en el art. 1.101 del Código civil, una obligación de indemnizar daños y perjuicios si se hubiese incurrido en mora, cuya indemnización, al tratarse de una obligación dineraria, ha de con-

sistir, salvo pacto en contrario, en el interés legal, de acuerdo con el art. 1.108 del Código civil, e incurriéndose en mora desde que el acreedor exige judicial o extrajudicialmente el abono de los intereses una vez satisfecho el justiprecio, según lo establecido en el art. 1.100 del Código civil. No queda por tanto pendiente el nacimiento del derecho al abono de los intereses de intereses a que los intereses de demora en la fijación y pago del justiprecio se fijen cuantitativamente pero, puesto que el impago de los intereses devengados en la determinación y pago del justiprecio es el que genera la obligación de indemnizar daños y perjuicios, que es en lo que consiste lo que se ha venido en denominar intereses compuestos, requisito necesario para que nazca el derecho es, no solo que exista la interpelación o reclamación de dicha indemnización sino que, además, a la fecha de tal solicitud o reclamación no se haya abonado la totalidad de los intereses de los arts. 56 y 57 LEF. Es precisamente esta última exigencia la que no se encuentra presente en éste caso pues con fecha 20 de noviembre de 1998 ya se habían abonado por compensación los intereses del justiprecio y ninguna reserva se hizo sobre la existencia de débito de los intereses ahora reclamados, que no lo fueron hasta el 14 de septiembre de 2000. A la fecha de intimación de su pago ya no existía débito alguno cuyo impago determine el nacimiento del derecho a la indemnización que, a falta de pacto, se cuantifica conforme al interés legal del dinero, razón por la cual procede la desestimación de la presente demanda.

(St. de siete de mayo de 2004.Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).

SENTENCIA

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Expropiaciones urbanísticas. Reversión. No procede en el supuesto de cambio de destino de terrenos objeto de cesiones obligatorias. Solo procede exigir el cumplimiento del Plan.

Se impugna en el presente proceso la desestimación presunta por silencio administrativo de la solicitud formulada el 1 de abril de 2000 dirigida al Ayuntamiento demandado de reversión de una parcela de 4.034,58 m² destinada por el PGOU de 1987 a la construcción de centro educativo y cedida a la Corporación por el demandante por escritura pública de fecha 6 de octubre de 1989.

Aunque indebidamente se haga valer en trámite de conclusiones, el Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda invoca la falta de legitimación del recurrente por cuanto la finca fue cedida por Inmobiliaria Barrameda, ha-

biéndose solicitado la reversión por D. Manuel Cuevas Rodríguez en escrito de 26 de noviembre de 1999 y denegada por acuerdo del Consejo de la Gerencia Municipal de Urbanismo de 14 de enero de 2000.

Con tales hechos parece mezclarse la alegación de que el actor no fuera propietario de los terrenos cedidos y ahora reclamados con la de inadmisibilidad por tratarse de la reproducción de un acto anterior firme y consentido. Lo cierto es que en la escritura pública otorgada el 6 de octubre de 1989 de cesión de los terrenos interviene el demandante en su propio nombre y derecho y en el de su esposa como dueño de los terrenos cedidos y que la primitiva solicitud de reversión la formula D. Manuel Cuevas Rodríguez (por la coincidencia de apellidos se deduce que el hermano del recurrente) en condición de representante de Inmobiliaria Barrameda S.A. y precisamente uno de los motivos de denegación de la reversión era el que dicha entidad no fue la que cedió los bienes. Por tanto ni puede hablarse de falta de legitimación ni de acto anterior consentido y firme.

Igualmente en conclusiones, y sin que se hubiera hecho mención alguna en la contestación a la demanda, se invoca la prescripción de la acción de reversión, alegando que el PGOU de Sanlúcar de Barrameda se publicó en el BOP de 5 de julio de 1997 y la petición de reversión tiene lugar el 11 de abril de 2000.

La desestimación de la “prescripción” que se invoca deriva, no solo de su extemporaneidad al alegarla por primera vez en trámite de conclusiones, sino porque no se concreta, si es que se está refiriendo a los plazos que para solicitar la reversión hace mención el REF, cual de ellos resulta de aplicación. Posibilitado el enjuiciamiento del fondo del asunto, el demandante fundamenta su pretensión de reversión en los siguientes hechos: 1) el 6 de octubre de 1989, el actor cedió obligatoria y gratuitamente al Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda, en escritura pública, en ejecución del PGOU de 1987 que delimitaba la Unidad de Actuación nº 151 como suelo urbano de uso productivo, entre otros, 4.034,58 m² de terreno para la construcción de un centro educativo al servicio de la Unidad de Actuación; 2º) aprobado definitivamente un nuevo PGOU, publicado en el BOP de 5 de julio de 1997, la parcela correspondiente a los terrenos cedidos se clasifican como suelo urbano de uso residencial y si bien el nuevo planeamiento reserva terrenos en igual extensión para equipamiento educativo en el PERI-MO-1 “Monte Olivete”, no se corresponde su ubicación con la parcela cedida gratuitamente.

Sobre la base de tales hechos la pretensión de retrocesión la fundamenta el actor en lo dispuesto en el art. 205.3 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, al señalar que los terrenos afectos a dotaciones no obtenidos por expropiación quedarán adscritos por ministerio de la ley para la implantación del uso de que se trate, así como el art. 40 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones al establecer reglas específicas para la reversión que, si bien se refie-

ren a supuestos de expropiación, entiendo el recurrente que con mayor razón serán aplicables para el caso de cesiones obligatorias y gratuitas.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de diciembre de 2002 (Sala 3ª, Sección 5ª), las cesiones obligatorias y gratuitas contempladas en la legislación urbanística constituyen parte esencial del contenido del derecho de propiedad desde el punto de vista urbanístico y dan efectividad a la participación de la comunidad en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos proclamada en el art. 47 CE. Esto determina la ausencia de privación o recorte alguno del derecho de propiedad, encontrándonos únicamente ante el cumplimiento de un deber, en aplicación de la normativa urbanística.

Si a la anterior anudamos el presupuesto de la existencia de expropiación previa para poder hacer valer el derecho de reversión, o cuando menos la constitución de una donación modal, la consecuencia no puede ser otra que la desestimación de la demanda pues, en el presente caso, ni ha existido expropiación ni donación modal alguna, sino estricto cumplimiento de lo regulado en el entonces aplicable art. 83.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976. El supuesto incumplimiento de la Administración al no dedicar el bien cedido a la edificación de un centro escolar, puede legitimar que se inste el cumplimiento del Plan, pero no otorga un derecho de reversión que resulta inexistente ab initio.

(St. de 6 de febrero de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente. Vázquez García).

SENTENCIA

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Reclamaciones económico administrativas. Sanciones. Graduación.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 28 de julio de 2002 que estima en parte la reclamación nº 41/6600/00 y revocando el acuerdo del Inspector Regional de la Delegación Especial de Andalucía de la A.E.A.T. sanción a la actora con multa de 131.024,32 euros por la comisión de una infracción tributaria grave tipificada en el art. 79 d) LGT en relación con el Impuesto de Sociedades, ejercicio 1995, sustituye la misma por la de multa del 15% de la cuota íntegra negativa indebidamente determinada por el sujeto pasivo a compensar en ejercicios futuros como consecuencia de la deducción del gasto en 311.437.309 ptas.

Tratando de forma inversa a que se exponen en la demanda los argumentos en aras a la declaración de nulidad del acuerdo recurrido, preciso se ha-

ce examinar la alegada caducidad del procedimiento por entender la recurrente que, habiéndose firmado el Acta de conformidad no se inició el procedimiento para la imposición de sanción hasta la resolución de 22 de mayo de 2000, incumpléndose así el plazo establecido en el art. 49 j) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos en relación con el art. 60 de dicha norma.

Del examen del expediente administrativo se advierte que mediando autorización de la Jefatura de la Inspección de 20 de abril de 2000 para que, en su caso, se iniciara procedimiento sancionador y concedida al Inspector Jefe de la URI mediante acuerdo de idéntica fecha en que se emite el Acta de conformidad, se incoa el correspondiente procedimiento que finaliza por resolución de 4 de octubre de 2000. Sobre esta base fáctica no se aprecia a que caducidad puede referirse la demandante con la cita de los preceptos antes transcritos del RGIT y que parece guardar relación con el plazo de un mes para entender producida la liquidación en las actas de conformidad si transcurrido dicho plazo no se rectifica por el Inspector-Jefe.

Considera la Cooperativa actora que ha existido prescripción del derecho de la Administración a la imposición de sanción por cuanto el TEARA viene a anular la inicial resolución sancionadora de la Inspección, sustituyéndola por otra distinta.

Al respecto hay que indicar que no hay sustitución de la infracción, sino del criterio para la determinación de su importe. La infracción grave por la que se sanciona es la del art. 79 d) LGT, es decir, “determinar o acreditar improcedentemente partidas positivas o negativas o créditos de impuestos, a deducir o compensar en la base o en la cuota de declaraciones futuras, propias o de terceros”. Es al momento de su cuantificación cuando no se acepta por el TEARA el criterio de determinación del 10% de la base imponible negativa determinada en exceso por la actora, sino que lo sustituye por el indicado en el fundamento jurídico primero.

Realmente no hay anulación de la sanción sino modificación, en su caso, del importe. Pero incluso aunque admitiéramos dicha anulación la razón por la cual se lleva a cabo no se encuadraría dentro de un supuesto de nulidad de pleno derecho con lo cual las actuaciones llevadas a cabo por la Inspección de Tributos supondrían la válida interrupción de la prescripción, sin que en ningún caso hubiera transcurrido el plazo de cuatro años para entender producida la misma.

Como razones de fondo determinantes de la improcedencia de la sanción se invoca la ausencia de intencionalidad y de lesión a la Hacienda Pública que, además, implicaría que nos encontrásemos en todo caso ante una infracción leve, así como el hecho de que hubiere consignado todos los datos en la declaración tributaria, sin ocultación alguna ni manipulación contable, sino una distinta pero razonable interpretación de la norma. Se menciona igualmente en la demanda que tratándose de una Cooperativa Agraria que funciona con excedente neto cero, no hay perjuicio económico posible con lo que la sanción sería desproporcionada.

Ninguno de tales argumentos puede ser acogido. La actora no niega los hechos determinantes de la infracción: computar indebidamente una partida deducible de los ingresos consistente en créditos de la sociedad frente a los socios cooperativistas que ésta canceló con cargo a los resultados del ejercicio produciendo así un saneamiento de activo no deducible proscrito por el art.14 g) de la aplicable Ley 61/78 reguladora del tributo sin realizar el correspondiente ajuste extracontable.

Frente a ello no se hace mención detallada a la existencia de la discrepancia interpretativa que pudiera justificar el indebido actuar de la Cooperativa, con lo que no existe conflicto razonable de interpretación alguno. Además, la características de la entidad recurrente y especialmente su volumen de negocios hace pensar que la misma estaría dotada de una estructura administrativo-contable y de asesoramiento que evite la incorrección cometida en la declaración o cuando menos, teniendo en cuenta que basta la simple negligencia para hablar de un actuar culpable, debió asesorarse cumplidamente al llevar a cabo la declaración.

Por otro lado el que no se hayan obtenido beneficios y todas las bases imponibles declaradas hasta entonces sean negativas no quiere decir, como señala la Inspección, que un cambio de tendencia en el futuro permita obtener beneficios. Precisamente ello, la existencia de beneficios o no, será dato determinante de la posible compensación a tomar en consideración para el cálculo de la infracción tal y como se indica en el propio acuerdo del TEARA y el hecho de que no exista un perjuicio económico presente y real no quiere decir que no exista infracción pues así se deduce del contenido del art. 79 d) LGT que tipifica como infracción grave la minoración indebida de la cuota íntegra negativa a compensar en el futuro consecuencia de un deducción indebida.

(St. de 14 de mayo de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).

SENTENCIA

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Suelo urbano consolidado. Requisitos. Deberes en dicho suelo.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Gines, en sesión celebrada el día 23 de marzo de 2000 que, aprobando definitivamente el Estudio de Detalle de la parcela situada en C/ Romero Ressendi, esquina a C/ Valdeconejos, establece la compensación de los terrenos objeto de cesión de aprovechamiento medio en la cantidad de 28.484,79 euros, con deducción del 10% del coste de urbanización, por

no ser terrenos aprovechables para el Patrimonio Municipal del Suelo de Gines.

La cuestión que se plantea radica en determinar cual sea la calificación del suelo objeto del Estudio de Detalle y respecto del cual la actora solicitó licencia para la construcción de 16 viviendas unifamiliares, pues la obligación de compensación económica que se impugna solo podría tener lugar si el suelo urbano no estuviera consolidado.

La Administración municipal fundamenta su criterio de que nos encontramos ante un suelo urbano carente de urbanización consolidada en que el certificado emitido por las Compañías suministradoras de energía eléctrica, abastecimiento y evacuación de aguas, no indican que estos servicios presenten características adecuadas para servir a la edificación que sobre el suelo se vaya a levantar.

Por su parte la actora considera acreditativo de la consolidación de la urbanización el que Aljarafesa señale en su informe que en lo referente a las viviendas con fachada a la calle Valdeconejos existe una tubería de 80 mm. de diámetro y en cuanto a las viviendas situadas en la calle Romero Ressendi existe una tubería de 60 mm. de diámetro instalada en la calle, y que respecto al saneamiento existe un colector de 400 mm. de diámetro en ambas calles. Respecto al suministro de energía eléctrica se aportan sendos informes de Sevillana de Electricidad donde se indica que respecto al ambos grupos de viviendas existe la infraestructura eléctrica necesaria para atender dicha electrificación, debiéndose ejecutar en su momento las instalaciones de extensión necesarias según el Decreto 2.949/82, sobre acometidas eléctricas. De los arts. 8 y 14 de la Ley 6/1988, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, se infiere, en lo que aquí interesa, que suelo urbano consolidado por la urbanización es aquel que se ha transformado por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica.

Estamos, por tanto, ante una cuestión de naturaleza probatoria donde la existencia de los servicios y suministros antes referidos no se discute, sino que, la Administración local, en base al informe del técnico municipal, cuestiona el que las instalaciones presenten las características adecuadas para servir a la edificación proyectada.

Este Tribunal, en relación con una parcela situada en la calle Romero Ressendi, esquina con calle José Villegas de la localidad de Gines, se ha pronunciado en sentencia de fecha 7 de febrero de 2003 (recurso 919/2000) considerando que nos encontrábamos ante suelo urbano consolidado, y ello en base a informes idénticos a los que aquí sostiene la pretensión de la recurrente y que son valorados como insuficientes por el Arquitecto Municipal. En la medida en que en el presente recurso nada se aporta por la Administración municipal que desvirtúe el criterio de la Sala de considerar que las infraestructuras existentes son suficientes para entender consolidado por la urbanización el suelo urbano proyectado, se impone, por razones de unidad de doctrina y dado que las instalaciones de servicio eléctrico, abasteci-

miento y evacuación de aguas, en ambas recursos, son las mismas y la edificación pretendida de análogas características y volumen, se impone, repetimos, idéntica solución y, por tanto, con estimación del recurso, declarar la nulidad del acuerdo impugnado en cuanto no considera consolidado el suelo urbano objeto del Estudio de Detalle y dejando sin efecto el deber de compensación económica que en el mismo se establece.

(St. de 30 de diciembre de 2003. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).

SENTENCIA

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Convenios Urbanísticos. Naturaleza y límites.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Huelva, adoptado en sesión ordinaria celebrada el día 27 de mayo de 1999, en cuyo punto nº 17 se aprobó la puesta a disposición de suelo del sistema general docente universitario recogida en el Convenio Urbanístico a suscribir entre el Ayuntamiento de Huelva, Beca Inmobiliaria S.A. y la Universidad de Huelva, sobre gestión del sistema general docente incluido en el Sector nº 4 del S.U.P. del la Revisión del PGOU.

Sobre la base del art. 28 LJCA se insta por los demandados la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo al entender que el mismo no es sino ejecución de los acuerdos anteriores, firmes y consentidos, del Pleno del Ayuntamiento de Huelva, en sesiones celebradas el 31 de octubre de 1996 y el 26 de febrero de 1998, aprobando sendos convenios urbanísticos con la entidad BEKINSA y la Universidad de Huelva.

Al respecto hay que señalar que el 14 de febrero de 1996 se firmó Convenio entre el Ayuntamiento de Huelva y BEKINSA referido a la programación del Sector-4 "Vistalegre-Universidad" en el que dicha entidad inmobiliaria debería incorporarse como empresa urbanizadora en el Plan Parcial 1 "Marismas del Odiel", ofreciéndose como pago de su intervención la adjudicación de suelo para edificar viviendas de protección oficial en el sitio de La Almagra, Jara y El Saladillo (Sector 4 Vistalegre-Universidad y Sector 7-terciario), a cuyo fin se aprobaría una Revisión del PGOU incorporando como suelo urbanizable los terrenos propiedad de BEKINSA, así como una modificación del Plan Parcial 1 "Marismas del Odiel" y ulteriormente el Proyecto de Compensación y Urbanización.

El posterior acuerdo entre el Ayuntamiento de Huelva y la Universidad de esta ciudad prevé el incremento de suelo dotacional universitario en la intermediaciones del Campus El Carmen, que son aquellos sobre los cuales BE-

KINSA disponía de una opción de compra (después devino propietaria) ubicados en el sitio de La Almagra, Jara y Saladillo.

Es precisamente sobre terrenos del Sector 4 sobre los cuales, en el Convenio que aquí viene a impugnarse, BEKINSA se compromete a su adquisición y puesta de disposición como Sistema General del Ayuntamiento para que la Universidad de Huelva pueda en su superficie construir dotaciones universitarias ampliando las ya existente y en correspondencia la entidad inmobiliaria compensa los excesos de aprovechamiento en otras unidades, concretamente en el Sector 8-Seminario.

De esta relación de hechos se advierte que efectivamente ha existido una sucesión de acuerdos entre las entidades demandadas que guardan relación entre ellos por su naturaleza urbanística y porque, en definitiva, vienen a culminar una actuación de ordenación del suelo en el que se encuentran implicadas todas ellas. Sin embargo, la no impugnación de los dos primeros convenios por el Grupo municipal recurrente no significa que se encuentren vedadas las posibilidades de impugnación en sede judicial del Convenio objeto del presente proceso. La articulación de motivos de impugnación diferenciados de los de posible referencia a los acuerdos anteriores, al margen de tratarse de decisiones distintas, posibilita la interposición de un recurso contencioso-administrativo dirigido a la declaración de nulidad aunque los anteriores hayan adquirido firmeza por su falta de impugnación.

Entrando en lo que constituye el fondo del asunto, la demanda se limita a hacer mención de la nulidad del Convenio Urbanístico por suponer una renuncia a la potestad de planeamiento por vía contractual, apoyándose en los informes técnico y jurídico municipales y la utilización del sistema de ocupación directa para la obtención de terrenos sin que, además, se hubiere, a la fecha de firma del Convenio, aprobado definitivamente la modificación del PGOU.

El Tribunal Supremo (sentencias de 7-5-86, 29-4-89, 7-11-90, entre otras), ha declarado la naturaleza contractual y el carácter administrativo de los convenios urbanísticos, señalando que la finalidad de dichos convenios no puede ser distinta de la legalmente predeterminada para la actividad de planeamiento urbanístico. En caso contrario, si los objetivos perseguidos por los intervinientes van más allá de los objetivos que la Administración tiene encomendados, la causa se torna ilícita y, con ello, el convenio queda viciado. A través de los convenios urbanísticos se facilita la gestión del planeamiento urbanístico, pero no se puede articular un nuevo sistema de actuación al margen de los regulados por la legislación urbanística. En modo alguno el convenio puede implicar derogación ni un beneficio de la Administración ni en beneficio de los particulares, de las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede condicionar el ejercicio de las potestades urbanísticas, por ser el urbanismo una auténtica función pública indisponible e irrenunciable. De aquí que no resulte admisible una "disposición" de la potestad de planeamiento por vía contractual, independientemente que pueda generar el derecho a una indemnización, ni las facultades de la Comunidad Autó-

noma relativas a la aprobación definitiva del correspondiente instrumento de planeamiento pueden quedar limitadas por los acuerdos que con carácter previo hallan podido concluir los Ayuntamientos y los particulares.

Al hilo de lo expuesto es de donde se conviene la legalidad del Convenio Urbanístico impugnado. En dicho acuerdo no es cierto que, sin modificación alguna del planeamiento, se formalice ocupación directa de terrenos o se produzca la alteración de la clasificación y calificación de suelo. Lo que hay es una previsión por la que BEKINSA ejercitaría su opción de compra sobre determinados terrenos que ulteriormente pondría a disposición del Ayuntamiento para ampliación de instalaciones universitarias en tanto que se le reconociera a dicha entidad el exceso de aprovechamiento con compensación en terrenos del Plan Parcial-8, todo lo cual se ha llevado a cabo, así como lo referentes a los convenios urbanísticos anteriores, mediante la aprobación el 13 de octubre de 1999 por el Consejero de Obras Públicas de la Junta de Andalucía de la Revisión del PGOU, recogiendo las previsiones convenidas con anterioridad. No hay, por tanto, ni disposición contraria al planeamiento ni acuerdo de contenido contrario a la legalidad urbanística, sino simple previsión que ha cumplimentado el trámite de obligada observancia de modificación del planeamiento que, por lo demás, no consta que haya sido impugnado por el Grupo municipal recurrente.

(St. de 2 de abril de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).

SENTENCIA

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Planeamiento urbanístico.- Programas de actuación urbanística. Actuaciones urbanísticas integradas. Modificación de los plazos por desviaciones entre la ejecución real y las previsiones de planeamiento.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), en sesión celebrada el día 3 de septiembre de 1998, aprobando definitivamente la Modificación Puntual nº 1 del PGOU -Revisión de los Programas de Actuación- en lo referente a la actuación "SG-EL-05 Casa Arizón" cuyo inicio de ejecución, originariamente previsto para el segundo cuatrienio, año 5º, pasa al primer cuatrienio, año primero.

Comienza la demanda articulando un recurso indirecto contra el acuerdo de fecha 30 de octubre de 1996 del Pleno del Ayuntamiento de Sanlúcar de Barrameda por el que se aprueba definitivamente la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana en cuanto que terrenos propiedad de los re-

currentes son calificados como “Sistema General SG-EL-5.Casa Arizón”, incluyendo igualmente referencias a la ilegalidad del acuerdo municipal de 19 de noviembre de 1997 aprobando el Proyecto de Delimitación del Sistema General referido.

Precisamente al amparo de la impugnación del último de los acuerdos referidos en el párrafo, el recurso contencioso-administrativo nº 3.145/97, de esta misma Sección, abordó la cuestión referida, no solo a la legalidad de dicho Proyecto de Delimitación, sino también a la impugnación indirecta de la Revisión del PGOU, argumentando idénticos motivos de nulidad a los hechos valer en el presente recurso. En la medida en que el recurso nº 3.145/97 finalizó por sentencia de fecha 10 de mayo de 2001, desestimando las pretensiones anulatorias en el mismo ejercitadas, el efecto de cosa juzgada determina la imposibilidad de que en este proceso volviéramos a pronunciarnos sobre lo ya resuelto, debiendo igualmente desestimarse la pretensión que se reproduce en la demanda como recurso indirecto contra el acuerdo de Revisión del PGOU.

Queda por tanto la cuestión a dilucidar reducida a la Revisión del Programa de Actuación en cuanto que adelanta al primer cuatrienio, primer año, la ejecución del Sistema General-Espacios Libres-5 “Casa Arizón”.

Se señala en la demanda que la revisión del Programa de Actuación no resulta legalmente viable al no haber transcurrido los cuatro años fijados por el art. 127 de la Ley del Suelo-Texto Refundido de 1992, pues la aprobación definitiva del Texto Refundido de la Revisión-Adaptación del PGOU es de 5 de julio de 1997, y no concurrir la causa de posible revisión contenida en el art. 1.4 de la Normativa Urbanística del PGOU-Revisado. Además, se añade, la justificación que para la revisión se contiene en el informe del Arquitecto Municipal de 28 de noviembre de 1997, donde se habla de la “formalización de un aparcamiento de gran importancia para el desarrollo urbano” no resulta creíble y, en realidad, lejos de tratarse de una actuación en beneficio de la totalidad del municipal, como sería propio de un sistema general, se trata de una previsión, motivada por la formalización del Convenio Urbanístico entre el Ayuntamiento y la entidad Casa Grande Arizón S.A., y dirigida exclusivamente a la rehabilitación como establecimiento hotelero de la Casa Grande Arizón, precisando por ello por un aparcamiento subterráneo, zona verde y demolición de las fincas colindantes como eran las de los recurrentes.

Del examen de los argumentos contenidos en la demanda, extractados en el fundamento anterior, se advierte, en primer lugar, la reproducción de la cuestión de si es correcta o no la calificación como sistema general de la actuación prevista, aspecto ya resuelto en la sentencia que puso fin al recurso contencioso-administrativo nº 3.145/97 y sobre la cual no cabe reabrir su análisis.

Respecto a la posibilidad, no transcurrido el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 127 de la Ley del Suelo-Texto Refundido de 1992, hay que señalar, en primer lugar, que dicho precepto establece la previsión de revisión

necesaria de los Programas de Actuación transcurrido dicho plazo cuatrienal, pero no impide que la misma tenga lugar con anterioridad. Precisamente, en base a dicha posibilidad, el art. 1.4 de la Normativa Urbanística del PGOU establece que la revisión del Programa de Actuación del Plan General tendrá lugar necesariamente cuando el Ayuntamiento u otros organismos públicos necesiten iniciar obras, inversiones o acciones no contempladas en el Programa, en forma y cuantía que impidan o alteren sustancialmente el cumplimiento de las previsiones de éste, ya sea en su conjunto o en lo referente a sectores determinados de inversión. Sobre la base de lo regulado en tal normativa urbanística y haciendo referencia el Arquitecto Municipal a que es objetivo del Ayuntamiento el proceder de modo inmediato a la construcción de un aparcamiento previsto en el Plan General y terminar de configurar el espacio urbano que conformará la plaza adjunta al Edificio Casa Arizón, es donde el acuerdo municipal encuentra justificación para la revisión (o mas propiamente modificación simplificada) impugnada.

El Programa de Actuación Urbanística tiene como objetivo la realización de unidades urbanísticas integradas, entendiéndose como tales, resumidamente, y en base a lo que establece el art. 71.2 RP, aquéllas que no requerirán para su correcta funcionalidad la ejecución de más obras o la implantación de más servicios que los de creación por la propia actuación y, en su caso, los ya existentes. Cuando existe una desviación entre la evolución real de la ejecución del planeamiento y la prevista en el correspondiente Programa de Actuación, no solo es precisa, sino incluso necesaria, la revisión del mismo. El suelo urbanizable no programado al ser ordenado a través de un Programa de Actuación Urbanística se convierte en suelo urbanizable programado y la modificación de una de sus determinaciones, cual es la previsión de su desarrollo en etapas, no puede limitar lo que constituye ejercicio fundamental de la potestad de planeamiento para la configuración de los plazos en los que las actuaciones previstas deban iniciarse, máxime cuando, como en el presente caso, se justifica el adelanto respecto a lo inicialmente previsto por la necesidad de construcción del aparcamiento y configuración del espacio que conforma la plaza adjunta al Edificio Arizón y sin que por los actores se haya articulado razón alguna que tienda a demostrar la innecesariedad o arbitrariedad de la actuación urbanística a la que se confiere prioridad. De aquí que deba desestimarse el recurso contencioso-administrativo.

(St. de 12 de marzo de 2004. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García).

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

Las elecciones al Parlamento de Andalucía

Manuel Medina Guerrero

La pretensión de celebrar las elecciones al Parlamento de Andalucía conjuntamente con las generales el día 14 de marzo exigió que el Presidente de la Junta recurriese a la potestad de disolver anticipadamente la Cámara; facultad que, no prevista inicialmente en el texto estatutario, sí le sería atribuida por la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma. En efecto, al haberse elegido el Parlamento el 12 de marzo de 2000, no quedaba otra opción que la disolución anticipada, dada la exigencia del art. 28.3 EAA de que las elecciones habrán de celebrarse “entre los treinta y sesenta días posteriores a la expiración del mandato” de los diputados, cuya duración -como es sabido- es de cuatro años (art. 26.3 EAA). Así, pues, tras la pertinente previa deliberación del Consejo de Gobierno (art. 55.1 de la Ley 6/1983), se dictó el Decreto del Presidente 1/2004, de 19 de enero, de disolución del Parlamento y de convocatoria de elecciones.

Además, obviamente, de la fijación de la fecha de las elecciones¹, todo Decreto de disolución ha de tener un contenido mínimo, que le viene impuesto por la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía. De una parte, su artículo 14.2 requiere que establezca la fecha de la sesión constitutiva del Parlamento, “que tendrá lugar -precisa el mencionado artículo- dentro de los veinticinco días siguientes al de la celebración de las elecciones”. Y, de conformidad con este precepto, el artículo quinto del Decreto 1/2004 dispone que el “Parlamento elegido celebrará su sesión constitutiva el día 31 de marzo a las 12 horas”. Y, de otra parte, el art. 17.4 de la Ley Electoral de Andalucía impone que el Decreto de convocatoria especifique el número de diputados a elegir en cada circunscripción; requisito que no es sino consecuencia obligada de la circunstancia de que la Ley Electoral haya renunciado a repartir de-

¹ De acuerdo con el art. 14.2 de la Ley Electoral de Andalucía, la fecha de la votación “no podrá estar comprendida entre los días 1 de julio y 31 de agosto”.

finitivamente los ciento nueve escaños entre las diferentes provincias, optando, por el contrario, como es habitual, por fijar un mínimo inicial de diputados por provincia (ocho) y distribuir los restantes en función de la población². La aplicación del procedimiento contemplado en el art. 17 de la Ley Electoral arrojó la siguiente asignación de diputados: Almería, once; Cádiz, quince; Córdoba, trece; Granada, trece; Huelva, once; Jaén, doce; Málaga, dieciséis; Sevilla, dieciocho (artículo tercero del Decreto 1/2004). Por último, puede ser de algún interés reseñar que, con independencia de este “contenido necesario” de los Decretos de convocatoria, el Decreto 1/2004 quiso precisar además el período de tiempo durante el que se desarrollaría la campaña electoral, fijando su comienzo a las cero horas del 27 de febrero y su finalización a las cero horas del 13 de marzo (artículo cuarto).

A diferencia de experiencias anteriores, este período electoral estaba llamado a desarrollarse en un escenario político novedoso, dada la concurrencia -junto a los cuatro partidos con representación parlamentaria- de dos formaciones políticas con aspiraciones fundadas de obtener algún escaño, a saber, la coalición Foro Andaluz y el Partido Socialista de Andalucía, encabezadas, respectivamente, por Manuel Pimentel y Pedro Pacheco. Ante las dificultades que suelen encontrar las nuevas formaciones para hacer llegar su mensaje al electorado, era previsible que uno de los principales objetivos que perseguirían tanto la coalición como el PSA durante el período electoral sería la de abrirse algún hueco en los medios de comunicación de titularidad pública. De ahí que ambas formaciones recurriesen ante la Junta Electoral de Andalucía, con base en el art. 66 de la LOREG³, el “Plan de cobertura informativa” de la

² En concreto, el artículo 17.3 establece el siguiente procedimiento para repartir esos cuarenta y cinco escaños:

“a) Se obtiene una cuota de reparto resultante de dividir por cuarenta y cinco la cifra total de la población de derecho de las ocho provincias.

“b) Se adjudican a cada provincia tantos diputados como resulten, en números enteros, de dividir la población de derecho provincial por la cuota de reparto.

“c) Los diputados restantes se distribuyen asignando uno a cada una de las provincias cuyo cociente, obtenido conforme al apartado anterior, tenga una fracción decimal mayor”.

³ Según establece el artículo 66 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General: “El respeto al pluralismo político y social, así como la neutralidad informativa de los medios de comunicación de titularidad pública en período electoral, serán garantizados por la organización de dichos medios y su control previstos en las Leyes. Las decisiones de los órganos de administración de los referidos medios en el indicado período electoral son recurribles ante la Junta Electoral competente de conformidad con lo previsto en el artículo anterior y según el procedimiento que la Junta Electoral Central disponga”. Y, por su parte, la Instrucción de 13 de septiembre de 1999 de la Junta Electoral Central, que desarrolla el transcrito art. 66, establece lo

campana electoral acordado por la Empresa Pública de la Radio y Televisión de Andalucía, que las excluía de los debates al adoptar como criterio para la participación en los mismos la representación obtenida en las anteriores elecciones por las diferentes fuerzas políticas. Frente a otras interpretaciones posibles más generosas, la Empresa Pública RTVA adoptaba así un criterio estricto -el de la representación parlamentaria-, que, sin embargo, no podía considerarse -como fallaría la Junta Electoral de Andalucía- contrario a los principios de pluralismo y neutralidad informativa. No debe soslayarse a este respecto que el criterio de la representación parlamentaria ya ha sido empleado en el plano legislativo para fundamentar el acceso a los medios de comunicación, y que su utilización ha sido considerada acorde con el marco constitucional. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la STC 63/1987 a propósito del art. 14.1 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, reguladora de las distintas modalidades de referéndum, según el cual sólo “tendrán derecho al uso de espacios gratuitos [en los medios de difusión de titularidad pública] los Grupos políticos con representación en las Cortes Generales”. En efecto, en esta Sentencia se rechazó la pretensión de que se le reconociera este derecho defendida por la “Mesa para la Unidad de los Comunistas”, que contaba entre sus filas con un diputado y senador provenientes de un grupo parlamentario al que abandonaron. Según argumentó el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico séptimo, esta decisión del legislador se acomodaba al mandato contenido en el art. 20.3 CE, de acuerdo con el cual la ley ha de garantizar el acceso a los medios de comunicación públicos “de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”:

«[...] que la “representación” parlamentaria de los grupos políticos que se toma como criterio a estos efectos sea la “obtenida”, como la propia Ley dice, en las “últimas elecciones generales” -no, por lo tanto, la que después haya podido adquirirse en virtud de actos individuales de afiliación-, tiene, por otro lado, un sólido fundamento en la *ratio* misma de la regulación legislativa, orientada a actualizar, en este punto, la previsión genérica que, como vimos, se recoge en el art. 20.3 de la Constitución. Pretende allí la Norma fundamental que por la Ley se asegure a los grupos sociales y políticos “significativos” su acceso a los medios públicos de los que ahora se trata y es de todo punto claro que esa cualificación constitucional -la “significación” por la “representa-

que sigue en su apartado primero: “Durante el período electoral, las decisiones y actuaciones del Director y de los órganos de administración y dirección de los medios de comunicación de titularidad pública que puedan tener incidencia en el proceso electoral, serán recurribles ante la Junta Electoral Central o, en el caso previsto en el apartado 6 del artículo 65 de la Ley Electoral, ante la Junta Electoral de la respectiva Comunidad Autónoma. La impugnación habrá de basarse en violación del respeto al pluralismo político y social o a la neutralidad informativa en los medios”.

ción” en las Cámaras- no la muestran los grupos políticos sino cuando los mismos se hallen presentes en el Parlamento a resultas de los sufragios que en su día recabaron ante el cuerpo electoral, porque sólo en tal caso esa presencia parlamentaria que la Ley exige será indicativa -“significativa”, en la expresión constitucional- del arraigo o implantación del grupo en cuestión entre el electorado. Fuera de esta hipótesis, que es la común, la ulterior integración de parlamentarios en un grupo político que no presentó candidatos propios en las anteriores elecciones, o que no logró conseguir para ellos el apoyo del cuerpo electoral, podrá ser relevante a efectos de la organización y funcionamiento interno de las Cámaras, según dispongan sus reglamentos, pero no en lo relativo a la determinación de la significación del grupo mismo, que no recabó o no obtuvo de los ciudadanos los sufragios que hubieran podido llevarle como organización en la que se hubieran encuadrado candidatos electos, hasta las instituciones públicas representativas».

La aplicación de esta doctrina a los casos del Foro Andaluz y del PSA -especialmente relevante respecto de este último, dado que Pedro Pacheco adquirió en la pasada legislatura su condición de parlamentario en el seno de otro partido- conducía necesariamente a no apreciar ningún quebrantamiento constitucional en la decisión de la Empresa Pública RTVA, por más que, obviamente, puedan barajarse otros criterios más generosos para reflejar el arraigo o implantación en la sociedad de los diferentes fuerzas políticas concurrentes en las elecciones.

Aunque en lo concerniente a las denuncias presentadas ante la Junta Electoral de Andalucía, ninguna tuvo mayor repercusión en la opinión pública que la suscitada a propósito del debate televisivo que se celebró en Canal Sur el cuatro de marzo entre los candidatos a la presidencia de la Junta de las cuatro formaciones con representación parlamentaria. Según reflejaron diferentes medios de comunicación, el PP intentó que la Junta Electoral suspendiera la emisión del debate fundamentándose en la argumentación de que los tonos “rojo, naranja y amarillo” de la zona ocupada por su candidata en el debate podían “transmitir al espectador una sensación poco relajante y agresiva”; mientras que, por el contrario, el color azul que predominaba en el emplazamiento del candidato del PSOE podía “resultar bastante agradable al espectador”. Pues bien, tras efectuarse una inspección ocular, la Junta Electoral de Andalucía desestimó la denuncia, tildando de “superficial” la consistencia de las razones esgrimidas, al considerar que los espectadores atenderían “más al fondo de los discursos” que al color del decorado utilizado⁴.

⁴ Las referencias a esta denuncia proceden del *Diario de Sevilla* del 5 de marzo de 2004, sección “Elecciones 2004”, pág. 3.

Un asunto tradicionalmente proclive a generar controversias durante el período electoral es el relativo a la inauguración de infraestructuras o al comienzo de las obras por parte de los diferentes poderes públicos, al entenderse que pueden ponerse en peligro la objetividad y transparencia del proceso electoral, así como el principio de igualdad. Y, como cabía esperar, también ha sido conflictiva esta práctica en las últimas elecciones autonómicas, pues lo cierto es que el marco normativo aplicable a estos supuestos dista mucho de estar perfilado. El referido marco normativo se halla compuesto, de una parte, por la Instrucción de la Junta Electoral Central, de 13 de septiembre de 1999, sobre el objeto y los límites de las campañas institucionales, que se dictó en desarrollo del artículo 50.1 LOREG⁵. En principio, esta Instrucción permite la realización de aquellas campañas “que puedan resultar imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos”; aunque puntualiza a continuación que, en cualquier caso, dichas campañas “no podrán contener alusiones a los logros obtenidos durante su mandato por el poder público que realice la campaña ni imágenes o expresiones coincidentes o similares a las utilizadas en sus propias campañas por alguna de las entidades políticas concurrentes a las elecciones”.

De otro lado, este régimen jurídico se completa con la Ley autonómica 4/1999, de 12 de mayo, reguladora de la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas. Ley cuyo artículo 3 clasifica a las actividades publicitarias en los dos siguientes grupos:

“a) Aquellas que tienen por finalidad informar, en orden a favorecer la transparencia y concurrencia, sobre actos y procedimientos administrativos y los servicios que prestan las Administraciones Públicas andaluzas; difundir la imagen de Andalucía o del ámbito de cada Administración con fines de promoción turística; favorecer la existencia de hábitos saludables individual o colectivamente; promover el ejercicio de derechos o el cumplimiento de deberes en condiciones de igualdad y fomentar actitudes y comportamientos de los ciudadanos en relación a bienes o servicios públicos de carácter educativo, cultural, social, sanitario, de fomento de empleo u otros de naturaleza análoga.

“b) Aquellas actividades, distintas de las anteriores, cuyo objetivo es informar, con carácter general, sobre los proyectos, las realizaciones o logros en la gestión pública”.

Y, como dispone a continuación el artículo 6.2 de la Ley 4/1999, es únicamente la publicidad institucional señalada en el apartado b) la que “no po-

⁵ BOE núm. 222 de 16 de septiembre de 1999, pág. 33352.

drá realizarse durante el período comprendido entre el día de publicación de la convocatoria de elecciones y el día de la votación”.

En la práctica, la interpretación de estas restricciones a la actividad de los poderes públicos durante el período electoral ha sido relativamente pacífica en lo que concierne a la inauguración de edificios o, en general, infraestructuras cuando éstos ya están terminados, toda vez que la Junta Electoral Central entiende que ésta es una actuación habitual de las Administraciones Públicas, que, obviamente, no pueden ver paralizada su actividad ordinaria con ocasión de las elecciones. Por tanto, cuando se trata de la inauguración de obras terminadas, suele considerarse excluida la intencionalidad electoral del acto. Por el contrario, mucha menor seguridad existe en torno a las inauguraciones que no tienen por objeto obras ya concluidas, sino el comienzo o la prosecución de las mismas. De ahí que, ante la ausencia de criterios claros y definitivos en relación con el interrogante de si las actividades de colocación de “primeras piedras” y similares constituyen o no actos de campaña electoral, el PSOE decidiera elevar una consulta sobre el particular a la Junta Electoral de Andalucía; consulta que sería resuelta mediante Acuerdo adoptado el 11 de febrero⁶. En esta decisión, la Junta Electoral de Andalucía comenzaría recordando la doctrina mantenida de forma constante por la Junta Electoral Central sobre “la procedencia de la inauguración de edificios o instalaciones de carácter público, dado que el interés general al que responde su puesta en funcionamiento no debe retrasarse por su coincidencia con el período electoral, pues en estos casos debe primar, por encima de cualquier prevención sobre el significado electoral de esos actos, los intereses públicos y generales que van a servir”. “Sin embargo -apuntaría de inmediato la JEA-, ese parecer no es trasladable con idéntica firmeza cuando se trata de los actos de la colación de primeras piedras o similares”. Y aunque señaló que, en estos casos, habrá de estarse a la “ponderación de los elementos que concurran en el supuesto concreto”, no dejó por ello de apuntar algunos criterios encauzadores de la decisión, a saber:

“1º La colocación de primeras piedras, aunque habitual y frecuente, persigue generalmente proyectar públicamente futuras realizaciones, esto es, promesas claramente explotables con finalidad electoral y por ende contrarias al conjunto de normas antes indicadas.

“2º No obstante, pudiera ocurrir ocasionalmente que un acto de esa naturaleza carezca de propósito electoral, pero tal carácter debe ser deducido de las justificaciones

⁶ Véase el Acuerdo en la página web del Parlamento (www.parlamento-and.es).

y circunstancias aducidas y acreditadas con la antelación imprescindible por el organismo o institución promotor del acto”.

Entrando ya en el examen de los programas electorales defendidos por las fuerzas políticas de mayor implantación, sorprende en cierta medida que el tema de la reforma del Estatuto, que constituye sin duda la principal tarea que habrá de acometer el futuro Parlamento, haya jugado un papel mucho menos relevante de lo que cabía esperar inicialmente. Así es; apenas si se han presentado propuestas concretas o se han vertido críticas al documento presentado al Parlamento por el Presidente de la Junta cuando estaba a punto de agotarse la VI Legislatura.

Y, precisamente, junto a la reforma estatutaria y la segunda modernización, los *medios de comunicación* constituyeron el tercer gran bloque temático que concentró las últimas iniciativas parlamentarias de relieve emprendidas en la pasada legislatura⁷. En efecto, fue la posible creación de un Consejo del Audiovisual un asunto al que los dos principales grupos parlamentarios dedicaron buena parte de su atención en el tramo final de la legislatura. Baste recordar, de una parte, la presentación por parte del PP de una proposición no de Ley instando la constitución de este órgano, que sería rechazada; y el proyecto de Ley de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía que el Gobierno presentó a las Cámaras en el mes de diciembre, cuando era ya inminente la disolución anticipada del Parlamento⁸. Dados estos antecedentes, no es de extrañar que en los diferentes programas electorales se hiciera un ancho hueco al tratamiento, en general, de los medios de comunicación de titularidad pública. De hecho, los cuatro partidos con representación parlamentaria asumían la conveniencia de poner en marcha un órgano de control de los medios, aunque ni IU ni el PA descendían a precisar su concreta estructura ni sus específicas atribuciones. Asimismo existía un amplio acuerdo acerca del nombramiento por parte del Parlamento del director de RTVA, inclinándose los programas del PP y del PA por requerir una mayoría cualificada de 2/3 de los votos, mientras que el socialista no precisaba este extremo, limitándose a señalar que la regulación de dicho nombramiento habría de efectuarse en el marco de la legislación básica del Estado. Por reseñar algunas de las propues-

⁷ No debe soslayarse que este asunto ya jugó un papel destacado en el mismo arranque de la VI Legislatura; véase “Las iniciativas parlamentarias relativas al Consejo del Audiovisual de Andalucía”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000, pág. 247 y ss.

⁸ *BOPA* núm. 614, de 2 de enero de 2004.

tas más específicas vertidas en esta materia, puede citarse la sugerencia de IU de crear una Agencia Andaluza de Noticias, la del PP de proceder a la privatización de Canal 2 de Andalucía, o, en fin, la del PA de poner en marcha, a largo plazo, una emisora de RTV comarcal.

Otro asunto de relieve en el que los diferentes partidos sustentaron sus tradicionales posiciones fue el relativo a la *Administración Local*. Sobre la base de que todos ellos asumen la necesidad de desarrollar un proceso de descentralización competencial que permita una mayor aproximación de la gestión de los servicios a los ciudadanos⁹, hubo diferencias de grado o intensidad en la pretensión de acometer el tantas veces anunciado Pacto Local. Así, por ejemplo, un especial énfasis pusieron el PP e IU en la necesidad de dotar a los Ayuntamientos de nuevas competencias -servicios sociales, vivienda, consumo, deporte, etc.-, garantizándoles al tiempo los medios económicos y los recursos humanos pertinentes para poder ejercerlas adecuadamente. Por lo que hace a las Diputaciones, el PP siguió apostando por su reforzamiento, mientras que el PA planteó la conveniencia de replantearse por completo su papel en el marco de un proceso de comarcalización. Pues, en efecto, continúa siendo un eje central del programa del PA en materia local el que la distribución territorial de Andalucía se realice en función de las comarcas, a las que habría de dotarse de personalidad jurídica propia. También en el programa de IU se consideraba deseable que en la próxima legislatura se aprobase una Ley de Comarcas.

Un lugar protagonista en los programas electorales ocuparon las medidas relativas a la política de *empleo*. Cosa obvia en una Comunidad Autónoma cuya tasa de paro se sitúa más de dos puntos por encima de la media nacional y cuyos habitantes, en consecuencia, siguen considerando al problema del desempleo, con diferencia, como su principal preocupación. En este punto tan sensible se apreció alguna diferencia entre los partidos que habían formado gobierno y los de la oposición, pues sólo los programas de estos últimos apuntaban la posibilidad de que se alcanzase en Andalucía el pleno empleo en un

⁹ Las diferentes posiciones quedaron fijadas ya al comienzo de la legislatura en el Debate General sobre política local que se celebró en sesión plenaria el 13 de septiembre de 2000 ("El debate general sobre política local", *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 39, 2000, pág. 223 y ss.). Por lo demás, la puesta en marcha del Pacto Local constituyó una apuesta decidida del Grupo Parlamentario popular a lo largo de la pasada legislatura (a este respecto, véase "La Proposición de Ley para el Desarrollo de la Descentralización Autonómica a favor de las Entidades Locales de Andalucía", *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 49, 2003, pág. 217 y ss.)

futuro más o menos cercano Así, el PP entendía que éste era un objetivo asequible siempre y cuando se actuase en coordinación con el Gobierno central; y a este respecto anunciaba la aprobación de una Ley general que facilitase el pleno empleo en dos legislaturas. Entre otras cuestiones, esta Ley incentivaría el empleo local a través de la actuación coordinada de la Junta con los Ayuntamientos, establecería programas especiales de empleo y, en fin, reformaría la gestión del recién creado Servicio Andaluz de Empleo. Por su parte, para IU la consecución de dicho objetivo pasaba por la elaboración de un plan de empleo capaz de reducir al 10% la tasa de paro en el plazo de cuatro años. Más modestamente, el programa del PA se fijaba como objetivo reducir el paro hasta alcanzar la media de la Unión Europea; mientras que el del PSOE optaba por no precisar hasta dónde se pretendía disminuir la tasa de desempleo, aunque, obviamente, sí apuntaba algunas medidas al respecto, como la elaboración de planes específicos destinados a los territorios que contasen con un alto índice de paro. Por lo demás, un lugar común de todos los programas fue la lucha contra la siniestralidad laboral, llegándose a barajar propuestas tales como la instauración de un instituto encargado de velar por la seguridad en el trabajo (PP e IU). Asimismo, no faltó en ninguno de los programas un apartado dedicado a la promoción laboral de las mujeres y a fomentar la igualdad en el trabajo. Entre las diferentes medidas apuntadas descuella la de dar preferencia en la contratación pública a las empresas que cuenten con planes de acción para la igualdad (PSOE).

Por lo que hace a la *educación*, hubo una coincidencia generalizada entre los diferentes programas en torno a la implantación del bilingüismo, a la incorporación de las nuevas tecnologías -con el subsiguiente compromiso de garantizar un número suficiente de ordenadores en todos los centros escolares- y a la ayuda pública en materia de libros de texto, llegándose a apuntar como objetivo final la gratuidad de los mismos en determinados supuestos. En relación con los docentes, cabe destacar la propuesta del PA de exigir a los opositores no andaluces la realización de una prueba obligatoria de conocimientos básicos sobre Andalucía. El problema de la financiación constituyó un punto central de los programas en materia de Universidades. Así, mientras que el PSOE y el PP ponían el acento en el compromiso de destinar el 1,5% del PIB a la enseñanza superior, el PA proponía la aprobación de una específica Ley de financiación del sistema universitario andaluz. Un punto descollante del programa de IU en esta materia, junto a la supresión del actual sistema de acceso, era la reforma de la política de financiación de los estudios universitarios (becas, tasas, etc.).

En relación con la política en materia de *medio ambiente*, destaca en los programas del PSOE y del PA la reivindicación de que la gestión de los dos

Parques Nacionales situados en Andalucía (Doñana y Sierra Nevada) pase a manos de las instituciones autonómicas. Por su parte, IU defendió la ampliación del Parque Nacional de Doñana; mientras que el PSOE formuló su intención de proceder a la declaración del Desierto de Tabernas como Parque Natural. De otro lado, para terminar ya con las medidas previstas en relación con los espacios naturales protegidos, el PSOE e IU coincidieron en defender la creación de corredores ecológicos que conectasen la totalidad de dichos espacios existentes en Andalucía. El punto donde se concentraron las mayores divergencia entre las diferentes fuerzas políticas fue el relativo a la fiscalidad ecológica. Como es sabido, este tema recibió una apreciable atención parlamentaria en la recién agotada legislatura, pues se constituyó un Grupo de Trabajo que se ocupó del mismo durante más de un año, y llegaron a aprobarse - con la abierta oposición del Grupo Parlamentario Popular- diversas figuras tributarias de esta naturaleza en la Ley de Acompañamiento para 2004¹⁰. Pese a ello, el programa electoral del PSOE mantuvo la necesidad de desarrollar medidas de fiscalidad ambiental, e igualmente IU incluía en su programa la conveniencia de aprobar una Ley de fiscalidad ecológica. Por el contrario, ni el PA ni el PP -cuya candidata a la Presidencia de la Junta ya había anunciado que, de llegar al Gobierno, anularía las figuras tributarias arriba mencionadas- incorporaron medidas de esta índole en sus respectivos programas. Finalmente, debe señalarse que los cuatro partidos mayoritarios insistieron en la necesidad de mejorar la gestión de los residuos sólidos urbanos, aunque fue tal vez el programa del PP el que mayor énfasis puso en esta cuestión, llegando a proponer la elaboración de una Ley de gestión integral de residuos.

Convertido el encarecimiento de la *vivienda* en una de las principales preocupaciones del conjunto de la población, resultaba poco menos que obligado que los programas electorales pusieran el acento en los instrumentos a emplear para facilitar el acceso a la misma. Se trata, como es palmario, de un asunto en el que difícilmente podía haber discrepancias reseñables entre los diversos partidos; y, efectivamente, se constató una tendencia generalizada a apoyar una mayor intervención pública sobre el particular, mediante la incentivación de la construcción de viviendas de protección oficial y la creación de bolsas de alquileres de viviendas vacías, fundamentalmente.

En materia de *justicia*, coincidían en varios puntos los programas de los partidos mayoritarios, toda vez que tanto el PSOE como el PP defendían la

¹⁰ Cuando se escriben estas páginas, el Ejecutivo central había acordado recurrir ante el Tribunal Constitucional uno de tales tributos, a saber, el que grava el depósito de residuos radiactivos.

constitución de “ciudades de la justicia” en las ocho provincias, la puesta en marcha de un plan para fortalecer las infraestructuras judiciales y, en fin, la promoción de los servicios de atención a las víctimas de los delitos. Entre las diferentes propuestas concretas que se lanzaron durante la campaña, tal vez convenga mencionar la de IU consistente en la creación del Instituto Andaluz del Defensor Público -destinado a apoyar a los letrados de oficio y, en general, a mejorar la eficacia de la justicia gratuita- y la del PSOE tendente a desarrollar un turno de oficio con formación en violencia de género, extranjería, menores y asistencia penitenciaria. El programa más reivindicativo fue sin duda el del PA, ya que contenía sugerencias tales como la ampliación de las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a fin de que las instancias judiciales terminasen ante el mismo, el traspaso de la competencia sobre prisiones y el traslado a Andalucía de los presos andaluces, a excepción de los condenados por delitos de terrorismo.

Por lo que hace al *turismo*, la propuesta programática de más alcance -o, al menos, la más controvertida- fue la procedente del PP de crear una macroconsejería, con sede en Málaga, fruto de la fusión de las actuales Consejerías de Turismo e Industria, que impulsase el desarrollo de un sector productivo industrial auxiliar al turístico. Ninguno de los restantes partidos mayoritarios secundó en modo alguno esta iniciativa. También mantuvo una posición solitaria el PP a propósito de los Paradores Nacionales, pues, frente a su pretensión de mantenerlos bajo el ámbito del Estado, las demás fuerzas políticas con representación parlamentaria defendían su transferencia a la Comunidad Autónoma. Por lo demás, tanto el PSOE, como IU y el PA pusieron el acento en la necesidad de reformar la financiación de los municipios turísticos con el objetivo de asegurarles los medios suficientes para hacer frente al coste que conlleva la prestación de servicios a la numerosa población no residente.

Con independencia de la mayor o menor capacidad persuasiva de los diferentes programas, lo cierto es que el período electoral en Andalucía, hasta los sucesos del once de marzo, se desarrolló con relativa normalidad, sin que concurriera ninguna circunstancia especialmente susceptible de influir -ni mucho menos alterar- el resultado electoral. Los únicos acontecimientos reseñables a este respecto -si excluimos la detención a finales de febrero de dos etarras con una furgoneta cargada de explosivos- jugaron en contra del principal partido de la oposición. Así fue; en primer término, el Ministro de Hacienda, Cristóbal Montoro, convocó para el día cuatro de marzo una reunión con el objeto de examinar la cuestión de la deuda que el Ejecutivo central mantiene con la Junta de Andalucía; reunión que, al concluir sin acuerdo, permitió al PSOE redoblar sus críticas sobre la actuación del Gobierno de la

Nación en un asunto especialmente sensible, como el de la financiación, que, como es sabido, se ha configurado como el principal punto de discordia y confrontación Estado/Junta de Andalucía en las dos últimas legislaturas. Y el segundo acontecimiento digno de mención consistió en la revelación por parte del Tribunal de Cuentas de diferentes irregularidades cometidas por el delegado especial del Consorcio de la Zona Franca de Cádiz; irregularidades que difícilmente podían dejar de empañar la imagen de la candidata a la Presidencia de la Junta de Andalucía del PP, Teófila Martínez, a la sazón presidenta de dicho Consorcio.

Sea cual fuere el alcance de estos acontecimientos, lo cierto es que las diferentes encuestas que se hicieron públicas antes del 14 de marzo ya apuntaban la victoria del PSOE en las elecciones autonómicas. Efectivamente, en todas ellas se ponía de manifiesto la tendencia a la estabilidad del escenario político andaluz, puesto que apenas se producían cambios de relieve respecto de los resultados alcanzados en las últimas elecciones. De una parte, el PSOE parecía consolidar su condición de partido hegemónico, ya que, a pesar de haber gozado sin interrupción del respaldo mayoritario del cuerpo electoral desde la constitución de la Comunidad Autónoma, en las encuestas no sólo perdía apoyo electoral, sino que incluso éstas apuntaban que podía ver ligeramente ampliada su ventaja respecto de las elecciones del año 2000. De hecho, en alguna de las encuestas en la que se procedía a la valoración de los líderes políticos, su candidato a la Presidencia de la Junta era el único que recibía la aprobación de los ciudadanos encuestados. Por su parte, el principal partido de la oposición, en contraste con el notable ascenso experimentado en los últimos comicios, veía frenada en seco su aspiración de convertirse en el partido mayoritario, al no reflejar las encuestas más favorables otra posibilidad que conservar los escaños entonces obtenidos, mientras que otras ya señalaban una cierta pérdida de los mismos. Más dificultades para mantener sus escaños predecían, por el contrario, las encuestas respecto de los partidos minoritarios con representación parlamentaria; mientras que algunas reflejaban, a lo sumo, el mantenimiento de los resultados alcanzados en el año 2000 tanto para el PA como para IU, otras sólo contemplaban un ligero ascenso de esta última fuerza política. En cualquier caso, se trataba de unas sombrías predicciones para ambos partidos; máxime si se atiende a que -a diferencia de lo que sucede en las elecciones generales- no puede esgrimirse como justificación que el tamaño de las circunscripciones, combinado con la fórmula d'Hondt, juega claramente a favor de los partidos mayoritarios. Finalmente, ni el Partido Socialista de Andalucía ni el Foro Andaluz parecían llamados a hacerse un hueco en el Parlamento, y ello a pesar de las expectativas que Pedro Pacheco tenía de obtener un escaño en Cádiz y por más que, en algunas encuestas, Ma-

nuel Pimentel fuese el segundo político más valorado inmediatamente después del Presidente Chaves.

En definitiva, las encuestas reflejaban la tendencia a consolidar e, incluso, profundizar un sistema de bipartidismo imperfecto. Y, de hecho, la principal cuestión que dejaban abierta las mismas encuestas era si el PSOE alcanzaría el respaldo suficiente para alcanzar la mayoría absoluta en el Parlamento y, consiguientemente, estaría en condiciones de formar Gobierno en solitario, o si, por el contrario, habría de formar un Gobierno de coalición. Y en este caso, según había manifestado reiteradamente el Presidente de la Junta en funciones, se preferiría mantener el pacto con el PA.

Probablemente resulte imposible medir con un mínimo de fiabilidad hasta qué punto la masacre terrorista del 11 de marzo influyó en la tendencia al voto en las elecciones autonómicas. Pero los resultados que arrojaron las urnas el 14 de marzo distaron considerablemente de las iniciales previsiones en relación con los partidos mayoritarios. Mientras que el PSOE superaba con creces los asientos que le asignaban las más optimistas de las encuestas, alcanzando holgadamente la mayoría absoluta (pues alcanzó 61 escaños, nueve más de los que tenía en la última legislatura); otro tanto sucedió con el PP, pero en sentido inverso (se quedó en 37 diputados, nueve menos que los obtenidos en el anterior Parlamento). Por su parte, tanto IU (6 escaños) como el PA (5 escaños) mantuvieron sin cambios su presencia en el Parlamento, aunque experimentaron un descenso en el número total de votos recibidos. Y, conforme a lo esperado, el PSA y el Foro Andaluz no alcanzaron los votos suficientes para tener representación parlamentaria.

La definitiva asignación de escaños por circunscripciones es la siguiente:

- Almería* PSOE: 6; PP: 5.
- Cádiz* PSOE: 8; PP: 5; PA:1; IU: 1.
- Córdoba* PSOE: 7; PP: 4; IU: 1; PA: 1.
- Granada* PSOE: 7; PP: 5; IU: 1.
- Huelva* PSOE: 7; PP: 3; PA: 1.
- Jaén* PSOE: 7; PP: 4; IU: 1.
- Málaga* PSOE: 8; PP: 6; IU: 1; PA: 1.
- Sevilla* PSOE: 11; PP: 5; IU: 1; PA: 1.

DOCUMENTOS



Crónica del Acto de la Universidad de Florencia de reconocimiento de Eduardo García de Enterria como uno de los protagonistas de la cultura jurídica europea (25 de Octubre 2003)

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz

Qué buena idea tuvimos los juristas de distintos lugares de Europa (entre ellos, cuatro andaluces: Santiago Muñoz Machado, Carmen Chinchilla Marín y –con ejercicio académico permanente en las Universidades de nuestra tierra– José Cuesta Revilla y yo mismo) de ir a Florencia el sábado 25 de octubre de 2003. El motivo bien merece una explicación.

Hace ya casi un lustro que nuestros colegas de la Facultad de Jurisprudencia, como así se llama, de la Universidad de la capital de la Toscana tuvieron la feliz idea de instituir un premio a los “protagonistas de la cultura jurídica europea”. No basta cualquier profesor, o Abogado, por mucho que represente. Ha de tratarse, primero, de todo un protagonista, y, segundo, de alguien versado no en el derecho, sino en la cultura jurídica. Y europea, además. Se trata, para decirlo con las palabras originales, de aquellos juristas que “por la profundidad y la originalidad de su pensamiento, el valor y la trascendencia de su obra científica y su notoriedad fuera de los límites nacionales constituyen un punto de referencia cultural, en particular para los juristas europeos de las viejas y las nuevas generaciones”. Han de ser en definitiva personas casi renacentistas, a quienes la calificación de jurista les conviene, sí, pero no les basta.

Un Comité Científico presidido por Anna de Vita, y compuesto por personas de la procedencia más dispar, designa cada año a uno de esos protagonistas. Primero fue el francés Carbonnier, civilista en su origen y cuyo “Derecho flexible” ha sido desde su publicación una verdadera luz intelectual para muchos de nosotros. Luego, intentando rotar por especialidades y por geografía, vino el penalista alemán Hassemer y más tarde el pensador inglés –si hubiese que encasillarlo diríamos que se trata de un comparatista– Peter Stein.

El año 2003 fue el de nuestro Eduardo García de Enterría. Calificarlo de administrativista y de español no es incierto, pero de nuevo las clasificaciones –a los científicos sociales nos gustan mucho las rúbricas– se quedan muy cortas.

El acto de *entrega* del título, por así decir, consiste en una sesión académica en la que (a diferencia, verbi gracia, con lo que sucede con un Doctorado Honoris Causa) interviene una pluralidad de personas. Italianos fueron en esta ocasión Sorace –el titular de la asignatura en la Universidad anfitriona–, Corpaci, Pizzorusso, Sordi y, con una intervención memorable por su contenido y por la forma, el gran Luciano Vandelli. También habló nuestro colega francés, aunque muy cercano a España por tantas razones, Moderne.

Mención especial merecen las palabras de Fernando Sáinz Moreno, quien puso sobre la mesa unos datos cuantitativos abrumadores (el homenajeado es autor de un total de 506 títulos, entre los cuales hay 29 libros jurídicos y otros 5 de otras materias) para a continuación señalar algo que, de puro obvio, muchas veces pasa desapercibido: que donde está lo más importante del maestro es en su obra no escrita: los Seminarios de los miércoles en la Complutense; la creación de “la escuela”; las clases, las conferencias, la presencia en Tribunales de Tesis; la labor en su día en el Tribunal Europeo de Derecho Humanos; y, en fin, la formidable tarea de su despacho de Abogados, gracias a cuyos escritos (y no exagero si lo indico así) se han introducido en nuestra jurisprudencia en los últimos cincuenta años tantísimos progresos.

El acto concluyó con unas palabras del homenajeado, que, entre otras cosas, formuló un reconocimiento explícito de su deuda con la doctrina italiana.

Fernando Sáinz Moreno tuvo la honradez de confesar que, hablando de quien ha sido directísimamente su maestro, él no podía mostrar eso que se llama objetividad. Lo mismo, por supuesto, me pasa a mí. Pero no creo que incurra en una hipérbole si digo que resulta un placer muy intenso asistir personalmente a estos actos de reconocimiento internacional (como fueron los Doctorados Honoris Causa de París –1977– o de Bolonia –1992–, así como el otorgamiento del Premio Alexis de Tocqueville) de quien sin duda es primer jurista español de nuestra época, cuando además tiene uno el privilegio de haber estado y estar en su círculo académico y personal más inmediato.

La encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas

Antonio José Sánchez Sáez

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
de la Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

Más que en ninguna otra rama del Derecho, en nuestra disciplina se cumple la inexorable teoría de Nietzsche sobre el eterno retorno. El avance vertiginoso de la realidad hace que el Derecho Administrativo tenga que dedicar gran parte de sus esfuerzos a explorar nuevos territorios, los cuales, apenas hollados, pierden ya interés para la doctrina. En esa permanente obsolescencia, en esa huida hacia delante, a la Administración se le van cayendo objetos por el camino, que tiene que recoger de vez en cuando para poder seguir avanzando. Esta “vieja maldición” se manifiesta en unas materias más que en otras, y así ocurre con la propia de la organización administrativa, tan estudiada como olvidada, y objeto de permanente mala conciencia para los autores del Derecho Público.

Quizás por ello, la regulación del ejercicio de las competencias administrativas en España se ha caracterizado siempre por la voluntad expresa de permitir un cierto grado de flexibilidad que pueda corregir, en cierta medida, la rigidez del reparto de competencias establecido en la Constitución, con la intención de tolerar su adaptación a las cambiantes circunstancias que puedan suscitarse en cada momento histórico. Este fenómeno se exterioriza, entre otras cosas, en la importancia que el Ordenamiento jurídico concede a los principios de interrelación voluntaria de las Administraciones, como los de cooperación, colaboración, descentralización, subsidiariedad, auxilio recíproco, etc. o en la indefinición formal de las competencias de las Entidades Locales. La propia Constitución y el bloque normativo de atribución de las competencias administrativas incluyen suficientes cláusulas de movilización de las competencias como para superar el entendimiento de las relaciones interad-

ministrativas basado en el principio de separación de competencias y pasar a una concepción consensuada de la actividad interadministrativa que PÉREZ MORENO denomina sugerentemente como “Sistema de Administraciones Públicas”, que llama a una cierta ductilidad relativa en el ejercicio de las mismas, basada en el principio de eficacia.

La encomienda de gestión, como el resto de las instituciones del Capítulo I del Título II de la LRJAPyPAC, nació con esa común finalidad flexibilizadora del principio de irrenunciabilidad de las competencias y tiene en los principios de cooperación y colaboración su génesis y su sustrato mediato¹.

La Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPyPAC) reguló con carácter básico para todas las Administraciones Públicas la denominada Encomienda de Gestión, recogida en su art. 15. Se trata de una institución que, como tantas otras en nuestra disciplina, es deudora del Derecho Local, en cuya Ley Reguladora se había insertado (arts. 27, 37, 106.3 o Disp. Final 5ª LRBRL) como forma de delegación de competencias desde el Estado o las Comunidades Autónomas a las Entidades Locales, o de encargo o auxilio de los Municipios a las Diputaciones para la gestión, liquidación, inspección y recaudación de tributos. Al Legislador estatal le pareció bien incorporar la figura al régimen común de ejercicio de las competencias de las Administraciones, y, aunque su impacto en nuestra disciplina no ha sido tan notorio como otros preceptos de la Ley, es cierto que ha sido normalmente aplicada en todo el Estado, si bien incurriendo en no pocas dudas e incorrecciones que la escasa jurisprudencia recaída hasta el momento no ha acertado a conjurar. En este estudio intentaremos aclarar algo sobre su presupuesto de hecho, su objeto, su régimen jurídico y su naturaleza, diferenciándola de otras figuras cercanas como la delegación, para, finalmente, distinguir brevemente su uso a escala estatal y autonómica del específico estatuto jurídico del que goza a nivel local.

¹ Por encima del concreto ejercicio administrativo de las competencias, a nivel constitucional no solamente el principio de cooperación sino incluso el de coordinación están orientados a “flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar en ninguno de los casos la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación” (Fdto. Jco. 20º de la STC 214/1.989, de 21 de diciembre). El principio de colaboración, como sabemos, se halla “implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución” (Fdto. Jco. 14ª STC 18/1.982, de 4 de mayo y Fdto. Jco. 7ª STC 233/1.999, de 13 de diciembre).

Pero, antes de nada, dejemos constancia escrita del tenor literal del art. 15 LRJAPyPAC, que, por cierto, no ha sufrido modificaciones desde 1.992:

Artículo 15. Encomienda de gestión

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 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 regirá 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 jurídicas 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 esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo.

II. PRESUPUESTO DE HECHO DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN

Aparte el prefijo *-en*, de origen castellano medieval, la etimología de la palabra “encomienda” es claramente latina: *commendare* (*cum-mando*), significa

literalmente “mandar a alguien hacer algo propio”. La misma expresión podía entenderse también como “confiar en alguien”, lo que denota el grado de proximidad o afinidad existente entre el que encomendaba y el encomendado. Así, los romanos “comendaban” a sus sirvientes la realización de recados, los Generales “comendaban” a sus centuriones la ejecución de la estrategia en la guerra o los ciudadanos “comendaban” a los dioses sus plegarias y peticiones. Como veremos, este sentido de “fiducia” o confianza en el encomendado para hacer algo sigue permaneciendo en el significado técnico-jurídico del término, ya que lo que se confía o encomienda suele ser un mandato o deseo propio del encomendante, y esa misma confianza permite al encomendado rechazar la encomienda o, al menos, negociar sus términos.

Con este antecedente, el presupuesto de hecho de la encomienda de gestión se encuentra en el apdo. 1º del art 15. En breves palabras, consiste en la posibilidad que tiene un órgano o Entidad de derecho público de una Administración de encargar la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, porque entiende que sólo con ello se podrá cumplir aquella actividad (porque carezca de los medios apropiados para llevarla a cabo) o porque considera que así se podrá satisfacer mejor la necesidad pública que motiva la atribución de la competencia (porque sabe que el encomendado, por cualquier motivo estrictamente objetivo y jurídico, es más eficaz en su realización o reconoce que los medios de que dispone no son los adecuados para ello). La parte que realiza el encargo se denomina encomendante, y encomendado o encomendero la que lo realiza.

1. Razones que pueden mover a la encomienda: la encomienda como elemento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas y la existencia de una “discrecionalidad interadministrativa” en la atribución competencial

El apdo. 1º del art. 15 LRJAPyPAC establece que son las razones de eficacia o de ausencia de medios adecuados las que pueden motivar la encomienda. Subyace en esa idea el entendimiento de todas las Administraciones que integran el sistema administrativo español como un todo funcional - ya que no orgánico - dirigido a la satisfacción de una misma finalidad: los intereses generales y la calidad con que éstos se prestan. Según esto, la encomienda puede producirse indistintamente, es decir, entre diferentes Administraciones (y, entre ellas, aunque lo normal será que se produzca desde una Administración “superior” a otra “inferior”, también puede darse el caso opuesto²) o, dentro

² Los Departamentos de Presidencia e Interior de la Comunidad Foral de Navarra encomendaron al Ministerio del Interior la realización de las actividades técnica relacionadas con la com-

de una misma Administración, desde un órgano administrativo superior a otro inferior, de uno inferior a otro superior o entre órganos no jerarquizados. Esto quiere decir que lo importante, realmente, no es qué Administración ejerce la competencia sino que la ejerza quien la puede ejercer mejor, con mayor eficacia.

La eficacia es un concepto resbaladizo que, en materia de encomienda de gestión, debe suponer la ponderación de los diferentes parámetros de bondad que puedan concurrir en el ejercicio de la competencia: los medios de que disponga el órgano, el tiempo que tarde en prestar el servicio, la calidad con que lo preste, la cercanía al ciudadano del órgano administrativo, la mayor o menor participación ciudadana en la actividad a realizar, etc. Comoquiera que el mandato de eficacia es indeterminado, **su concreción debería realizarse conjuntamente por todas las Administraciones con intereses sobre la parcela de interés público a la que la competencia afecta** (y no sólo por una o dos Administraciones determinadas), fueran o no inicialmente competentes para llevar a cabo la actividad material o formal de que se trate.

Es por ello por lo que postulamos que en la materia de la organización administrativa debería existir siempre, antes del ejercicio de cualquier competencia, una primera fase de reflexión sobre quién debe ejercerla, que conforma una potestad de atribución conjunta que podríamos denominar de **“discrecionalidad interadministrativa”** (o interorgánica, si las partes negociadoras son órganos de una misma Administración), cuyo marco de libertad de actuación quedaría limitado por las normas de atribución de competencias, y cuyos elementos reglados vendrían concretados por los criterios de eficacia que cada Administración u órgano ostente y los principios básicos de las relaciones administrativas del art. 4 LRJAPyPAC, **y que consistiría en la ponderación conjunta por parte de todas las Administraciones implicadas (y no ya exclusivamente de la Administración que tenga atribuida la competencia) de los intereses ajenos en el ejercicio de las competencias propias** (ex art. 4.1,b) LRJAPyPAC). Tras esa primera fase, la Administración competente estará ya en condiciones de atribuir la competencia a ejercer a la Administración más capacitada para el caso concreto. En ese sentido entiendo que debe jugar la interpretación de la eficacia que exige la encomienda de gestión en el art. 15.1 de la LRJAPyPAC, sólo que en este caso la interpretación de la discrecional-

potencia en materia de juegos propia de la Comunidad, en convenio suscrito entre ambas y plasmado en Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior de 14 de julio de 1.998 (B.O.E. de 31 de julio).

dad interadministrativa o interorgánica de la atribución competencial queda al arbitrio de las partes que integran el convenio de encomienda (y no a todas las potencialmente susceptibles de prestar la actividad material técnica o de servicios precisa), y es precisamente ésta la razón por la que la encomienda atiende más a evitar la ineficacia propia que a buscar a la Administración u órgano más eficaz posible³.

Obviamente, las razones válidamente alegables de eficacia o ineficacia que pueden dar lugar a una encomienda de gestión pueden concitarse por circunstancias sobrevenidas de una manera sorpresiva o por la ineficacia crónica del órgano o entidad de que se trata. En el primer caso estaríamos hablando de un aumento subrepticio y desproporcionado de las competencias propias de un órgano o entidad, ya sean definitivas (motivadas por la atribución de una competencia por una ley o reglamento⁴), o temporales y puntuales (lo que podríamos denominar más bien cometidos), consecuencia de órdenes o actos administrativos de órganos superiores. Por el contrario, otras veces, la ineficacia puede deberse a circunstancias progresivas, como recortes paulatinos de personal, de medios económicos o técnicos.

³ Aunque la idea de la discrecionalidad inter o panadministrativa me parece sugestiva, se topa de bruces con la misma dificultad que intenta solucionar, ya que parece difícil poder encontrar un instrumento capaz de realizarla de manera eficaz, a través del cual todas las Administraciones (y dentro de ellas, todos sus órganos) puedan negociar en condiciones de igualdad la atribución de una competencia formal o material concreta a la Administración (y órgano) más adecuado para ejercerla. **Los convenios pueden ser la solución menos mala al respecto**, y de ello nos dan ejemplo los arts. 6 y 15 de la LRJAPyPAC o la Disp. Adic. 5ª LRBRLL, pero su praxis para este fin requeriría, para salvaguardar las tentaciones y abusos de posición inherentes a toda negociación, un marco legislativo estatal nuevo y adecuado para ello. En ese sentido cabría entender la cita de la STC 214/1.989, de 21 de diciembre, cuando habla de la cooperación como de una especie de “coordinación voluntaria”. **Otra solución para plasmar esa potestad discrecional interadministrativa de atribución de competencias sería la creación de órganos de colaboración interadministrativos**, tal y como dispone el art. 58 LRBRLL, y como también ha refrendado el recientemente aprobado Proyecto de Ley sobre Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que ha añadido a la LRBRLL un nuevo art. 120 *bis* en el que se viene a exhortar al Estado a que colabore con las CC.AA. con el fin de crear órganos de cooperación conjuntos en materia de régimen local, tanto bajo la forma jurídica de Conferencia Sectorial como de otra naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la LRJAPyPAC.

⁴ Así, el art. 15 y la Disp. Transit. 15ª de Ley 30/1.984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Administración Pública, motivaron la convocatoria de pruebas selectivas para el ingreso en la Escala Técnica de Gestión de Organismos Autónomos (grupo A), en la Escala Administrativa de Organismos Autónomos (grupo C) y en la Escala Auxiliar de Organismos Autónomos (grupo D), cuya gestión, por razones de eficacia, la Secretaría de Estado para la Administración Pública encargó al I.N.E.M. Vid. Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 23 de diciembre de 1.998 (B.O.E. de 5 de enero de 1.999).

En condiciones dotacionales o de cualificación parejas, la mayor o menor eficacia en la prestación de la actividad encomendada no debiera depender de la diligencia del personal que integra el órgano encomendado o de la percepción subjetiva que el encomendante tenga de la calidad prestacional del mismo, sino de datos objetivos derivados de la mayor capacitación técnica, económica o personal de éste, o su menor carga de trabajo en el momento de la encomienda. También podría conferirse una encomienda por razones de eficacia con base en motivos estrictamente jurídicos, derivada, por ejemplo, de los principios democrático, de descentralización o de subsidiariedad, que pueden motivar, como veremos más adelante, la encomienda de gestión del ejercicio de competencias estatales o autonómicas a Municipios y Diputaciones Provinciales, por su mayor cercanía a los intereses generales de los ciudadanos que han de ser satisfechos.

No obstante, resulta evidente que la Ley ha dejado voluntariamente indeterminado el concepto de eficacia, abriendo la puerta a cualquier consideración favorable a la encomienda que realice el encomendante. Tampoco cabe pensar que el precepto impone un especial esfuerzo de motivación al encomendante sobre las razones de eficacia que le han podido mover a encomendar, teniendo en cuenta que, en relación con la letra a) del art. 54.1 LR-JAPyPAC, la encomienda permite al encomendado participar en la gestión de competencias ajenas, y que no solamente no limita derechos o intereses de éste sino que los amplía, o, cuanto menos, no los afecta. Tampoco soy partidario de un entendimiento del precepto favorable a una libérrima potestad discrecional de atribución competencial al encomendante (art. 54.1,f), ya que los principales elementos definitorios de la figura se encuentran reglados (competencia, objeto, régimen jurídico), y la única libertad que a éste le cabe en última instancia es encomendar o no la realización de una actividad propia, teniendo que atenerse a los requisitos preestablecidos en el art. 15 y en el resto del Ordenamiento jurídico si decidiera hacerlo.

A mi juicio, la eficiencia sería un criterio igualmente racional para legitimar una encomienda por razones de eficacia. Cabría así encomendar la realización de tareas a un órgano o Entidad de la misma o diferente Administración cuando éste pueda llevarla a cabo con menores costes, siempre que el nivel de calidad de la prestación fuera, cuanto menos, igual al que sería capaz de desplegar el encomendante. En cuanto al nivel de calidad habría que distinguir si la encomienda tiene por finalidad satisfacer intereses generales externos del encomendante o sus simples intereses propios. En el primer caso, al tratarse de actividades prestacionales dirigidas directamente a la ciudadanía - que son las menos, dada la vocación interna de la figura- el parámetro eco-

nómico sólo ampararía la encomienda de gestión cuando todos los demás criterios de la prestación fueran iguales, cuanto mínimo, a los del órgano encomendante, tanto desde un punto de vista cualitativo (la forma de la prestación), como cuantitativo (los medios de la misma) o temporal (el tiempo empleado). En el segundo, las simples razones económicas podrían motivar perfectamente la encomienda a pesar de que con ello se sacrificaran las ganancias derivadas de estos otros parámetros. En su ponderación radica, como decíamos arriba, la auténtica discrecionalidad del órgano para encomendar o no el ejercicio de la competencia propia⁵.

Las razones técnicas suelen apuntarse cuando se trata de encomendar actividades propias de un órgano a una entidad pública instrumental de la misma Administración, ya que precisamente es ésta la causa de la descentralización funcional que supone la creación de este tipo de personificaciones públicas (organismos autónomos o entidades públicas empresariales). Así ocurrió en todas las encomiendas celebradas entre el Ministerio de Fomento y el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (G.I.F.) para la realización o supervisión de obras y proyectos de líneas de tren de alta velocidad, o con la encomienda celebrada entre la Secretaría General de Medio Ambiente y el Organismo Autónomo Parques Nacionales para la administración de la Escuela Taller de Recuperación de Ecosistemas Naturales⁶.

También los motivos de urgencia pueden ser atendidos mediante una encomienda, pero no como justificación en sí misma sino como incidente en la

⁵ La eficacia se encuentra además, paradójicamente, limitada por el propio principio de eficiencia, ya que no sería deseable, ni posible, la eficacia en todas y cada una de las actividades emprendidas por la Administración, sin que dejen de importar los medios empleados para conseguirlos. Esta percepción ha sido explicada por PAREJO ALFONSO, L., *La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública*, en Documentación Administrativa nº. 218-219, volumen titulado *Administración y Constitución: el principio de eficacia*, 1.989, págs. 63 a 65. En opinión de Parejo, existe una imposibilidad lógica y jurídica de conseguir la eficacia total de la actuación administrativa en su conjunto y ello debido a tres razones: la indefinición de los fines de dicha actividad (y de los intereses generales en ellos plasmados); la interdependencia de dichos fines, que hace que existan interferencias entre las distintas actuaciones a tomar, y **la necesidad de proporcionalidad entre los medios y los fines de toda actuación pública (punto de encuentro entre la eficacia y la eficiencia, que asume ambas exigencias)** que interdice la búsqueda de la eficacia a cualquier precio, ya sea por motivos económicos o de ablación de derechos individuales o sociales importantes. Lógicamente hablamos aquí de eficacia predicada del ámbito de todas las competencias de una Administración, no como el éxito de una puntual actuación administrativa, en que la eficacia no sólo es posible sino deseable (pág. 50).

⁶ Resolución de la Secretaría General de Medio Ambiente de 15 de julio de 2.002 (B.O.E. de 30 de agosto).

eficacia o en los medios adecuados del órgano encargado de prestar un servicio determinado⁷.

A fin de cuentas, dada la labilidad del concepto de eficacia y presupues- to el dato de que es el propio encomendante el que tiene que justificar su uso, podemos concluir que las encomiendas de gestión se acaban usando más por razones de oportunidad que por razones jurídicas.

2. El elemento subjetivo

Obviamente, el encomendante sólo podrá encargar el ejercicio de una competencia propia, que le hubiera sido previamente atribuida. Ello no pre- juzga la forma en que dicha atribución hubiera tenido lugar, ya que, aunque lo normal es encomendar la gestión de competencias originarias del enco- mendante (directamente atribuidas por una ley o reglamento), nada obsta a que éste la hubiera adquirido por delegación o transferencia⁸.

⁷ Así sucedió, p. ej., en la encomienda de gestión celebrada entre los Ministerio de Exteriores y de Interior para permitir a éste la expedición de visados en la frontera, con vistas a resolver si- tuaciones urgentes de tipo humanitario, de interés nacional o derivadas de obligaciones internacionales (Convenio de Schengen), plasmada en la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 4 de junio de 1.998 (B.O.E. de 11 de junio). Nótese, de todas formas, que cuando la urgencia es previsible - como es aquí el caso - y no refiere a circunstancias de fuerza ma- yor, no cabría hablar de urgencia en puridad de términos, sino de atribución subrepticia de com- petencias. Por la misma razón tampoco cabría denominar como “de urgencia” las razones alega- das por la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid para prorrogar la vigencia de la encomienda realizada en la Secretaría General Técnica de la misma para la tramitación de los tí- tulos académicos y profesionales correspondientes a las enseñanzas establecidas en la LO. 1/1.990, LOGSE. Se trata, además, de una encomienda celebrada mediante Orden, sin convenio entre las partes por tratarse de órganos jerarquizados. Es una contradicción en términos hablar de urgencia cuando se está prorrogando una encomienda.

⁸ Así, por ejemplo, el R.D. 422/1.988, en su Disp. Adicional. 1ª dispuso que las CC.AA. que se hubieran hecho cargo por delegación del estado de la gestión y liquidación del Impuesto Ge- neral sobre las Sucesiones podían encomendar a las oficinas liquidadoras de partido, a cargo de Re- gistradores de la Propiedad, funciones de gestión y liquidación del mismo. También lo decía el Reglamento del impuesto en su Disposición Adicional. Lo mismo ocurría en las Oficinas de Re- gistro Hipotecario que gestionaban el ITPyAJD por encomienda de las CC.AA., previa delegación estatal, ex Disp. Adic. de la Ley 29/1.991.

En la encomienda de gestión recogida en la Resolución de 26 de diciembre de 2.002 del Cen- tro Andaluz de Medicina del Deporte (BOJA de 30 de enero), la Consejería de Turismo de la Jun- ta de Andalucía delegó en el Centro de Medicina y Deporte la realización de determinadas com- petencias, y éste, a su vez, encomendó a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Turis- mo la realización de los actos de trámite propios de dicha competencia.

III. ÁMBITO OBJETIVO

No parece haber muchas dudas respecto al ámbito subjetivo de la encomienda de gestión, pero, por el contrario, no queda tan claro cuál es exactamente el espacio objetivo vedado por el Legislador y al que la encomienda no podría extenderse. El art. 15 sólo permite la realización de actividades materiales o prestacionales por parte del encomendero, lo que parece querer excluir *ope legis* cualquier actividad formalizada o procedimentalizada que pueda tener trascendencia externa (más allá de los efectos que se produzcan entre las partes celebrantes del negocio), como el dictado de actos administrativos o el ejercicio de cualquier potestad administrativa, de suyo rodeadas de especiales garantías de publicidad y forma para los administrados. Lo que no prohíbe el art. 15 es que la actividad material encomendada pueda producir efectos externos, bien porque se trate de una actividad que se preste a los ciudadanos, bien porque, aunque se preste al encomendante, pueda redundar por su mayor eficacia en una mejora de los servicios que aquéllos reciben⁹.

Un ejemplo prototípico de encomienda de actividad puramente material podría ser aquella en la que la *Conselleria* de Cultura, Educación y Ciencia de la Comunidad Valenciana encargó a la *Conselleria* de Sanidad de la misma la atención médica-sanitaria especializada a los participantes en los Juegos Deportivos de la Comunidad Valenciana¹⁰.

Obviamente, existe una amplia zona de incertidumbre cuya determinación queda, en última instancia, en manos de los órganos o Entidades que vayan a celebrar un convenio de encomienda. Sólo es trasladable el ejercicio de competencias mediante encomienda a otros órganos y Administraciones cuando dichas competencias no excedan el ámbito objetivo recogido en el art. 15.1 LRJAPyPAC, de manera que, lo que vaya más allá de ese marco necesitará de una Ley de delegación o transferencia, salvo que el órgano delegado sea una

⁹ Así, en la encomienda de gestión celebrada entre la Secretaría Sectorial de Acción Social, Menor y Familia de la Comunidad Murciana y la Dirección General de Recursos Humanos y Organización Administrativa, recogida en la Resolución de la primera de 29 de marzo de 2.000 (BO-MU de 19 de abril), ésta se comprometía a tramitar la expedición, renovación y firma de los títulos de familia numerosa, lo que acababa incidiendo positivamente en los ciudadanos de esta Comunidad Autónoma, no sólo por la mayor eficacia y agilidad de la prestación ejercida por el encomendero, sino porque éste contaba con unidades móviles para la solicitud y renovación del título, de las que carecía el encomendante.

¹⁰ Vid. Resolución de la Presidencia de 11 de abril de 2.000 (BOGV de 11 de mayo).

Administración Local, en cuyo caso los arts. 27 y 37 LRBRL permiten ampliar el ámbito competencial local mediante convenios.

En principio, nada impide en el art. 15 LRJAPyPAC encomendar el ejercicio de potestades administrativas si éstas tienen un carácter eminentemente material o técnico, como podría ser la potestad de deslinde o de investigación. Esta posibilidad parece estar permitida por la cláusula de libertad de pactos del art. 4 TRLCCAAPP y así lo ha considerado también alguna doctrina¹¹. Otras potestades que exigen para su ejercicio el dictado de actos administrativos o su formalización en un procedimiento escrito no podrían serlo, salvo que una ley así lo permitiera. Así lo ha declarado la STSJ de Castilla y León de 15 de noviembre de 2.002. Allí el Tribunal entendió que los Registradores de la Propiedad que tenían encargada la gestión y liquidación del IS y del ITPyAJD (por parte de sendos Decretos de la Comunidad Autónoma, que llevaron a la celebración de determinados convenios de encomienda) no la ejercían en aras de una encomienda de gestión sino como delegación de competencias, ya que la atribución de la potestad sancionadora y de dictar resoluciones iba más allá de las puras actividades materiales, técnicas o de servicios.

En cuanto a la tramitación de procedimientos, en contra de los ejemplos que arroja la praxis de la figura, parece que no debiera estar incluida en la cláusula objetiva del art. 15, ya que puede provocar efectos externos que afecten a los particulares, aunque ello no haya impedido, como decimos, que en muchas ocasiones haya sido objeto de encomienda. El origen de esta incongruencia, junto con otras muchas en las que el órgano o entidad encomendante se extralimita en las funciones que encarga, puede encontrarse en la confusión entre actuaciones materiales o de servicios y actuaciones instrumentales. Claramente, se trata de cosas distintas. Si el art. 15 permitiera encomendar todas las actividades previas a la resolución final de un procedimiento, al dictado de un acto administrativo o a la aprobación de un reglamento, el margen de actuación del encomendado sería prácticamente ilimitado, y, por ello, ilegal. Sin embargo, la ambigüedad de lo que sean actividades “materiales” o de “servicios”, como conceptos jurídicos indeterminados, permite al encomendante, previa sucinta motivación, encargar todo tipo de actividades sustanciales o formales, cuya validez pocas veces se ve comprometida legalmente, ya que ha sido objeto de negociación previa con el enco-

¹¹ Cfr. MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, I.N.A.P., Madrid, pág. 185.

mendero y que no suelen dar lugar a recurso administrativo o contencioso por parte de los administrados¹².

En esa clave hermenéutica de equivalencia errónea entre “actividad material” y “actividad instrumental” cabe insertar el convenio de encomienda celebrado entre el Instituto para la Reestructuración de la Minería del carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras y la Subsecretaría de Economía del Ministerio de Economía para la tramitación, por parte de la Subdirección General de Recursos y Reclamaciones del Ministerio de Economía (órgano dependiente de ella), de los recursos que se interpusieran contra los actos dictados por los órganos del citado Instituto.

A veces la actividad encomendada es difícilmente justificable desde un punto de vista objetivo, ni siquiera conforme a la interpretación de “actividad material” como instrumental a que hemos aludido.

Lo que resulta innegable es que son muchos los convenios de encomienda en los que parte o toda la actividad encomendada consiste expresamente en el dictado de actos administrativos, en lo que supone una clara extralimitación de la institución, que hacen al convenio, por sí mismo, nulo de pleno derecho por contradecir el procedimiento establecido en el art. 15 LRJAPy-PAC, siendo también nula la resolución o acto administrativo dictado por el encomendero, por incompetencia material. Los actos administrativos en los que se plasma la actividad supuestamente material encargada a los encomenderos pueden ir desde la gestión contractual de contratos administrativos o privados, incluida la adjudicación del mismo¹³, a la realización de los actos de trámite necesarios para la gestión de procedimientos en materia de turismo¹⁴, la resolución de las solicitudes de suspensión automática del procedimiento

¹² La tramitación de procedimientos hasta el dictado de la propuesta de resolución es un tipo muy normal de encomienda “ultra vires”. Menciónese, como muestra, el convenio de encomienda celebrado entre el F.E.G.A. y diversos centros directivos para la tramitación de las ayudas derivadas del programa de mejora de la producción del aceite de oliva (en Resolución de la Presidencia del F.E.G.A. de 19 de abril de 2.002, B.O.E. de 8 de mayo), que tuvo por objeto expreso “las funciones de tramitación, previas a la resolución y pago” de las ayudas citadas, hasta “proponer la resolución de concesión o denegación del pago que corresponda”.

¹³ Resolución de 14 de marzo de 2.003, del Instituto Madrileño del Menor y la Familia (BOCM de 8 de abril) o Resolución de 14 de marzo de 2.003, del Instituto Madrileño del Menor y la Familia (BOCM de 8 de abril).

¹⁴ Resolución de 26 de diciembre de 2.002 del Centro Andaluz de Medicina del Deporte (BOJA de 30 de enero).

de apremio en las reclamaciones económico-administrativas¹⁵ o la tramitación, incluso, de procedimientos sancionadores¹⁶, etc. Quede claro que en estos actos el órgano administrativo que aparece como resolutor ante los particulares es el encomendado, sin que haya ningún otro acto del encomendante que lo recoja o integre.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

1. Su naturaleza convencional

La encomienda de gestión es un negocio jurídico bilateral que consta de dos fases bien definidas: en la primera, puede decirse que existiría una primera etapa de actividad informal en la que un órgano o Entidad toma la decisión unilateral de encomendar una actividad por razones de eficacia, y decide qué otro órgano o Entidad de la misma o distinta Administración podría cumplir mejor dicha tarea. Tras lo cual comenzarían las negociaciones entre ambas partes encaminadas a verificar o no la disponibilidad de la parte encomendada a aceptar el encargo (si la forma de sustanciar la encomienda fuera el convenio, bien por la no existencia de previsión al respecto, bien por su previsión expresa) y en qué términos, o negociaciones dirigidas exclusivamente a concretar el objeto de la encomienda (si se tratara de una encomienda forzosa entre órganos jerarquizados de la misma Administración y así se contemplase en la normativa interna sobre formalización de encomiendas de gestión).

En una segunda fase se perfeccionaría el negocio jurídico en sí, a través de convenio (en los casos en que así sea) o del dictado de la Resolución por la que el órgano encomendante ordena a otro inferior la realización de la actividad encomendada (en los casos en que así se prevea).

Tal y como expresa el art. 3.1,c) del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCCAAPP), los convenios de colaboración interadministrativos se excluyen del ámbito objetivo de la Ley. Esto llevaría, en mi opinión, a conceptualizar la encomienda como un negocio jurídi-

¹⁵ Resolución de 26 de diciembre de 2.001, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Consumo de Canarias (BOCAN de 29 de diciembre).

¹⁶ Orden de 30 de julio de 1.999 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (BOJA de 19 de agosto).

co bilateral de naturaleza convencional no contractual. Y ello por las siguientes razones:

- Se trata de un pacto cuya causa no es onerosa o sinalagmática al estilo de los contratos, sino gratuita: las dos partes son Administraciones, lo que impide el ánimo de lucro que, de existir, haría que el negocio fuera anulable por incurrir en desviación de poder. Ninguna de las dos partes celebra el convenio con la intención de sacar provecho propio; al contrario, la intención de las partes es la misma: contribuir a la satisfacción de los intereses generales en la medida en que una prestación o actividad determinada es realizada por la parte que mejor puede desempeñarla, colaborando el encomendero de una manera gratuita (recordemos que la encomienda suele realizarse sin que el encomendante transfiera medio personal, económico o técnico alguno al encomendero). Encomendante y encomendado están de acuerdo en cuál de las dos partes presta mejor el servicio y ponen todo de su parte para lograr ese objetivo común. Es decir, el encomendado su capacidad, su personal y su tiempo, y el encomendante sus directrices y resoluciones directivas para dar sustento formal a la actividad material a realizar, pudiendo llegar, si lo desea, a comprometerse a transferir medios al encomendado¹⁷, compromiso cuyo incumplimiento generaría responsabilidad de tipo contractual a favor del encomendero, conforme al art. 1.124 CC¹⁸. Si los medios que el encomendante se comprometió a transferir eran monetarios, su incumplimiento devengaría el nacimiento del interés legal del dinero a favor del encomendero, desde el momento en que debieron entregarse dichos medios¹⁹.

- Es patente que, siendo ambas partes Administración, no pueden perseguir ningún tipo de lucro en el negocio. Los posibles beneficios son siempre externos, siempre de la ciudadanía que se beneficia indirectamente, de la prestación material que ésta lleva a cabo con fines instrumentales

¹⁷ Resulta paradójico que, junto con la actividad encomendada, el encomendante transfiera también al encomendero los medios personales, materiales, económicos o técnicos necesarios para desarrollar la actividad puesto que la encomienda se produce, supuestamente, porque el encomendante no tiene los medios adecuados para desarrollarla. Aparte de que en los casos en que la encomienda se realiza a favor de las EE.LL. esto obedece a una finalidad descentralizadora de la competencia y está legitimada en sí misma, en los casos en que esta transferencia de medios se realiza en el ámbito inter o intraestatal o autonómico, las encomiendas se realizan para evitar otro tipo de ineficacias, no mediales sino temporales o de calidad de la prestación.

¹⁸ STSJ Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2.001.

¹⁹ Vid. STSJ de Cantabria de 11 de junio de 1.999 o STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2.000.

para el encomendante o a la que va destinada la prestación directa del encomendero.

- El hecho de que la causa del negocio no sea onerosa no obsta a que cada parte busque en la encomienda algún otro interés que no sea el estrictamente externo. Así, la parte encomendada puede ambicionar la encomienda con vistas a defender sus competencias en la conformación del interés general al que tiende (así, el Ayuntamiento o Diputación Provincial al que, por cercanía con el ciudadano, una Comunidad Autónoma le encargara la gestión de competencias propias). Y la parte encomendante puede pretender con la encomienda liberarse de obligaciones materiales que, aparte de tediosas y poco importantes, pueden hacerle perder un tiempo precioso que necesitan para metas más importantes. Estas “ganancias colaterales” o internas no son suficientes para desvirtuar la definición convencional y gratuita que hemos hecho de la encomienda, ya que no se insertan jurídicamente en la causa del mismo, sino como consecuencias sobrevenidas, si bien deseadas con carácter previo al negocio, en el plano puramente volitivo.

Teniendo en cuenta la causa gratuita del negocio, no cabría igualar, como hace alguna doctrina, la encomienda de gestión con los contratos administrativos de obras, de servicios, de gestión de servicios públicos o de consultoría y asistencia, haciendo ver que el encomendante es el contratante y el encomendero el contratista²⁰. Tal vez la confusión radique en que en dichos contratos se llevan a cabo actividades materiales, de servicios o técnicas y que sí es cierto también que desde un punto de vista subjetivo podrían asemejarse bastante ambos negocios puesto que tanto en la encomienda como en el contrato de servicios el encomendante o el contratante tiene atribuida, con carácter previo, la competencia u obligación jurídica de prestar la actividad o servicio, de manera que, de no encontrar a un órgano administrativo o Entidad más capacitado que él para llevarla a cabo, o a un contratista en el caso del contrato, estaría obligado a desempeñarla con sus medios propios (en el contrato), o a hacerse con ellos si no los tuviera (para el caso de la encomienda); en el caso del contrato esto nos llevaría a la gestión directa de un servicio o servicio público, o a la realización de los contratos de obras y de servicios mediante medios propios de la Administración, como recoge, v. gr. los arts. 152.1,c) ó 154.2 TRLCCAAPP).

²⁰ De esta opinión es GONZÁLEZ NAVARRO, en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1.992, de 26 de noviembre)*, Tomo I, editorial Civitas, Segunda Edición, Madrid, 1.999, págs. 744, 745 y 748.

Sí puede ocurrir que una encomienda celebrada entre dos órganos administrativos pueda tener objeto de contrato administrativo, pues el encomendante encarga al encomendero, verbigracia, la gestión de estadísticas, o la prestación del servicio ambulatorio de renovación del documento nacional de identidad. En estos casos, puesto que la causa del negocio sigue siendo gratuita, no cabría hablar tampoco de contratos ni aplicar el TRLCCAAPP con la excusa de que ese convenio no es de los excluidos de su art. 3. Por el contrario, el ámbito objetivo de la encomienda sí puede solaparse con los contratos administrativos, y ello porque así se lo permite a las Administraciones la cláusula de la libertad de pactos (art. 4 TRLCCAAP, art. 57 LRBRL, art. 111 TR de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local). Podemos decir, por tanto, que los límites que el art. 15.1 LRJAPyPAC impone a la encomienda de gestión son puramente negativos (que no se encomienden actividades formalizadas como la tramitación de procedimientos, su resolución o el dictado de actos administrativos), pero, presupuesto esto, el juego de la cláusula de libertad de pactos permite al encomendero encargar cualquier tipo de actividad material, técnica o de servicios, siempre que no sea contraria al interés público, al Ordenamiento jurídico ni al principio de buena administración. Por cierto, que este último principio citado sí ha de tener un papel fundamental, ya que impediría la encomienda de actividades que el encomendante pueda realizar con mayor eficacia o eficiencia que el encomendero.

2. Distinción respecto de la delegación de competencias

Es precisamente la mayor amplitud, importancia y sustantividad de las competencias que pueden ser susceptibles de delegación, en relación con la encomienda, lo que diferencia ambas figuras, y lo que explica que el art. 13.5 LRJAPyPAC prohíba delegar lo delegado, mientras que el art. 15 sí permite encomendar o delegar lo encomendado. Así lo han proclamado varias sentencias de algunos Tribunales Superiores de Justicia²¹.

No obstante ello, nos parece que estas resoluciones judiciales se equivocan al querer diferenciar la delegación y la encomienda por su ámbito subjetivo, ya que consideran que mientras que la delegación se da entre órganos jerarquizados, la encomienda se produce entre órganos no jerarquizados de la

²¹ Así lo entiende la jurisprudencia: Sentencias del TSJ Murcia de 30 de octubre de 1.999, de 31 de diciembre de 2.001 y de 20 de marzo de 2.002, y del TSJ de Castilla y León de 1 de marzo y de 20 y 27 de septiembre de 2.001 y de 20 de septiembre, de 18 y de 21 de octubre y de 15 de noviembre de 2.002.

misma o distinta Administración. Como sabemos, el art. 13 permite la delegación entre órganos no jerarquizados de la misma Administración, y el art. 15 contempla igualmente la encomienda de gestión entre órganos jerarquizados²². Esta intercambiabilidad subjetiva determina que ambas instituciones tengan que diferenciarse desde el punto de vista de su objeto, como hemos indicado, más amplio en el caso de la delegación (en la que puede concitarse la realización de actividades sustanciales o formalizadas) que en el de la encomienda (donde sólo se tolera la prestación de actividades materiales). A veces los términos, inevitablemente, se confunden²³.

Pero no sólo por su objeto. También en la forma de perfeccionamiento de ambas figuras se encuentran diferencias, ya que incluso la encomienda entre órganos jerarquizados puede plasmarse en cualquier tipo de acuerdo de voluntades, generalmente en un convenio²⁴, mientras que la delegación intraadministrativa no es un negocio jurídico en sentido estricto dada la circunstancia de que no concurren dos voluntades sino exclusivamente la del órgano delegante, que, de manera unilateral, decide encargar el ejercicio de una competencia a un órgano inferior. Por razones de fondo y por aplicación analógica del art. 15 LRJAPyPAC, cabría pensar que en los casos en que la delegación se produce entre órganos no jerarquizados de la misma o distintas Administraciones debería utilizarse el convenio siempre que la competencia ejercida sea material, técnica o prestacional, y también como forma recomendable para el respeto de las competencias del órgano delegado cuando las competencias de que se trate sean sustantivas (arts. 27 y 37 LRRL).

²² Las SSTSJ de Extremadura de 27 y 28 de mayo de 1.999 y de 7 de junio de 2.002 reconocen implícitamente la posibilidad de realizar encomiendas de gestión entre órganos jerarquizados, ya que considera que la liquidación de impuestos realizada por los Registradores de la propiedad por encomienda de la Comunidad Autónoma se realiza en un régimen de dependencia funcional relativa respecto de ésta (si bien no orgánica) constituyendo una especie de contrato administrativo de prestación de servicio.

²³ Así ocurrió con la encomienda de gestión celebrada entre la Secretaría General de Medio Ambiente y el Organismo Autónomo Parques Nacionales - Resolución de la Secretaría General de Medio Ambiente de 15 de julio de 2.002 (B.O.E. de 30 de agosto) -, que es denominada indistintamente como “encomienda de gestión” y como “delegación técnica”, quizás en la equivocada creencia de que lo encomendado excedía de lo puramente material permitido por una encomienda.

²⁴ Ni que decir tiene que los convenios de encomienda entre órganos jerarquizados no son acuerdos plenamente libres, pues la jerarquía existente entre las partes y la amenaza latente de que en caso de fallo de las negociaciones el órgano superior puede imponer su encomienda de manera forzosa limitan la autonomía de la voluntad del órgano inferior.

SOSA WAGNER y DE MIGUEL GARCÍA²⁵ consideraron que eran cuatro las diferencias principales existentes entre delegación y encomienda, cifrándolas en que:

1º. La delegación es voluntaria y la encomienda forzosa;

2º. La delegación es “convenida” y ésta es una relación impuesta, de dirección y control;

3º. El ámbito objetivo de la primera es el de las competencias compartidas o concurrentes, mientras que en la segunda las competencias son plenas, en especial las de carácter material;

4º. El ente delegado actúa bajo su propia responsabilidad, ya que hay una transferencia real del ejercicio de las competencias, mientras que en la asignación o encomienda la transferencia es sólo aparente, siendo la responsabilidad final de la prestación del encomendante, y sólo se produce una simple utilización de los medios del encomendero.

Resulta meritorio el temprano esfuerzo clarificador de esta institución por estos autores, pero parece obvio que las notas de la encomienda tradicional a nivel local antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1.992 eran totalmente opuestas a las que luego hemos conocido, ya que, efectivamente, la encomienda también es voluntaria y “convenida”, y, aunque generalmente es cierto que supone el encargo de competencias propias del encomendante, también ocurre que se encomiendan competencias compartidas, o, al menos, competencias en las que el ente encomendero también tiene intereses, como ocurre cuando el Estado o una Comunidad Autónoma encomiendan el ejercicio de una competencia a una entidad local porque entienden que comparten con ella intereses. Por último, en la encomienda moderna la responsabilidad de la prestación es plena del encomendero, contra quien podrán recurrir los particulares y el propio encomendante en última instancia, en las circunstancias que señalamos en esta investigación.

El ámbito natural de la delegación de competencias del art. 13 LRJAPy-PAC es el de las relaciones entre órganos jerarquizados, y es por eso por lo que el apdo. 1º de ese precepto sitúa las delegaciones en el ámbito estatal o auto-

²⁵ Vid. SOSA WAGNER, F. y DE MIGUEL GARCÍA, P., *Las competencias de las Corporaciones Locales*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1.985, pág. 94.

nómico dentro de cada Administración (art. 13.1 LRJAPyPAC); no obstante ello, la especialidad del régimen local sí permite la delegación interadministrativa de competencias desde aquellas Administraciones a las EE.LL., como recogen los arts. 27 y 37 LRBRL. Como nos recuerda también GALLEGO ANABITARTE, los actos dictados por delegación son, a los efectos de su impugnación, actos dictados por el delegante²⁶.

V. RÉGIMEN JURÍDICO

1. El apdo. 2º del art. 15

La obligación recogida en el apdo. 2º del art. 15 de la LRJAPyPAC debe interpretarse en un sentido literal. Es decir, el órgano o entidad encomendante tiene la obligación de dictar las resoluciones o actos administrativos finalizadores de los procedimientos que previamente han tramitado o cuyas propuestas de resolución han sido hechas por el órgano o entidad encomendado.

Pero también cabría hacer una interpretación complementaria de lo que se puede entender por “actos que den soporte a la actividad material objeto de la encomienda”. Efectivamente, como las demás figuras del Capítulo II del Título I de la Ley 30/1.992, la encomienda de gestión no supone la transferencia de la titularidad de la competencia sino sólo la de su ejercicio, de manera que cuando el encomendante considere incumplida la encomienda en los términos establecidos en el instrumento de formalización de la misma, y siempre que en él así se diga, podrá revocarla y rescatar el ejercicio de la competencia cedido. Al retener la titularidad de la misma, el apdo. 2º del art. 15 LRJAPyPAC obliga al encomendante a dictar las instrucciones, circulares o actos administrativos encargados de encauzar, corregir u ordenar la actividad

²⁶ Vid. GALLEGO ANABITARTE, A., *Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. Teoría jurídica y derecho positivo*, en R.A.P. nº. 122 (mayo-agosto 1.990), pág. 39 y ss. Y ello es así a diferencia de lo que ocurre en la encomienda de gestión del art. 15 LRJAPyPAC, en la que la responsabilidad de la prestación es del encomendado y un particular podría recurrir directamente frente a él si su actuación le causó daños y aún no existiera un acto administrativo del encomendante que le diera soporte. A diferencia también de la encomienda, la delegación es revocable en cualquier momento, aunque parece que, para los casos de delegaciones de los arts. 27 y 37 LRBRL, la importancia de la autonomía local impediría las revocaciones por motivo de oportunidad. Este autor no desarrolla una teoría de la encomienda de gestión en sentido estricto, sino que hace equivaler esta figura con lo que él denomina “gestión”, en alusión a la gestión ordinaria de los servicios autonómicos por las Diputaciones Provinciales.

material objeto de la encomienda. Ésta sí que es una obligación irrenunciable del ente u órgano encomendante, que nunca podrá delegar o ceder al encomendero salvo dentro de los límites de las instrucciones o acuerdos previamente establecidos²⁷, aunque así lo dijera expresamente²⁸.

2. Sobre el control de la actividad encomendada

Aunque el art. 15 LRJAPyPAC no dice nada acerca de los mecanismos de control *a posteriori* e impugnación de la actividad encomendada, debemos dedicar algunas reflexiones a este respecto, ya que no se trata en absoluto de una cuestión sin importancia. La Ley parte de la creencia que la actividad encomendada no va ser impugnada por los administrados, bien porque la misma suele suponer un *facere* a favor del órgano encomendante sin efectos externos, bien porque aun cuando pueda tener efectos *ad extra* frente a los ciudadanos, su carácter material, técnico o de servicios la hace poco idónea para ser formalizada en actos o resoluciones susceptibles de impugnación. A pesar de ello, hemos visto que son muchos los casos en que el objeto de la actividad encomendada es de tal naturaleza que su realización puede suponer actos de gravamen o provocar daños en los administrados. En este caso, ¿ante qué órgano y cómo podrá el particular impugnar esa actividad?

Debemos partir de la idea general de que los particulares acabarán recurriendo en vía administrativa o contenciosa contra un acto administrativo, y éste suele venir constituido por la resolución del encomendante que da soporte a la actividad material del encomendado. Sin embargo, no es menos cierto que el responsable de la correcta actuación de la encomienda es el ór-

²⁷ Pueden darse casos en que se ceda la potestad de dictar instrucciones o incluso de aprobar la normativa de gestión de la actividad encomendada y que ello se realice dentro de los cánones preestablecidos, por ejemplo, en una Conferencia Sectorial recogida en un convenio, propio del art. 8.2 LRJAPyPAC.

²⁸ Aunque pocas, existen algunas encomiendas en las que la potestad de dictar las instrucciones de la encomienda se haya cedido también al encomendero, siendo, por lo dicho, cláusulas nulas *de radice por* incompetencia material. Así sucedió en el convenio de encomienda celebrado entre el F.E.G.A. y la Dirección General de Agricultura para la tramitación de las ayudas a los planes de mejora de los frutos secos y a las agrupaciones de productores prerreconocidas, recogido en la Resolución de la Presidencia del F.E.G.A. de 13 de diciembre de 2.001 (B.O.E. de 4 de enero de 2.002), en cuya cláusula 9ª el encomendero, en cumplimiento de las funciones encomendadas, se obliga a emitir las instrucciones por escrito que sean precisas para el empleo de las listas de control en la preparación de las propuestas de pago, de seguridad y controles informáticos adecuados, las comprobaciones administrativas y los exámenes físicos que ha de realizar.

gano encomendero, a quien compete el ejercicio de las competencias encargadas. Evidentemente, cuando el daño causado a un tercero provenga de un “no hacer” del órgano encomendero en relación con una obligación de actuar recogida en el instrumento de formalización de la encomienda, la vía normal de control es la del art. 29.1 de la Ley Jurisdiccional. Cuando el daño hubiera sido infligido por una actuación material (sobre todo en el caso de prestación de servicios a terceros), habrá que estar a la circunstancia de que dicha actuación estuviera o no prevista en el instrumento de la encomienda: si lo estaba, es decir, si la actuación contaba con cobertura jurídica, parece lógico permitir que el administrado pueda optar entre demandar por el interdicto contencioso al encomendero (art. 30 Ley Jurisdiccional) o impugnar el mismo convenio de encomienda (solución bastante difícil en la práctica, pues pocas veces, de la celebración de un convenio, un particular podrá sentirse afectado en sus derechos; otra cosa es que el afectado fuera otro órgano administrativo, caso más normal que se daría cuando las competencias encomendadas pertenecieran en realidad a dicho órgano y no al encomendante, constituyendo una especie de conflicto intra o interadministrativo de competencias), para el caso en que el daño provenga de una actuación del encomendero escrupulosamente ajustada a lo prescrito en él. Si el daño fue motivado por una actuación material que, pese a estar establecida en el convenio, se extralimitó o ejecutó negligentemente, entonces la única forma normal de impugnación será la de impugnar la vía de hecho.

Dada la naturaleza administrativa de los convenios de encomienda (inherente a los convenios de colaboración del art. 3.1 c) y d) del TRLCCAAPP), la jurisdicción competente para dilucidar los litigios que puedan surgir entre las partes y entre los particulares y cualquiera de ellas será la contencioso-administrativa, y, en particular, los órganos judiciales encargados de resolverlos serán las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional (arts. 10.1.g) y 11.1.c) de la Ley Jurisdiccional).

De todas formas, ateniéndonos a la praxis administrativa existente, parece que lo normal es que las impugnaciones de los particulares vayan dirigidas frente a actos administrativos en que se haya plasmado la actividad encomendada. En estos casos el ciudadano afectado seguirá la vía administrativa y contenciosa normal ya sea en relación con el órgano encomendante, que es quien suele dictar la resolución final que finaliza el procedimiento concreto en que se haya plasmado la encomienda, y cuya propuesta realizó, como acto de trámite, el encomendero, o en relación con el órgano encomendero que dictó el acto de trámite o realizó la propuesta de resolución, si ese acto era susceptible

de recurso autónomo conforme a los criterios establecidos en el art. 107 LRJAPyPAC²⁹.

Los administrados preferirán impugnar la actividad del órgano que “da la cara ante ellos”, es decir, del encomendante, y no necesariamente del que la lleva a cabo, es decir, del encomendero. Si se solicitara y concediere responsabilidad patrimonial, el encomendante podría repetir contra el encomendado en el porcentaje que se estableciera en el convenio o en su integridad, si en él nada se dijo³⁰.

²⁹ Puede ocurrir que el acto administrativo consistente en la propuesta de resolución realizada por el encomendero fuera susceptible de recurso administrativo autónomo, por poner fin al procedimiento para un interesado determinado. Así ocurría, a nuestro juicio, en el caso resuelto por el Auto de 27 de septiembre de 2.001 del Tribunal Supremo, en el que un magistrado interpuso recurso contencioso frente a una Resolución del Presidente del C.G.P.J. por la que éste excluyó al recurrente de la relación de candidatos a vocal del Consejo, a nombrar posteriormente por las Mesas de las Cortes Generales. La Disp. Transit. Única de la LOPJ encomendaba al Presidente del Consejo la elaboración de la lista de los 36 candidatos a vocales del mismo (ex art. 112 LOPJ). El Auto califica este negocio como encomienda de gestión del art. 15 de la LRJAPyPAC, y la resolución impugnada del Presidente del C.G.P.J. como un acto preparatorio de la decisión final del procedimiento parlamentario de designación de vocales de procedencia judicial del C.G.P.J. Comoquiera que la Resolución final de las Cortes nombrando a los vocales no podía ser objeto de control por la jurisdicción contenciosa, conforme al art. 1.3.a) de la Ley Jurisdiccional, el Auto inadmitió el recurso porque entendió que la Resolución del Presidente del CGPJ se igualaba a la Resolución final del procedimiento por las Cortes, y, por tanto, no susceptible de control judicial. La solución es muy discutible, pues el propio Tribunal parece aludir a razones de justicia material, reconociendo expresamente que, de admitir el recurso, se prolongaría el nombramiento del C.G.P.J., con las consecuencias materiales que ello acarrearía. En su estupendo voto particular, el Magistrado Trillo Torres considera que la encomienda, en este caso, iba más allá de lo que puede denominarse como actuaciones materiales del art. 15 LRJAPyPAC y que configuraba una actuación formal o acto administrativo de trámite plenamente fiscalizable ante la jurisdicción contenciosa, ya que la Resolución del Presidente del C.G.P.J. determinaba irremediablemente el ámbito subjetivo de los vocales de procedencia judicial que integrarían el Consejo, sin que las Cortes Generales tuvieran potestad de enmienda alguna sobre el mismo.

Casi siempre el acto administrativo de trámite suscrito por el encomendero limita el ámbito objetivo o subjetivo de actuación del encomendante, quien podrá dictar su resolución pero, casi siempre, repetimos, dentro de los límites prefijados por el encomendero. Así ocurre en la selección de candidatos con vistas a ocupar puestos laborales en una Administración Pública, v. gr. Por el contrario, no sería normal que el encomendante tuviera potestad de apartarse de lo prefijado por el encomendero, pues en seguir su dictado está la eficacia que motivó la encomienda, pero si pudiera hacerlo con puro carácter discrecional (no por error del encomendero) entonces parece que no cabría la impugnación autónoma del acto del encomendado pues no nos encontraríamos antes los supuestos del art. 107 LRJAPyPAC.

³⁰ La responsabilidad sería del encomendero si el nexo causal acaba en él, como responsable de la actividad ejercida. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley... opus cit.*, pág.749.

Aparte los efectos externos de la encomienda, la mayoría de las veces sus instrumentos de formalización suelen contener mecanismos de control de la actividad encomendada por parte del órgano o entidad encomendante, que vienen a conformar cláusulas de garantía para asegurarse la correcta realización y los estándares de calidad imprescindibles de lo que se va a actuar. Suelen consistir en la obligación del encomendado de emitir informes de resultados al encomendante, con inclusión de los criterios de realización, de los procedimientos empleados o del alcance cualitativo y cuantitativo de la actividad realizada. Otras veces, para casos en que la encomienda consista en la gestión de fondos públicos, se permite al encomendante la realización de controles o auditorías que aseguren de alguna manera que los fondos han sido correctamente empleados³¹.

Cuando la encomienda fuera incumplida o cumplida de manera no satisfactoria a juicio del encomendante, podrá éste hacer recaer sobre él las consecuencias previstas en el convenio o las que legalmente le fueran imputables³², hasta llegar, incluso, si las partes en la encomienda eran dos Administraciones Públicas, al requerimiento previo al recurso contencioso y a la sustanciación de éste mismo.

3. El contenido de los convenios de encomienda

Los convenios de encomienda celebrados entre órganos o entidades administrativos deben tener los elementos esenciales que recoge el art. 6 de la LRJAPyPAC, y que consisten en la determinación de: los órganos que celebran el convenio y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de las partes; la competencia que ejerce cada Administración; su financiación; las actuaciones que se acuerde desarrollar para su cumplimiento; la necesidad o no de esta-

³¹ Así ocurre, por ejemplo, en los convenios de encomienda suscritos por el F.E.G.A. (Fondo Español de Garantía Agraria) como encomendante con otros organismos homólogos autonómicos (F.A.G.A. en Andalucía, v. gr.) o con otros órganos administrativos. Véase por todos el que se inserta en la Resolución de 20 de julio de 1.999 de la Presidencia del F.E.G.A. (B.O.E. de 31 de julio).

³² La STS de 25 de noviembre de 1.998 reconoció la responsabilidad de un recaudador de tributos y agente ejecutivo del Ayuntamiento de Segovia que realizaba sus funciones en concepto de encomienda de gestión por defectos en su cuenta de recaudación del año 1.989, quedando el recaudador a responder por los valores perjudicados en primer, segundo y tercer grado. Se trata de consecuencias económicas derivadas de las normas locales, autonómicas y estatales de recaudación, sobre todo el Decreto de 10 de octubre de 1.958, que regula el procedimiento de perjuicio de valores, y aplicable a las Haciendas Locales.

blecer una organización para su gestión; el plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio³³; la extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior, así como la forma de terminar las actuaciones en curso para el supuesto de extinción. De todas formas, como señala HERNANDO OREJANA, la locución adverbial condicional “cuando así proceda” del apdo. 2º de dicho art. 6 significa que no existe obligación de que todos los convenios tengan cláusulas atinentes a todos los extremos especificados, sino sólo de aquéllas que sean necesarias a juicio de las partes. Esto nos reafirma de nuevo en el relativismo jurídico al que parece estar abocada la encomienda de gestión, pues, según esto, los convenios en que se plasmen sólo tendrán que incluir las cláusulas relativas a la sustancia reconocible de la institución tal y como viene regulada en el art. 15 LRJAPyPAC.

Eso sí, si la encomienda fuere suscrita entre una Administración y una persona física o jurídica sujeta al Derecho Privado los elementos imprescindibles serían los regulados en el art. 88 de la misma.

Aparte ello, teniendo en cuenta la especialidad de la materia y que la encomienda de gestión - como las demás formas de alteración del ejercicio de las competencias administrativas del Capítulo I del Título II de la LRJAPyPAC - es una forma extraordinaria de actuación administrativa desde un punto de vista competencial, la concreción precisa de las materias sobre las que se produce es el requisito formal más importante de todo convenio de encomienda. Es razonable pensar que cuando la encomienda se produzca entre órganos o entidades de Administraciones diferentes mayor celo pondrán las partes en determinar el alcance de las materias afectadas. Por el contrario, dentro de la misma Administración las funciones encomendadas pueden ser deliberadamente más ambiguas, bien porque no existan luchas internas por el ejercicio de competencias que son, a fin de cuentas, propias, bien porque el encomen-

³³ La determinación del plazo de vigencia es una de las cláusulas imprescindibles también en los convenios de encomienda ya que así lo exige el carácter irrenunciable de las competencias administrativas. Por eso, serían nulas de *radice* las encomiendas temporalmente indefinidas, como la celebrada entre los Departamentos de Presidencia e Interior de la Comunidad Foral de Navarra y el Ministerio del Interior para la realización de las actividades técnicas relacionadas con la competencia en materia de juegos propia de la Comunidad, en convenio suscrito entre ambas y plasmado en la Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior de 14 de julio de 1.998, en cuya cláusula 5ª se dice que “El presente convenio tendrá carácter indefinido, pudiendo ser denunciado por cualquiera de las partes firmantes, con una antelación mínima de tres meses”.

dante busca su mayor descargo posible. En cualquiera de los dos casos, la exigencia de determinación de la actividad o actividades afectadas por la encomienda es común, y su vulneración, más allá del evidente vicio de anulabilidad formal propia del art. 63.1 LRJAPyPAC - cuando la actividad no está bien concretada, o lo está de manera amplia o genérica - puede llegar a constituir un vicio de nulidad por suponer la adquisición de facultades, de manera contraria al Ordenamiento jurídico y careciendo de lo requisitos esenciales para ello, si la actividad ejercitada no hubiera estado determinada en absoluto, ni en lo general ni en lo particular (art. 62.1,e) LRJAPyPAC)³⁴.

Y, como en todo negocio jurídico bilateral los propios convenios son los que conforman la “lex partium”, esto es, “la ley de las partes”, lo mismo ocurre en la encomienda de gestión, sin contenido mínimo legalmente obligado - como hemos dicho arriba -, de manera que pueden integrarse en ellos cláusulas accesorias o principales de todo tipo, tomadas por cercanía material de las que integran los contratos administrativos:

- Cláusulas de relleno de lagunas: se prevé a veces que aquellas circunstancias nuevas e imprevistas que acaezcan en su vigencia se rellenen con los principios de las normas reguladoras de los contratos de las Administraciones Públicas (art. 3.2 TRLCCAAPP) o con aquellas otras que expresamente se prevean en el convenio³⁵;

³⁴ Según este criterio, muchas son las encomiendas de gestión que incurren en vicio de anulabilidad, por ser excesivamente amplias o genéricas o estar realizadas *pro futuro* sin ninguna limitación objetiva. Cabe citar a este respecto la mayoría de las Resoluciones de la Secretaría de Estado de Infraestructuras delegando funciones técnicas en el Ente Gestor de Infraestructuras: como ejemplo, las Resoluciones de 8 y 27 de noviembre de 2.001, de 8 y mayo, 27 de junio o 13 de septiembre de 2.002 o de 12 de febrero de 2.003, de dicha Secretaría de Estado, en las que el órgano encomendante encarga a la Entidad Pública Empresarial “Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (G.I.F.)”, junto a otras competencias bien determinadas “la realización de cuentas actividades de carácter material, técnico jurídico y de servicios que, correspondientes a las competencias propias del Ministerio de Fomento, sean precisas para la redacción de los estudios informativos del Proyecto de Corredor de Alta Velocidad del (... Cantábrico, p. ej.) sin que ello suponga cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio”. O la encomienda plasmada en la Resolución de la Secretaría General de Producciones y Mercados Agrarios de 12 de abril de 1.996 (B.O.E. de 25 de abril), entre ésta y la Comunidad Autónoma de Andalucía (cláusula 3ª, i).

Este tipo de cláusulas residuales parece estar fuera de la *mens legislatoris* del art. 15.3, párr. 2º LRJAPyPAC.

³⁵ Son pocos los casos de convenios de encomienda con cláusulas de integración de lagunas. Vid. Convenio de encomienda celebrado entre el F.E.G.A. y la Subsecretaría del departamento para tramitación de las ayudas derivadas de diversos programas, en Resolución de la Presidencia del F.E.G.A. de 10 de mayo de 2.002 (B.O.E. de 10 de mayo), que se remite a los Reglamentos Comunitarios en concordancia con el Reglamento (CE) 1.663/95 de la Comisión y a las disposiciones nacionales que sean de aplicación para regular todo lo no previsto en la encomienda.

- Propio también de los convenios es la inclusión de una cláusula de resolución del convenio por mutuo acuerdo o por denuncia de alguna de las partes, que deberá ser comunicada a la contraparte con una antelación mínima determinada en el convenio;
- En lo que tienen de encargo, más o menos oneroso, en las encomiendas de gestión se suelen dar cláusulas de mantenimiento del equilibrio económico del negocio. Pero, teniendo en cuenta que en la mayoría de ellas no se transfieren al encomendero medios económicos o financieros, el equilibrio del negocio no se persigue a través de fórmulas económicas de estabilización de las prestaciones, del tipo “rebus sic stantibus”, sino que, más bien, se permite la denuncia cuando se produjeran cambios legales, presupuestarios o de competencia que supongan un cambio en las condiciones que motivaron la encomienda (más al estilo del “factum principis”)³⁶;
- Cláusulas de modificación conjunta de la encomienda³⁷;
- Finalmente, pueden insertarse cláusulas sobre la recurribilidad de los actos o resoluciones del encomendante en los que se integre la actividad material objeto de la encomienda: si ponen o no fin a la vía administrativa, y, si causan estado, en qué plazos y ante qué instancias judiciales deben interponerse los recursos contencioso-administrativos pertinentes;
- Si bien no como cláusula formal del negocio convencional, el pórtico de todos los convenios lo conforma la motivación que lleva al encomendante a celebrar la encomienda, que toma asiento, por lo general, en la exposición de motivos de la resolución en la que se recoge el convenio de encomienda para su publicación. La ausencia de motivación ocasionaría la nulidad de la encomienda, ya que las competencias son irrenunciables, y la decisión de alterar su ejercicio que toda encomienda supone se hace en el marco de una potestad discrecional del encomendante, que, como tal, requiere motivación, como también la requiere la concreción, por el encomendante y el encomendando, de cuáles y en qué grado se encomiendan, lo que hemos denominado “discrecionalidad interorgánica o interadministrativa” (art. 54 LRJAPyPAC)³⁸.

³⁶ Vid., *ad exemplum*, la cláusula 2ª del convenio de encomienda publicado por la Resolución de la Presidencia del F.E.G.A. de 20 de julio de 1.999 (B.O.E. de 31 de julio).

³⁷ Así, en la encomienda plasmada en la Resolución de la Secretaría General de Producciones y Mercados Agrarios de 12 de abril de 1.996 (B.O.E. de 25 de abril).

³⁸ Carecen, por ejemplo, de motivación, la encomienda de gestión celebrada entre el Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación y la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Anda-

4. Formalización de la encomienda

El convenio es la forma ordinaria y subsidiaria de plasmación de la encomienda. El enfoque de la Ley en este aspecto de la institución parece querer forzar a un entendimiento entre las partes en juego, sin duda por influencia de los principios de solidaridad, colaboración, cooperación y subsidiariedad. El hecho de excluir de la necesidad convencional a las encomiendas entre órganos jerarquizados de la misma Administración y a la gestión ordinaria de los servicios autonómicos por las Diputaciones Provinciales y de los Cabildos o Consejos insulares (art. 37 LRBR) revela el carácter de subordinación o coordinación que existe en dichas relaciones, incompatible muchas veces con el consentimiento del encomendado. En el primer caso, aunque puede darse razonablemente un convenio de encomienda entre órganos jerarquizados³⁹, lo normal es que las negociaciones y pactos entre ellos se produzcan de manera informal, plasmándose en un simple acuerdo u orden interna, que, eso sí, exige publicidad de cara a los administrados, y, a veces, la aprobación de la encomienda por el órgano superior del encomendante. En el segundo caso, a diferencia de la importancia histórica de la autonomía local de los Municipios, la Ley parece despojar a las Diputaciones Provinciales de autonomía y criterio propios, teniendo que plegarse a la voluntad de las Administraciones superiores, conformando dicha encomienda una especie de “descentralización impropia” que más se asemeja a la desconcentración de funciones entre órganos de la misma Administración, actuando las Diputaciones en esos casos como auténticos instrumentos de la actividad autonómica.

Los convenios de encomienda, y, por tanto, la encomienda en sí misma, sólo producirá efectos desde el momento de la firma del convenio o instru-

lucía por la que se encarga al F.A.G.A. (Fondo Andaluz de Garantía Agraria) la gestión de determinadas actuaciones de intervención y gestión de mercados, recogida en la Resolución de la Secretaría General de Producciones y Mercados Agrarios de 12 de abril de 1.996 (B.O.E. de 25 de abril); y la celebrada entre la Comisión Permanente de la CICYT y el CESIC para la gestión del Programa Nacional de Física de Altas Energías, recogida en la Resolución de 23 de enero de 1.996 de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación (B.O.E. de 2 de febrero).

³⁹ Aunque entre ambos no haya una relación de jerarquía estricta, sí existe jerarquía orgánica entre el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias y la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes del Ministerio de Fomento, quienes han plasmados en convenios todas las encomiendas de gestión encargadas por ésta a aquél para la realización de los informes de supervisión de los proyectos constructivos de las líneas de alta velocidad. O, por ejemplo, el convenio de encomienda celebrado entre la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S.), publicado en la Resolución de 28 de abril de 1.999 (B.O.E. de 14 de mayo), de la Dirección General de la citada Tesorería.

mento que la formalice, salvo que en ellos se disponga otra cosa, tal y como dispone el art. 8.2 LRJAPyPAC. Y sí, efectivamente se suele disponer otra cosa, ya que todos los convenios de encomienda se recogen en resoluciones del órgano encomendante (o de su superior, si él mismo no tiene capacidad de dictar actos administrativos) que se publican en los Diarios Oficiales correspondientes, y en las que expresamente se dispone que la entrada en vigor del convenio se produce el mismo día, al día siguiente a su publicación o cuando se establezca. Sólo ese puede ser el sentido de la exigencia de publicidad que impone el apdo. 3º del art. 15, para evitar que los efectos se produzcan desde la firma del mismo, que puede ser anterior a su publicación, lo que supondría una completa inseguridad jurídica y una ruptura del principio de confianza en la actuación Administrativa Pública de cara a los particulares afectables por la encomienda. Por la misma razón, también deben publicarse los acuerdos de terminación o prórroga de la encomienda.

Igualmente, como señala el art. 8.3 LRJAPyPAC, todos los convenios de encomienda, como convenios de colaboración que son, deberán comunicarse al Senado. Esta exigencia parece ir más allá del dudoso control que el Estado pueda ejercer sobre qué Administraciones y cómo ejercen las competencias, y llama más a la creación de una especie de registro de convenios en el Senado, como Cámara de representación territorial que es.

VI. SOBRE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES Y PERSONAS FÍSICAS O JURÍDICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO

Antes de nada debemos aclarar que, a mi juicio, lo que este apartado prohíbe no es la celebración de encomiendas de gestión entre Administraciones y particulares o empresas sino la aplicación del régimen jurídico del art. 15 LRJAPyPAC a los convenios de colaboración que se celebren entre ellos. Sabemos que estos convenios son los que se recogen en el art. 3.1,d) TRLCCAAPP, y que se encuentran excluidos del ámbito objetivo de la Ley de Contratos por tratarse de negocios jurídicos bilaterales de objeto no contractual, de manera que, cuando uno de esos convenios tenga por finalidad la construcción o concesión de una obra pública, la prestación de un servicio público, la realización de un suministro, el consejo técnico o la asistencia o la realización de servicios instrumentales, deberán ser considerados como contratos administrativos y sometidos al TRLCCAAPP y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Entiendo que la encomienda de gestión a personas físicas o jurídicas sometidas al Derecho Privado existe, porque la causa del negocio es la misma que encontramos en la encomienda de gestión interadministrativa: colaborar para la consecución de un fin común y deseado por las dos partes, independientemente de que su régimen jurídico sea el de un contrato administrativo (si la encomienda tiene, como hemos dicho, por ejemplo, objeto de contrato administrativo) o el de un convenio de colaboración de los del art 3.1.d) TRLCCAAPP (excluidos de esta Ley, precisamente, por no tener objeto contractual⁴⁰). Aun reconociendo su diferente régimen jurídico, no nos parece necesario conceptuar la figura con otro nombre diferente cuando se celebra con personas o empresas. Los nombres de las cosas atienden a su naturaleza, si bien su régimen jurídico no tiene por qué seguir necesariamente a ésta, sino que puede responder a la necesidad de controlar las consecuencias negativas que de su mal uso pudieran derivarse⁴¹.

Es por ello por lo que las encomiendas de gestión del art. 15.5 LRJAPy-PAC se deben someter al TRLCCAAPP cuando tengan objeto contractual, para evitar el fraude de ley que se seguiría de la inaplicación de los principios de publicidad y concurrencia, por ejemplo, si se celebrara una encomienda de gestión “a dedo” con una empresa privada sólo con la intención de ocultar un auténtico contrato administrativo. El hecho de que la empresa fuera un medio propio de la Administración, una sociedad anónima o limitada con una participación pública que no llegue hasta el 100% (art. 154.2 TRLCCAAPP) no cambia en nada esa conclusión, ya que, al estar sometida al Derecho Privado, esa empresa debe siempre competir en pie de igualdad con el resto de empresas privadas españolas, y permitir la encomienda de una actividad de

⁴⁰ Pertenecen a este tipo de negocios jurídicos la mayoría de los “acuerdos voluntarios”, es decir, los convenios de colaboración para la protección del medio ambiente, celebrados por la Administración ambiental con, por ejemplo, propietarios de terrenos situados en el perímetro de un área protegida, con sectores industriales para reducir los niveles de emisión de determinadas sustancias, con empresas particulares a las que se ayuda a cumplir con la legislación ambiental existente, con propietarios de suelos contaminados, con las empresas que ponen envases o residuos de envases en el mercado, etc. Vid. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., *Los convenios administrativos para la protección ambiental*, I.A.A.P., Sevilla, 2.004.

⁴¹ Prueba de ello es que en muchos casos se denominan como “encomienda de gestión” los mandatos, autorizaciones o encargos realizados por una Administración a una empresa (así, por ejemplo, la encomienda de gestión celebrada entre el SENPA y la empresa Frint España S.A., para retirar aceite en nombre de un grupo de sociedades adjudicatarias de un contrato administrativo) o a un particular (como ocurre en las relaciones laborales entre los Ayuntamientos y sus agentes recaudadores de tributos (Vid. STS de 25 de noviembre de 1.998).

objeto contractual administrativo a una de ellas supondría la vulneración, en fraude de ley, todos los principios del Derecho Administrativo de Contratos, aparte de estar atentando contra la libre competencia del sector⁴².

Es por ello por lo que estimo el concepto de “persona jurídica sujeta al Derecho Privado” debe comprender también a las entidades instrumentales de Derecho Privado de las Administraciones, siempre que su capital no sea exclusivo de éstas. No obstante ello, existen casos en que una sociedad anónima municipal, de capital exclusivamente público, se ha equiparado a un particular a la hora de celebrar un convenio de encomienda de gestión con la Administración matriz o con cualquier otra, para evitar que con ello se adjudiquen auténticos contratos administrativos “puenteando” la Ley de Contratos⁴³. Sin

⁴² Son innumerables los casos de encomiendas realizadas a personas jurídicas sujetas al Derecho Privado - a veces vinculadas a la Administración - con objeto contractual. Cabe citar el caso de la encomienda de gestión plasmada en la Resolución de 16 de septiembre de 2.002 (BONAV de 7 de octubre), del Depto. de Agricultura, Ganadería y Alimentación de Navarra, celebrada entre el Departamento de Agricultura, Ganadería y Alimentación de la Comunidad Foral de Navarra y la empresa “Gestión Ambiental de Viveros y Repoblaciones de Navarra, S.A.” para la erradicación del llamado “fuego bacteriano”, una plaga que atacaba a los árboles frutales de la Comunidad. La empresa tenía relación estatutaria con la Comunidad Foral ya que estaba adscrita al Departamento de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Vivienda. Es un típico caso de huida el Derecho Administrativo de Contratos, ya que el encargo se concede “a dedo” y sin publicidad ni concurrencia mediante la encomienda y se evita tener que licitar un contrato administrativo típico de servicio como el que aquí se daba. Así sucedió también en el asunto que resolvía la STSJ Madrid de 21 de febrero de 2.001, en la que el Tribunal anuló una Resolución de la Mesa de Contratación de la Cruz Roja Española por la que excluía la oferta presentada por una empresa privada (Vencer España, S.A.) del concurso celebrado para el suministro de alimentos procedentes de las existencias de intervención comunitarias. La Cruz Roja española había celebrado con el F.E.G.A. una encomienda de gestión para licitar y recepcionar los productos suministrados (entre ellos, queso fundido) y repartirlos entre las personas más necesitadas. El Tribunal califica a la Cruz Roja como una persona jurídica (Fundación sujeta a la Protección del Estado) sujeta al Derecho Privado, lo que excluía la calificación del convenio celebrado con el F.E.G.A. como encomienda de gestión, ya que así lo prohibía - sic - el art. 15.5 LRJAPyPAC. Por tanto, el convenio celebrado, para suministro y distribución de alimentos, si bien para el Tribunal no puede ser denominado encomienda de gestión sí que se trata de un convenio del art. 3.1.d) TRLCCAAPP que, por tener objeto de contrato administrativo debe someterse al Derecho Administrativo y a los tribunales contenciosos, conforme al art. 1 de la Ley Jurisdiccional y al art. 9.4 LOPJ.

⁴³ Así lo entendió el TSJ de Castilla-La Mancha en su Sentencia de 30 de octubre de 2.000, considerando fraudulenta una encomienda de gestión celebrada entre el Ayuntamiento de Huete y el de Alcázar de San Juan para que la sociedad anónima municipal de aguas de éste prestara a aquél el servicio de abastecimiento de aguas. El convenio de encomienda fue declarado nulo al no tratarse de un convenio interadministrativo propiamente dicho (ya que el encomendado no era realmente un Ayuntamiento sino una persona jurídica sujeta al Derecho Privado) aplicando-

embargo, este tipo de encomiendas a sociedades anónimas municipales no sería tanto como “desmunicipalizar” los servicios públicos y la gestión indirecta del mismo, ya que no registraría aquí la exigencia de la previa selección del contratista. Ahora bien, si el capital público en la empresa privada no fuera del 100%, no podría consentirse este tipo de convenio de encomienda sin aplicar el TRLCCAAPP, ni siquiera al amparo del auxilio interadministrativo (art. 57 LRBRL) pues nunca podría amparar un fraude de ley⁴⁴.

Cuestión diferente es si existe una obligación del encomendante de someterse a los principios del Derecho Administrativo de Contratos a la hora de encomendar a otras entidades con personalidad jurídica pública la realización de actividades que tengan por objeto un contrato administrativo. Es decir, si existe un derecho del sector privado a concurrir y competir por cualquier encargo que tenga por objeto un contrato de obras, de concesión de obra pública, de suministro, de gestión de servicios públicos, de consultoría y asistencia o de servicio o si, por el contrario, puede la Administración no licitar dichos encargos porque prefiera adjudicárselos sin concurrencia ni publicidad a organismos públicos propios o de otra Administración. Decimos organismos públicos o con personalidad pública porque ya hemos dicho que si se tratara de sociedades estatales o de cualquier sociedad anónima o limitada con participación pública no podría realizarse a su favor una encomienda de objeto

se la Ley defraudada, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En dicho convenio el Ayuntamiento cedía a la empresa incluso la potestad administrativa de aprobar las tarifas del servicio.

Otras veces las sociedades anónimas municipales son consideradas entes instrumentales de la Administración, por lo que se admite la concreta encomienda de gestión hecha a su favor, como nos relata HERNÁNDO OREJANA, L. C., *La Encomienda de Gestión*, Colegio Universitario de Segovia, Segovia, 1.998, págs. 134 y 135, celebrada entre un Organismo Autónomo (el Instituto de la Vivienda de Madrid) y la Sociedad Anónima “Viviendas Sociales de Madrid, S.A.” (posteriormente denominada SEGIPSA, Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, Sociedad Anónima), para la construcción de una serie de viviendas y obras de urbanización en terrenos de aquél. Es evidente que esta encomienda escondía un auténtico contrato administrativo de obras.

⁴⁴ El Consejo de Estado consagró en su Dictamen 3.881/2.000, sin embargo, una encomienda de gestión realizada entre la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Generalidad Valenciana y el Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., para la construcción de viviendas. Las opiniones del Consejo de Estado sobre la encomienda de gestión distan bastante de ser legalistas, ya que en su Dictamen 3.138/2.000 considera que la encomienda sólo puede tener lugar dentro de la misma Administración, y que no es voluntaria sino obligatoria, incluso cuando se da entre Administraciones diferentes. ¿Se quedó el Consejo de Estado anclado a la antigua encomienda como carga impuesta a las entidades locales?

contractual, porque así lo prohíbe el art. 15.5, teniendo que someterse a los principios de publicidad y concurrencia del TRLCCAAP⁴⁵.

Pues bien, a mi juicio, si la Administración puede prestar sus servicios públicos de manera directa también podrá hacerlo a través de una encomienda de gestión a un ente con personalidad pública, ya que ésta estaría actuando como si fuera la Administración matriz. Y, como muestra, dos botones: las dos encomiendas de gestión que el Departamento de Industria de la Comunidad Autónoma de Aragón celebró con el Instituto Tecnológico de Aragón (una entidad de derecho público, sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines) para, por un lado, la gestión de servicios del programa DISEÑA, un proyecto público cuya intención era la modernización y asesoramiento a las empresas industriales aragonesas del sector textil⁴⁶, y, por otro, la gestión de los servicios de las tecnologías genéticas y de diagnóstico molecular para las empresas dedicadas a la bioindustria⁴⁷. Es evidente que se trata de encomiendas que tienen por objeto la prestación de sendos servicios públicos a unos determinados usuarios, que eran las empresas aragonesas de los sectores textil y bioindustrial.

Una excepción a la imposibilidad de encargar funciones públicas a personas jurídicas sujetas al Derecho Privado es la liquidación de impuestos de gestión autonómica a los Registradores de la Propiedad, porque, si bien no son funcionarios, su carácter híbrido les permite desarrollar este tipo de en-

⁴⁵ Más lejos llega HUERGO LORA, A., *La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con Empresas Públicas*, en R.A.P. nº. 154 (enero-abril 2.001), págs. 129-171, al considerar que la regla del contratista interpuesto no rige en nuestro Derecho Administrativo como obligación, ni siquiera para los contratos de obra, desprendiéndose del sistema económico recogido en nuestra Constitución la libertad de la Administración de licitar o no un encargo realizado a empresas públicas sometidas al Derecho Privado. Aun estando de acuerdo con sus conclusiones en lo que respecta a empresas públicas sujetas al Derecho Administrativo, consideramos necesario someter a los principios del Derecho Administrativo de Contratos las adjudicaciones realizadas a sociedades anónimas estatales o municipales siempre que su capital no sea exclusivamente público, ya que, de lo contrario, se estarían incumpliendo los principios de eficacia y eficiencia del actuar administrativo (art. 154.2 TRLCCAAPP) y de eficiencia y mejor servicio al ciudadano (art. 3 LRJAPyPAC).

⁴⁶ Vid. Orden de 11 de febrero de 2.002 del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo de la Comunidad de Aragón (BOCAr de 22 de febrero).

⁴⁷ Vid. Orden de 30 de noviembre de 2.000 del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo de la Comunidad de Aragón (BOCAr de 29 de diciembre).

comiendas suscritas con las CC.AA., y porque así lo permiten también las normas tributarias, de aplicación preferente en relación con el art. 15.5 LRJAPyPAC, por ser Ley especial en este caso (Disp. Adic. 5ª LRJAPyPAC)⁴⁸.

Por otra parte, si resulta fácilmente entendible que el sentido del apdo. 5º del art. 15 es el de evitar el fraude a los principios del TRLCCAAPP, no queda muy claro el significado del inciso final de ese mismo precepto. Allí se dice que no pueden “encomendarse a personas o Entidades de esta naturaleza (sujetas al Derecho Privado) actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.” Parece querer decir que sólo caben las encomiendas de gestión (con la regulación del art. 15 LRJAPyPAC) a personas o empresas cuando se trate de actividades sujetas al Derecho Privado. Es decir, que se permite que una Administración negocie directamente, sin publicidad ni concurrencia, con un sujeto sometido al Derecho Privado la realización de una encomienda de gestión si el objeto de la misma es una actividad material, técnica o de servicios sometida también al Derecho Privado. Esto último es lo que no acertamos a entender, ya que, por definición, todos los encargos materiales, técnicos o de servicios que una Administración pueda hacer a un particular (sea persona física o jurídica) estarán, de alguna u otra medida, sometidos a las leyes de contratación administrativas. La única interpretación razonable no absurda sería la de considerar que lo que la Ley está queriendo decir es que sólo podrán celebrarse encomiendas de gestión con particulares o empresas cuando el ámbito objetivo de la misma pudiera ser susceptible de ser objeto de algunos de los negocios jurídicos excluidos de la Ley de Contratos por su art. 3º, en particular, de los convenios de colaboración 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 los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales (art. 3.1,d) o de los contratos de arbitraje o conciliación (art. 3.1,j). Esto podría ser lógico si consideráramos que estos negocios han sido excluidos del ámbito objetivo de la Ley de Contratos por sujetarse al Derecho Privado, lo cual no es del todo cierto, ya que la mayoría de los convenios de colaboración que conocemos - en un principio celebrados casi siempre al margen de la ley -, se recogen ya en normas administrativas (convenios urbanísticos, sanitarios, educativos, de presta-

⁴⁸ A mi juicio, su naturaleza cuasipública es lo que más claramente determina esa consecuencia, por encima del hecho de estar legitimadas en la legislación tributaria. Sus funciones registrales y tributarias están sometidas al Derecho Público, y poco afecta a la encomienda el que lo esté al Derecho Privado la organización de los medios materiales y personales de su trabajo. La visión contraria la exponen las SST de la Audiencia Nacional de 8 de marzo y de 31 de mayo de 1.999.

ción de servicios sociales, cada vez más los ambientales, etc.). De esta forma, sólo nos quedarían los convenios arbitrales o de conciliación como única opción posible de convenios sujetos al Derecho Privado, esto es, a la Ley 36/1.988, de 5 de diciembre, que regula el Arbitraje de Derecho Privado, para la solución arbitral de conflictos de Derecho Privado. Se nos ocurre, por tanto, como ejemplo posible, aquella encomienda de gestión en la que una Administración encomendara a un árbitro la resolución de un litigio sobre lindes, propiedad o los efectos de un contrato privado con un particular. La encomienda sería posible según el art. 15.5 *in fine*, y se plasmaría en un convenio arbitral, como recoge el Título II de esa Ley.

VII. LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN A FAVOR DE ENTIDADES LOCALES

De profunda raigambre histórica, la encomienda de gestión en nuestro Derecho Local suponía la imposición obligatoria de cargas en las Entidades Locales por parte del Estado (tales como el reclutamiento de mozos o la custodia de detenidos)⁴⁹. Obviamente, esta figura casa mal con la nueva regulación de tipo voluntario y consensuada que recoge el art. 15.4 LRJAPyPAC, de aplicación básica, desde 1.992, a las encomiendas de gestión celebradas entre el Estado y las CC.AA. con las Entidades Locales. El propio art. 4.4 de la LRJAPyPAC vuelve a incidir en la voluntariedad de las relaciones interadministrativas cuando dice que “la Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local deberán colaborar y auxiliarse para aquellas ejecuciones de sus actos que hayan de realizarse fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencias.”. También el art. 47.3,c) LRBRLL obliga a que tenga que existir un consentimiento de la mayoría absoluta de los integrantes del Pleno para aceptar las encomiendas de gestión a realizar por las Administraciones superiores.

Salvo su apartado 4º, el resto del art. 15 LRJAPyPAC no tiene carácter básico para las EE.LL. cuando la encomienda de gestión se celebre entre el Estado o las CC.AA. con las Entidades Locales. El carácter especial del régimen local le hace prevalecer como fuente de primer grado en la regulación de todas las relaciones entre el Estado y las CC.AA. con las Entidades Locales. Así lo

⁴⁹ Cfr. PARADA, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común /Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1.999, págs. 116 y 117.

proclama el art. 9 de la LRJAPyPAC, permitiendo la aplicación supletoria del Título I en defecto de la normativa de régimen local. Esto quiere decir que los límites y reglas explicadas hasta ahora sobre la encomienda de gestión sólo regirán con carácter básico en los Municipios, Diputaciones Provinciales, Mancomunidades, Áreas Metropolitanas, consorcios, etc. cuando se trate de encomiendas “intralocales”, es decir, cuando tanto el encomendante como el encomendado sean órganos o entidades de carácter local o infraautonómico. Es decir, la entrada en vigor del art. 15 LRJAPyPAC supone que, en materia de encomiendas de gestión “intralocales” debe regir éste como derecho básico⁵⁰.

En este apartado vamos a ver algunas especialidades de las encomiendas de gestión celebradas entre el Estado o las CC.AA. con las Entidades Locales, que, en lo básico, comparte la finalidad propia de las demás encomiendas de gestión vistas hasta ahora, y que no es otra que la plasmación del principio de eficacia de la actividad administrativa, pero que va más allá de ella en la medida en que consiste en ser un instrumento adecuado para la realización de la llamada descentralización administrativa, del principio de subsidiariedad o de la realización del actualmente conocido como “Pacto Local”⁵¹.

⁵⁰ Así, el carácter básico de la Ley 30/1.992 parece indicar que no cabrían ya más encomiendas de gestión de la recaudación de tributos locales a las Diputaciones Provinciales que fueran más allá de permitir que éstas manejaran la llevanza y cobranza material de los tributos, como por ejemplo aquéllas en las que se encargara a éstas la realización de actuaciones formalizadas como el dictado de actos administrativos o el impulso de los procedimientos legales para la efectividad de la recaudación, tanto en período voluntario como ejecutivo, como se permitían antes de la Ley 30/1.992. Un ejemplo de extralimitación de estas encomiendas se contempla en la STS de 17 de enero de 1.998.

⁵¹ Tratar el tema del Pacto Local excedería con mucho del marco de esta investigación. Debe dejarse sentado, sin embargo, que las razones que han movido a la F.E.M.P. a reclamar desde principios de los noventa el aumento de competencias para las EE.LL. son absolutamente legítimas, ya que se estima que, actualmente, sólo un 14% del gasto público es gestionado por las EE.LL., en comparación con el 40% al que llegan países como Suecia o Dinamarca o del 20% en Alemania, Canadá, USA o Suiza. Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Pacto Local y Reforma Administrativa*, pág. 71, en Jornadas sobre el Pacto Local, organizadas por el Gobierno de la Comunidad Foral de Navarra. Las actas y ponencias son accesibles por Internet en <http://www.cfnavarra.es/info-local/publicaciones/>, accedida el 05 de mayo de 2.003. Por otra parte, tras la importante reforma operada ellas, sin duda alguna, la operada por la Ley 11/1999, de 21 de abril, dentro de las medidas para el desarrollo del Gobierno local, la Mesa del Congreso de los Diputados aprobó el pasado 13 de junio el Proyecto de Ley sobre Medidas para la Modernización del Gobierno Local, que, básicamente, incorpora a la LRRL el nuevo régimen jurídico de los municipios de gran población, es decir, de aquéllos que superen los 250.000 habts., ó 200.000 si son capitales de provincia.

La necesidad de descentralizar las competencias, en virtud del principio de subsidiariedad, se encuentra en numerosos preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico, ya sea en normas generales (arts. 2.1 ó 28 LRBRL, 66-71 TR Disposiciones Vigentes en materia de régimen local ó 4.3. de la Carta Europea de Autonomía Local) o sectoriales (arts. 124.1 y 125 del Texto Refundido de la Ley de Aguas). Esta descentralización con base en la subsidiariedad tiene por finalidad acercar el ejercicio de las competencias a los ciudadanos, a la Administración menor, y en el ámbito local se contempla a través de la llamada “delegación” del ejercicio de competencias, institución en la que debemos incluir la técnica de la encomienda de gestión en sentido estricto, tal y como la hemos explicado desde el art. 15 LRJAPyPAC. En el caso de las EE.LL., la descentralización es una exigencia que la Ley impone al Estado y a las CC.AA., quienes deberán asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos (art. 2 LRBRL). La importancia de este precepto es que establece una especie de “**reserva normativa local**”, que impediría incluso a las Administraciones superiores “agotar” la regulación de sus competencias propias sin dejar ámbito de participación suficiente a las EE.LL. Esta “invitación” puede bien hacerse mediante encomiendas, como recientemente ha reconocido el art. 4 de la Ley 3/2.003, de 11 de marzo, de la Comunidad de Madrid, para el Desarrollo del Pacto Local. Ese ámbito local de supervivencia permitiría que fuera el propio Ayuntamiento o Diputación el que se acercara a la Comunidad o al Estado para solicitarle la suscripción de una encomienda, aunque lo deseable sería que se hiciera de manera colectiva conforme al marco establecido en una Ley.

Además, cuando la encomienda supone una relación entre el Estado y las CC.AA. con las Entidades Locales, la autonomía funcional y orgánica de la que gozan éstas las exime de los estrictos límites objetivos de la encomienda que marca el art. 15 LRJAPyPAC. Efectivamente, los arts. 27 y 37 de la LRBRL regulan la encomienda de gestión a favor de los Municipios y Diputaciones Provinciales sin reducirse a las simples actividades materiales, técnicas o de servicios. En los artículos citados, la encomienda de gestión se incluye dentro del ámbito material de la denominada “delegación”, ya que ésta comprende cualquier encargo realizado a los Municipios y Provincias por las Comunidades Autónomas o por el Estado de ejercer determinadas competencias de su titularidad que se prefiere ceder en las Entidades Locales porque afectan a sus

propios intereses, y siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana.

Aunque el régimen jurídico de estas delegaciones viene a ser muy similar al establecido en el art. 15 LRJAPyPAC, la importancia del principio democrático (que exige la mayor participación posible de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones públicas, ex art. 9.2 CE), del de descentralización y del de subsidiariedad han suavizado el ámbito material de las mismas hasta el punto de permitir el encargo del ejercicio de actividades no estrictamente materiales sino formalizadas y sustantivas, que supongan el ejercicio de potestades o el dictado de actos administrativos. En esa misma línea, a diferencia del régimen de la encomienda básica, el art. 27 LRBRL (cuyas prescripciones rigen subsidiariamente también para el 37 LRBRL, como proclama su apartado 3º) obliga a las Administraciones superiores a transferir junto con la encomienda los medios personales, materiales y económicos necesarios para su realización plena. No obstante, como contrapartida a este mayor ámbito objetivo y como consecuencia del lastre histórico de control y subordinación de las Entidades Locales, el propio art. 27.2 permite (no exige, puesto que esto sería contrario al principio de autonomía local) al particular afectado por el ejercicio de la encomienda o delegación poder impugnar los actos del Municipio o Diputación directamente ante la Administración delegante, a diferencia de lo que vimos que pasaba en el control de la encomienda del art. 15 LRJAPyPAC, donde el control de los actos se realiza directamente ante el encomendero o el encomendante.

No resulta difícil encajar las encomiendas de gestión a favor de las Entidades Locales en el contexto del art. 57 de la LRBRL, en el que se deriva a la libre voluntad de las partes todas las relaciones de auxilio, técnicas o administrativas que puedan tener éstas con el Estado y las CC.AA. Atrás quedaron ya las épocas de imposición o de cargas forzosas, de manera que el marco normal de encuentro entre estas partes habrá de ser siempre la cooperación, como señala este precepto, y su plasmación ordinaria los convenios administrativos. Tal vez sea por ello por lo que HERNANDO OREJANA resalta certeramente en su monografía sobre la encomienda de gestión que este tipo de convenios interadministrativos implica la imposibilidad de que ninguna de la partes pueda imponer cláusulas exorbitantes a la otra en el convenio, puesto que a nivel interadministrativo la institución tiene un carácter más organizativo del ejercicio de competencias que de paliativo de la carencia de medios del encomendante⁵².

⁵² Cfr. HERNANDO OREJANA, L. C., *La Encomienda de Gestión*, opus cit., pág. 138, para quien "El reconocimiento explícito de la paridad de las partes intervinientes supone la quiebra del modelo autoritario de relaciones interadministrativas en las que el ente superior imponía su autori-

Tal vez la diferencia fundamental de la encomienda a favor de las EE.LL. y el resto de encomiendas de gestión se cifra en que en este nivel las competencias ejercidas por el encomendero tienen una clara finalidad de producir efectos jurídicos *ad extra*, es decir, de cara a los vecinos y ciudadanos, en contra del carácter puramente interno de los efectos y consecuencias de las encomiendas inter o intra estatales y autonómicas, en las que la exteriorización de la actividad siempre la lleva a cabo el ente encomendante. Es más, es esa y no otra la finalidad de la figura a escala local.

Y por esa misma razón, la causa que motiva o puede mover a la encomienda a una Comunidad Autónoma o al Estado no es su carencia o insuficiencia de medios técnicos, materiales o serviciales, sino otro parámetro de la eficacia administrativa cual es la mayor proximidad geográfica de la actuación administrativa al domicilio del ciudadano⁵³, y, por ende, la mayor participación⁵⁴ de éste en las políticas locales⁵⁵.

dad a través de las distintas técnicas previstas en el ordenamiento jurídico, fundamentalmente las de control y tutela, propias de un Estado de corte centralista". Hemos encontrado un ejemplo de ello en la ya citada encomienda celebrada entre los Departamentos de Presidencia e Interior de la Comunidad Foral de Navarra y el Ministerio del Interior para la realización de las actividades técnica relacionadas con la competencia en materia de juegos propia de la Comunidad, en convenio suscrito entre ambas y plasmado en Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior de 14 de julio de 1.998. Allí tanto el control como la resolución de dudas o la integración de lagunas de la encomienda se realiza de manera conjunta entre las dos partes.

⁵³ El acercamiento tiene que ser de la Administración al ciudadano, sin que ello implique necesariamente que sea necesario descentralizar en otra Administración Pública (aunque esto sea lo normal), bastando a veces la desconcentración. Así sucedió en la encomienda celebrada entre los Ministerios de Economía y Hacienda y el Ministerio de Administraciones Públicas para la cesión a éste y, en concreto a la Directora insular de la Administración General del Estado en la isla de La Palma, de la gestión material de los certificados de importación, de exención y de ayuda contemplados e el Reglamento (CE) 2.790/94, de 16 de noviembre, dada la inexistencia de organismo de la Administración comercial en la isla de La Palma. Vid. la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 4 de mayo de 1.998 (B.O.E. de 5 de mayo). Por razones parecidas la Agencia Española de Cooperación Internacional encomendó al Cónsul General de España en Córdoba (Argentina) para formar parte del Centro Cultural de España en esa ciudad, en la que la A.E.C.I. carecía de instalaciones. Vid. Resolución de la A.E.C.I. de 12 de septiembre de 1.997 (B.O.E. de 7 de noviembre). A veces se emplean técnicas de descentralización y desconcentración juntas, como en el caso de Orden de 30 de julio de 1.999 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (BOJA de 19 de agosto), por la que la Consejería delegaba en sus Delegaciones Provinciales la competencia para celebrar convenios de encomienda de gestión con Ayuntamientos para la tramitación de los procedimientos sancionadores en materia de salud pública cuya resolución correspondiera a los Alcaldes.

⁵⁴ Como ya he tenido ocasión de decir otras veces, la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos es un fin en sí mismo y un bien jurídico a proteger con independencia, incluso,

Todas las características señaladas hacen que la delegación del ejercicio de competencias de los arts. 27 y 37 LRBRL sean instituciones más adecuadas que la propia encomienda de gestión a efectos de corregir el escaso índice de descentralización administrativa existente en España, tarea demasiado ambiciosa que requiere un instrumento de mayor amplitud objetiva y calado formal que la encomienda del art. 15.4 LRJAPyPAC, limitada a otro tipo de descentralización más puntual.

de la mayor o menor eficacia de la actividad administrativa en la que dicha participación se inserte. Ésta y no otra es, a mi juicio, la esencia de la democracia. Lo contrario equivaldría a consagrar como valor supremo la “eficacia administrativa” de la actuación de las Administraciones sin ciudadanos, esa especie de tecnocracia administrativa, de despotismo ilustrado de las Administraciones. El poder sin la participación directa y el control de los ciudadanos se deslegitima. De ahí también el juego del principio democrático como elemento desencadenante del principio de subsidiariedad, entendido como descentralización estatal o autonómica a favor de las EE.LL.

⁵⁵ Son muchas las encomiendas de gestión celebradas a favor de EE.LL. con finalidad descentralizadora, como la que perfeccionaron la Delegaciones Provincial en Cádiz de la Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía y la Subdelegación del Gobierno de la Junta de Andalucía en el Campo de Gibraltar para encargar a ésta la ejecución de algunas de sus competencias “con el objetivo de acercar la actuación de los órganos administrativos a los ciudadanos, mejorando la eficacia en la prestación de los servicios públicos”. Este caso muestra, además, que las encomiendas de gestión entre órganos estatales o autonómicos también pueden tener efectos *ad extra*, hacia los ciudadanos, y no puramente internos entre las partes de la encomienda.

Políticas de la Unión Europea en materia de no discriminación de la población inmigrante*

Irene Blázquez Rodríguez

Universidad de Córdoba

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948

1. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes la Unión Europea se conforma como una organización de integración basada en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que a su vez son comunes a los Estados miembros¹. En este contexto, el principio de igualdad, y su manifestación negativa que es la no discriminación, se consagra como un principio vertebral del Derecho comunitario y una aspiración común de las políticas de la Unión. La igualdad ante la ley y la protección de todas las personas frente a la discriminación constituye un derecho fundamental del ser humano y es esencial para el funcionamiento adecuado de las sociedades democráticas.

Con carácter previo es preciso advertir que el principio de igualdad de trato puede ser encontrado en el orden jurídico comunitario *en diversos ámbi-*

* Ponencia impartida en el Seminario transnacional organizado por la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, *Política Europea en Materia de inmigración y Mercado de Trabajo*, celebrado en Sevilla el 23 de octubre de 2003

¹ Art. 6 del Tratado CE. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre algunas medidas comunitarias en lucha contra la discriminación, *Doc. COM* (1999), 564 final, de 25 de noviembre de 1999, p. 1.

tos o sectores de aplicación: así pues, ha tenido un amplio desarrollo en relación con la nacionalidad, asimismo se plantea en el plano de la igualdad entre hombres y mujeres, o incluso en el marco de la Política Agraria Común donde se aspira a una igualdad entre los distintos productores o consumidores de la Comunidad Europea. Por tanto se puede afirmar que en este contexto la no discriminación se conforma como *un principio único si bien de apariencias múltiples que tendrá según el contexto donde se incardine un sentido muy distinto en cuanto a su alcance personal y material así como a sus implicaciones*. Uno de los sectores donde tal multiplicidad aflora con mayor nitidez es en relación a la población inmigrante según ésta posea o no la ciudadanía de la Unión. Según asienta el art. 17 Tratado CE “Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. De este modo, sobre la base del principio de igualdad de trato que consagra el art. 12 Tratado CE entre los nacionales de los Estados miembros se ha equiparado en multitud de aspectos la situación de éstos². La consecuencia más notable en tanto que beneficiarios de esta no discriminación es el disfrute de un régimen jurídico especial que evita la aplicación de las consiguientes leyes de extranjería estatales³. *A sensu contrario*, cuando se trata de los nacionales de terceros países, la lucha por la no discriminación no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad, es decir se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulen su entrada y residencia en el territorio de los Estados miembros⁴. En definitiva, consecuencia de este principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se genera una evolución en la propia noción de “extranjero”, la concepción clásica de la dicotomía nacional-extranjero se ha transformado, de tal modo

² Sobre la noción e implicaciones de esta ciudadanía de la Unión, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ, *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, 1998.

³ En particular, el art. 1.3 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma por segunda vez la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dice así: “Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”. Nuestro Ordenamiento jurídico les aplicará un estatuto jurídico propio que se consagra en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *BOE* 22 de febrero de 2003.

⁴ Art. 3.2 de la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*DOUE* L nº 180, de 19 de julio de 2000, p. 22).

que “el binomio se dirige hacia un trinomio que distingue al nacional, al europeo y a los otros”⁵.

Junto a esa multiplicidad de apariencias, al analizar el principio de no discriminación el investigador del Derecho se encuentra con otra dificultad: cómo dar una imagen correcta, real, en general aportar unos caracteres de un principio que se encuentra en *continuo dinamismo y por tanto en adaptación a los distintos y variados derroteros y objetivos que en cada momento histórico tiene la Comunidad Europea*.

Así el principio de no-discriminación aparece clave en el primer estadio de la construcción europea. En los años cincuenta se estaba ante una Europa desgarrada por los conflictos bélicos cuyo principal objetivo era hacer una Europa unida que preservara la paz y donde vencedores como vencidos se encontrasen en un plano de igualdad⁶. En nuestro tiempo, este mismo principio abandera la convivencia de una Europa multicultural, donde cohabitan personas de distintas razas y culturas, la población autóctona con la inmigrante.

Pese a esa diversidad de manifestaciones puesta de relieve existe, sin embargo, un punto en común: el principio de no discriminación aparece clave en aras a la unidad de los pueblos, a la convivencia pacífica entre los hombres donde la opción siempre será una integración que respete la pluralidad. A través de las políticas que han impulsado este principio de no discriminación se ha puesto de relieve su doble virtualidad de ser al *mismo tiempo motor de la integración y el reflejo más fiel del nivel de ésta en cada momento histórico*; y ello como consecuencia de que a medida que avanza tal integración europea más amplios resultan los ámbitos en los que opera éste principio de igualdad de tratamiento.

⁵ R. F. LE BRIS, “L'étranger et ses métamorphoses: quelques considérations contemporaines”, en *L'Internationalisation du Droit*, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, París, 1994, p. 242. En la misma línea, *vid.* J. RUILOBA ALVAREÑO, “¿Hacia un status jurídico armonizado de los nacionales de los terceros Estados en la Unión Europea?”, en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Dykinson, Centro Universitario Ramón Carande, Madrid, 1999, p. 206.

⁶ En la célebre declaración de Robert Schuman, de 9 de septiembre de 1950, sobre la puesta en común de las industrias del carbón y del acero, se expresó el siguiente pensamiento: “La paz mundial no puede quedar salvaguardada sin esfuerzos creadores a la medida de los peligros que la amenazan. La contribución que una Europa organizada y con vida puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de las relaciones pacíficas. Al hacerse desde hace más de veinte años, la promotora de una Europa unida, Francia ha tenido siempre por objetivo esencial, servir a la paz. *Europa no se hizo, y tuvimos la guerra*” (las cursivas son mías). *Vid.* A. TRUYOL, *La Integración Europea. Idea y realidad*, Tecnos, Madrid, 1972, pp. 30 y ss.

2. CONTEXTO NORMATIVO

El derecho de las personas a no sufrir discriminación por razones arbitrarias goza de reconocimiento desde hace largo tiempo en diversos organismos internacionales, en la propia Unión Europea y en sus Estados miembros.

a) Marco internacional

En el contexto de Naciones Unidas, el principio de no discriminación que ha de gozar toda persona humana sin distinción alguna por raza, color, sexo, idioma, religión o por cualquier otro motivo se encuentra reconocido en la Declaración sobre los Derechos Humanos, de 10 de Diciembre de 1948, y en los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos, y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de Diciembre de 1966. En concreto el art. 2.1 de la Declaración de Derechos Humanos se expresa así:

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía

En el marco europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en su art. 14 consagra igualmente que el goce de los derechos y libertades reconocidos en su texto legal ha de ser asegurado por sus Estados partes sin distinción alguna. Junto a este reconocimiento genérico de prohibición de la discriminación que realizan los instrumentos mencionados, la igualdad de trato en lo relativo al empleo y la ocupación se encuentra garantizada en el marco de la Organización Internacional del Trabajo por el Convenio nº 111 sobre discriminación en materia de empleo y educación, de 1958.

La ratificación por parte de los Estados miembros de la Unión Europea de estos acuerdos internacionales, con la excepción del Convenio nº 111 de la OIT⁷, implica que los Estados asumen el compromiso de garantizar el respeto

⁷ En la actualidad, este Convenio no ha sido ratificado por Irlanda, Luxemburgo ni Reino Unido.

del derecho de no discriminación en el ámbito de su jurisdicción. La salvaguardia de este principio de igualdad si bien no conllevará un derecho de reparación de los particulares ante los Tribunales, habrá de informar necesariamente la actuación entre particulares como de la administración pública.

b) El contexto comunitario

La Unión Europea imbuida por esta normativa está comprometida desde hace años en la consecución de la igualdad de trato en sus más diversas manifestaciones⁸. Si bien ésta se centró en la década de los ochenta en una igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, otras formas de discriminación han ido paulatinamente siendo objeto de su actuación en años venideros. Así pues, junto a motivos de discriminación como la discapacidad⁹, la edad¹⁰ o la orientación sexual¹¹, las instituciones comunitarias mediante pluralidad de instrumentos jurídicos también han mostrado su preocupación en la lucha por la discriminación por origen racial o étnico¹². Entre otros ins-

⁸ El apartado 2 del artículo 6 del Tratado UE establece que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

⁹ *Vid.* Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los minusválidos (*DOUE* C 17, de 22 de enero de 1996); Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalía (*DOUE* C 186, de 2 de julio de 1999); Decisión del Consejo (93/136/CEE), de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas (*DOUE* L 234, de 17 de septiembre de 1993).

¹⁰ *Vid.* Recomendación del Consejo, de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación (*DOUE* L 357, de 18 de diciembre de 1982).

¹¹ *Vid.* Resolución del Parlamento sobre la discriminación sexual en el lugar de trabajo (*DOUE* C 104, de 16 de abril de 1984); Resolución del Parlamento sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea (*DOUE* C 256, de 9 de octubre de 1989).

¹² En este aspecto, la actuación comunitaria ha sido muy prolifera pudiendo destacar los siguientes instrumentos: Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 29 de mayo de 1990, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (*DOUE* C 157, de 27 de junio de 1990); Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 23 de julio de 1996, sobre el Año Europeo contra el Racismo (1997) (*DOUE* C 237, de 15 de agosto de 1996); Declaración del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 16 de diciembre de 1997, sobre el respeto de la diversidad y la lucha contra el racismo y la xenofobia (*DOUE* C 1, de 3 de

trumentos claves ha de destacarse la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, al consagrar la importancia de luchar contra cualquier modo de discriminación para garantizar la igualdad de trato para todos.

Sin menoscabar tales esfuerzos, el año 1997 resultó un importante punto de inflexión gracias a los cambios que los Estados miembros decidieron introducir mediante la aprobación del Tratado de Amsterdam. En efecto, con la incorporación de un nuevo art. 13 se dota a la Comunidad Europea del basamento jurídico necesario con el fin de actuar eficazmente contra toda discriminación. El mencionado artículo 13 reza así:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Sin duda, el alcance de este art. 13 incluido en el Tratado CE va a resultar menos limitado que el mencionado artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. En efecto, si bien éste último precepto tiene como objetivo evitar todo tipo de discriminación no crea derechos particulares sino que se limita a imponer obligaciones a los Estados. Por el contrario, el art. 13 del Tratado CE tiene la doble virtualidad de generar para las instituciones comunitarias un marco legislativo que debe ser aplicado por los Estados miembros, por un lado, y de otorgar a las particulares la posibilidad de dirigirse a los tribunales nacionales en caso de violación o menoscabo de estos derechos, por otro. La relevancia dada por la Unión de erradicar la discriminación aflora asimismo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su art. 21 prohíbe expresamente “toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”¹³.

enero de 1998); Acción común de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia (*COM/98/183 final*).

¹³ La Carta se firmó en Niza, el 8 de diciembre de 2000, *DOUEC* 364, de 18 de diciembre de 2000.

Fruto de esas nuevas competencias en la lucha contra la discriminación, las instituciones comunitarias aprobaron el siguiente paquete de medidas: a) la Directiva 2000/43/CE que prohíbe la discriminación racial o étnica en los ámbitos del empleo, la educación, la seguridad social y la atención médica, así como en relación con las condiciones de acceso a los bienes y servicios y la vivienda¹⁴; b) la Directiva 2000/78/CE que prohíbe cualquier discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación¹⁵; y c) la Decisión 2000/750/CE que establece un programa de acción comunitario para promover el estudio de la discriminación y los intercambios de experiencia y de buenas prácticas entre los Estados miembros¹⁶.

c) La legislación interna de los Estados miembros.

Los Estados miembros asientan sus Estados de Derecho entre otros principios sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. Dada la relevancia que se otorga a la salvaguardia de estos principios su protección se realiza en la mayoría de los países mediante disposiciones constitucionales así como a través de la legislación ordinaria.

Si bien todos los Estados miembros coinciden en proteger la igualdad y evitar así la discriminación, éstos difieren en los términos empleados por las disposiciones constitucionales. En algunos casos, prohíben explícitamente una serie concreta de factores de discriminación, mientras que en otros Estados miembros las constituciones establecen listas abiertas con cláusulas que prohíben la discriminación en general, empleando expresiones de tipo “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” o bien “cualquier otra consideración”. En su mayoría los textos constitucionales se refieren expresamente a los siguientes motivos de discriminación: origen racial o étnico, religión o convicciones y, progresivamente, discapacidad o edad¹⁷.

¹⁴ *DOUEL* n° 180, de 19 de julio de 2000, p. 22.

¹⁵ *DOUEL* n° 303, de 2 de diciembre de 2000, p.16.

¹⁶ *DOUEL* n° 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 23.

¹⁷ *Vid.* las siguientes disposiciones constitucionales: Bélgica (arts. 10, 11 y 191); Dinamarca (art. 70); Alemania (art. 3); Grecia (art. 4.1 y 5.1-2); España (art. 14); Francia (art. 2); Irlanda (art. 40); Italia (art. 3); Luxemburgo (art. 11); Países Bajos (art. 1); Austria (art. 7.1); Portugal (art. 13); Finlandia (sección 5); Suecia (arts. 1.6, 15 y 20); Reino Unido (no posee constitución escrita).

En cuanto a la legislación ordinaria, si bien la mayoría de los ordenamientos jurídicos incluyen la igualdad de trato y la no discriminación para determinados ámbitos materiales, no todos los Estados miembros prohíben la discriminación en términos generales. Así lo más común es que los Estados miembros se preocupen fundamentalmente de la lucha contra la discriminación en el ámbito laboral, insistiendo en aspectos como el acceso al empleo, la remuneración, las condiciones de trabajo o el despido.

3. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

De manera genérica, la igualdad significa que situaciones iguales no pueden ser tratadas de manera diferente, y que situaciones diferentes no pueden ser tratadas de manera idéntica, salvo diferenciación objetivamente justificada¹⁸. Para la salvaguardia de este principio, las instituciones comunitarias luchan para evitar cualquier discriminación tanto directa como indirecta. Las Directivas/CE sobre igualdad de trato de 2000¹⁹ estiman que la *discriminación directa* acontece siempre y cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable, que otra en situación análoga atendiendo a características particulares, tales como la raza, la religión, la nacionalidad, la orientación sexual, etc. Por otra, la *discriminación indirecta* existirá cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja a personas con características particulares respecto de otros individuos. Esta discriminación es asimismo ilegal a menos que se demuestre que se puede “justificar objetivamente con una finalidad legítima” y que los medios para la consecución de esta finalidad legítima sean “adecuados y necesarios”²⁰.

¹⁸ Vid. Sentencia de 7 de julio de 1993, asunto C-217/91, *España c. Comisión*, Rec. 1991.

¹⁹ Art.2 de las mencionadas Directivas 2000/43 y 2000/78.

²⁰ Un ejemplo de discriminación indirecta lo tenemos en la sentencia *Allué contra la Università degli Studi di Venezia*. En este supuesto el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que limitar por vía legal la duración de los contratos de los profesores de lengua extranjera en las universidades italianas, restricción que no era aplicable al resto del personal de estas universidades, constituía una discriminación indirecta ejercida sobre la base de la nacionalidad, porque sólo el 25 % de los profesores referidos eran de nacionalidad italiana; además los motivos invocados para tal justificación han sido totalmente rechazados. Sentencia de 30 de mayo de 1989, asunto C-333/88, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Consejo de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, p. 1615.

A la hora de aportar un concepto sobre no discriminación a nivel comunitario no podemos dar una significación unívoca del mismo sino que ésta será diferente en su alcance personal y material según la diferencia que se pretenda suprimir. Buena prueba de esta distinción nos aporta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión donde su artículo 21 bajo la rúbrica “No discriminación” prohíbe en su art. 1 de manera general para todos los nacionales o extranjeros cualquier discriminación ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, religión, discapacidad, edad, orientación sexual, nacimiento... Por su parte, su apartado 2 se encargará de limitar la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en exclusivamente el ámbito de aplicación del Tratado y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados. Atendiendo a dicho tenor, la no discriminación por razón de la nacionalidad sólo desaparece para los nacionales de los Estados miembros y para un grupo muy escogido de ciudadanos extracomunitarios, pero no se extiende para los nacionales de terceros países, ni siquiera en el supuesto de que éstos fuesen residentes legales en la Comunidad.

4. DISCRIMINACIÓN Y POBLACIÓN INMIGRANTE

Al analizar las políticas de la Unión en materia de no discriminación sobre la población migrante, ha de atenderse a una diferencia crucial según la persona posea o no la nacionalidad de un Estado miembro. Como ya hemos afirmado y será objeto de desarrollo en las siguientes líneas, los ciudadanos de la Unión son, junto con un grupo “escogido” de nacionales extracomunitarios, los únicos que se benefician en el marco del Tratado de la Unión de un principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Por su parte, las políticas de la Unión en relación a los nacionales de terceros países se debaten tímidamente en este sentido en el estricto reconocimiento de ciertos derechos y prerrogativas que inspirados en el *status civitatis* del europeo se base asimismo en la igualdad de trato con independencia de la nacionalidad de la persona.

a) El principio de no discriminación y los ciudadanos de la Unión

Sobre la base del art. 12 del Tratado CE todos los ciudadanos de la Unión, por el mero hecho de ser nacionales de un Estado miembros²¹, se benefician

²¹ El art. 17 del Tratado CE establece que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. Mediante la utilización de esta técnica de remisión o indirecta a fin de designar los titulares de la ciudadanía europea, el Tratado está reconociendo la potestad soberana que detentan los Estados miembros a la hora de determinar los modos de adquirir, perder o recuperar tal *status civitatis*. *Vid.*, en este sentido la Declaración Anexa al Acta Final relativa a la nacionalidad de un Estado miembro.

en el ámbito del Tratado de un principio de no discriminación por razón de la nacionalidad²². Según concreta la jurisprudencia del TJUE la protección de este principio es de carácter muy estricta al dirigirse a eliminar todas las medidas “que impongan a un nacional de otro Estado miembro un tratamiento más riguroso, o le sitúen en una situación de hecho o de derecho desfavorable con respecto a un nacional”²³.

Cuando intentamos adentrarnos en el alcance material de este principio no podemos obviar que se encuentra en continua evolución y, por consiguiente, adaptándose a las distintas etapas de la construcción europea. De este modo, sobre la base de esta igualdad de trato, los nacionales de los Estados miembros han ido a lo largo del proceso de construcción europea adquiriendo un amplio elenco de libertades y prerrogativas que al ser reconocidas a nivel estatal obliga tanto a los particulares en sus relaciones como a la Administración Pública en su actuación.

Así pues, en un primer estadio, esta igualdad de trato se materializa, se hace valer, fundamentalmente en un *marco eminentemente económico*, en tanto que beneficiarios directos de las libertades económicas que permite a los nacionales de los Estados miembros desplazarse y residir en otro Estado miembro sin ningún tipo de trabas con el fin de ejercer cualquier actividad lucrativa por cuenta propia o ajena. Se trata de aquella época donde el mayor reto de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) era la reactivación de las derruidas economías europeas y para ello se lanzó el objetivo de un mercado común donde todos los factores de producción, incluido el humano, circularan libremente por el territorio de los Estados miembros. Con el fin de garantizar esta libre movilidad al tiempo que suprimir cualquier obstáculo a la misma las instituciones comunitarias concluyeron tres instrumentos básicos: el Reglamento 1612/68, de 15 de octubre de 1968, sobre la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad²⁴; la Directiva 68/360, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad²⁵; y la Directiva

²² Art. 12 Tratado CE: “En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”.

²³ *Vid.* Sentencia de 13 de diciembre de 1984, asunto C-251/83, *Haug-Adrion, Rec.* 1984.

²⁴ *DOUEL* nº 257, de 19 de octubre de 1968.

²⁵ *DOUEL* nº 257, de 19 de octubre de 1968.

73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios²⁶.

En un segundo estadio, asistimos a una época de tránsito donde las instituciones comunitarias inician su andadura con el fin de *acercar la construcción europea al ciudadano de a pie*. Con este fin, e impulsado entre otros encuentros por el Consejo Europeo de Fontainebleau, celebrado los días 25 y 26 de julio de 1984, emerge como instrumento clave el reconocimiento para todos los nacionales de los Estados miembros de una libre circulación de personas de carácter general²⁷. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria resultó precursora de los avances posteriormente consagrado por el Derecho derivado. Conocidas son las sentencias del TJUE que mediante una interpretación extensiva y flexible del ejercicio de actividad económica reconocía el principio de igualdad de trato con los nacionales del Estado de acogida a colectivos tales como turistas, en el caso *Cowan*²⁸, o estudiantes, en el asunto *Gravier*²⁹. A esa práctica jurisprudencial siguió la incorporación al Derecho comunitario europeo del llamado “derecho de circulación y residencia de las personas no activas económicamente”. De este modo, gracias a las Directivas 90/364, 90/365 y 93/96³⁰ con independencia de si su desplazamiento a otro Estado miembro se basa en motivos económicos o no, el nacional comunitario siempre se beneficia de esa igualdad de trato que le impide cualquier discriminación basada en la nacionalidad.

²⁶ DOUEL n° 172, de 28 de junio de 1973.

²⁷ Las propuestas esbozadas en la Cumbre de Fontainebleau fueron concretadas en un informe encargado al Comité *Ad Hoc* “Europa de los ciudadanos”, que sería conocido como el Comité Addonnino por ser su presidente el eurodiputado italiano, señor Addonnino. Entre los objetivos fijados destaca una “unión de pasaportes” que crearía un espacio público europeo sin fronteras interiores donde los ciudadanos europeos circularan libremente. *Vid. Bull. des CE*, suplement 7/1985.

²⁸ Sentencia de 2 de febrero de 1989, *Jan William Cowan c. Trésor Public.*, asunto C-186/87, *Rec.* 1989, pp. 195 ss.

²⁹ Sentencia de 13 de febrero de 1985, *Françoise Gravier c. Ville de Liège*, asunto C-293/93, *Rec.* 1985, pp. 593 ss.

³⁰ Directiva 90/364/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia (DOUEL n° 180, de 13 de julio de 1990); Directiva 90/365/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional (DOUEL n° 180, de 13 de julio de 1990); y Directiva 93/96/CEE, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes (DOUEL n° 317, de 18 de diciembre de 1993).

Al paso que evolucionaba la Comunidad de un ente con fines eminentemente económicos a otros fines también sociales y políticos, el principio de no discriminación va a encontrar nuevos ámbitos de expansión. Con la *Ciudadanía de la Unión* incorporada al núcleo duro del Derecho comunitario por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, asistimos a un nuevo desarrollo en cuanto al alcance material de este principio. En efecto, la Ciudadanía de la Unión tiene una naturaleza bifronte al contar con una doble dimensión política y jurídica. Por una parte, la ciudadanía europea aparece como el vínculo existente entre la persona y la Unión; de otro, ser ciudadano europeo implica una cualidad de la persona que hace a su titular sujeto de derechos y deberes, concretamente los recogidos en los artículos 18 a 22 del Tratado CE³¹. De una lectura de estos preceptos se advierte que el estatuto de ciudadanía comprende un conjunto de derechos que pueden ser agrupados a su vez en tres categorías. Una primera está conformada por aquéllos que surten efecto *en el interior de los Estados miembros* como son: el derecho a la libre circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros (art. 18) o el derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales en el Estado miembro de residencia (art. 19.1). En una segunda categoría constituida por las prerrogativas que surten su efecto *en la órbita de las instituciones comunitarias* ha de incluirse: el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia (art. 19.2) así como el derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 21.1) y el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo (art. 21.2). Y una tercera y última categoría sería la de derechos que se afirman *hacia el exterior frente a terceros Estados*, en este sentido los ciudadanos de la Unión podrían solicitar asistencia diplomática y consular en el territorio de un Estado tercero en el que no esté representado el Estado miembro del que son nacionales (art. 20).

b) El principio de no discriminación y los nacionales de terceros países

Cuando se aborda la situación de los nacionales de terceros países ésta resulta bien distinta. En efecto, si en principio ni la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión en su art. 21.2, ni el Tratado CE en su art. 12 parecen expresamente limitar el beneficio de este principio de no discriminación por razón de la nacionalidad a los ciudadanos de la Unión, el desarrollo legislativo posterior así como la jurisprudencia esbozada por el Tribunal de Justicia

³¹ Arts. 17 a 22 del Tratado CE. Los derechos a ser elector y elegible a las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales se reconocen asimismo en los arts. 39 y 40 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

han confirmado su exclusión. Como será objeto de análisis, en la mayoría de los supuestos el principio de no discriminación reconocido a los nacionales de terceros países no afecta a aquellos aspectos de mayor preocupación para la población inmigrante, me refiero a las leyes de extranjería, es decir al conjunto de normas que reglan su entrada, circulación, residencia y trabajo en el territorio de la Unión.

Ahora bien, si esa es la regla general existen excepciones con los llamados “extranjeros privilegiados”. Se trata de aquellos nacionales de terceros países que bien por la existencia de un vínculo familiar con un nacional de un Estado miembro o dada la firma de un Acuerdo entre su país de origen, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, mejoran su situación con respecto al régimen general. Mientras que en el primer caso, ante la existencia de un vínculo familiar, el ciudadano extracomunitario, pese a ser beneficiario indirecto³², va prácticamente a asimilarse en relación a las normas de entrada y residencia a un nacional de la Unión³³, cuando estamos ante el principio de igualdad de trato incluido en un Acuerdo de cooperación o de asociación su alcance variará ampliamente según el acuerdo de que se trate. Así pues, este principio en el marco del *Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo* firmado entre la Comunidad Europea y los países de la Asociación Europea de Libre Cambio va a conllevar para los ciudadanos de Norue-

³² Sobre esta carácter derivado o indirecto la jurisprudencia comunitaria ha sido clara, así en asuntos como *Diatta* o *Deak* ha insistido en que los derechos de estos familiares son totalmente dependientes del derecho propio que ostenta el nacional comunitario, no pudiendo mantenerse aquellos de forma autónoma ni reconocerse de manera independiente al de éste. El mencionado aspecto ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del TJCE. *Vid. inter alia*: sentencia de 23 de noviembre de 1976, asunto 40/76, *Slavica Kermaschek c. Bundesanstalt*, *Rec.* 1976, pp. 1669 y ss.; sentencia de 16 de diciembre de 1976, asunto 63/76, *Vito Inzirillo c. Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, *Rec.* 1976, pp. 2057 y ss.; sentencia de 13 de febrero de 1985, asunto 267/83, *Diatta c. Land Berlin*, *Rec.* 1985, p. 567 y ss.; sentencia de 20 de junio de 1985, asunto 94/84, *Office national de l'emploi c. Deak*, *Rec.* 1985, p. 1873 y ss.; sentencia de 9 de julio de 1987, asunto 256/86, *María Frascogna c. Caisse des dépôts et consignations*, *Rec.* 1987, 3431 y ss.; sentencia de 8 de julio de 1992, asunto C-243/91, *Taghavi*, *Rec.* 1992, p. 4265 y ss.

³³ *Vid.* Art. 3.2. de la Directiva 68/360 y de la Directiva 73/148, así como art. 2.1 de las Directivas de 1990, sobre jubilados, estudiantes y residencia de carácter general. En efecto, se observa que al mismo tiempo que estos nacionales extracomunitarios poseen un derecho derivado que les permite el acceso al territorio de los distintos Estados miembros, a aquéllos se les podría exigir un visado de entrada u otras obligaciones pertinentes cuando fuese preceptivo por el Reglamento 539/2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (*DOUEL* nº 81, de 21 de marzo de 2001).

ga, Islandia o Liechtenstein el beneficio de la libre movilidad intracomunitaria por el territorio de la Unión y una equiparación casi absoluta con los nacionales de los Estados miembros³⁴. Por su parte, sobre la base de la igualdad de trato reconocida por *el Acuerdo de Asociación con Turquía*³⁵ a los ciudadanos turcos residentes legales en la Comunidad si bien no se les reconocerá como beneficiarios de esa libre circulación³⁶, el mencionado principio conlleva la obligación para los Estados miembros de garantizarles una igualdad de trato en las condiciones de trabajo y de remuneración³⁷, un disfrute de las mismas prestaciones en las ramas de la Seguridad Social que los nacionales del Estado miembro de acogida³⁸ y, siempre que se cumplan una serie de condiciones, a renovar su permiso de residencia³⁹. De carácter más restrictivo resulta el al-

³⁴ Vid. arts. 1, 4 y 28 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, firmado entre los Estados miembros, por una parte, y los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio, por otra (*DOUEL* n° 1, de 3 de enero de 1994). Vid. A. C. OLIVEIRA, "Immigrants from Third Countries under EC External Agreements: The need for Improvement", *European Foreign Affairs Review*, summer 1999, pp. 215-233.

³⁵ El Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía fue celebrado, aprobado y confirmado en nombre de la Comunidad mediante Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963 (*DOUEL* n° 217, de 29 de diciembre). Vid. *inter alia*, C. RUMPF, "La libre circulation des travailleurs turcs et l'association entre la Communauté européenne et la Turquie; De *Demirel* à *Kus* en passant par *Sevince*", *Actualités du Droit*, 1994, pp. 265-285; E. TEZCAN, "Le droit du travail et le droit de séjour des travailleurs turcs dans l'Union Européenne à la lumière des arrêts récents de la cour de justice des communautés européennes", *Rev. MCU eur.*, n° 445, février 2001, pp. 117-128.

³⁶ El art. 12 del Acuerdo CE/Turquía dice así: "Las Partes Contratantes acuerdan basarse en los artículos 48, 49 y 50 del Tratado CE para llevar a cabo gradualmente, entre ellas, la libre circulación de trabajadores". Pese al tenor de este precepto, el TJUE en el asunto *Demirel* no dudó en negar cualquier posibilidad de circulación a favor de los nacionales turcos sobre la base de que éste "reviste un alcance esencialmente programático y no constituyen disposiciones lo suficientemente esencialmente precisas e incondicionales". Vid. Sentencia de 30 de septiembre de 1987, asunto 12/86, *Meryem Demirel*, *Rec.* 1987, p. 3719.

³⁷ Art. 12 del Protocolo Adicional. Vid. sentencia de 27 de septiembre de 1990, asunto 192/89, *S. Z. Sevince*, *Rec.* 1990, p. 3461.

³⁸ Decisión 3/80 adoptada por el Consejo de Asociación el 19 de septiembre de 1980. Vid. *inter alia*, sentencia de 10 de septiembre de 1996, asunto 277/94, *Taflan-Met y otros*, *Rec.* 1996, p. 4085.

³⁹ Art. 6.1 de la Decisión 1/80 del Consejo de Asociación creado por el Acuerdo CEE/Turquía. Vid. *inter alia*, sentencia de 30 de septiembre de 1997, asunto 36/96, asunto 36/96, *Faik Günaydin y otros*, *Rec.* 1997, p. 5146.

cance del principio de no discriminación esbozado en los *Acuerdos Euromediterráneos* con los países del Magreb⁴⁰ al limitarse éste al reconocimiento de una igualdad de trato en las condiciones de trabajo y seguridad social para aquellos nacionales magrebíes residentes legalmente en la Comunidad⁴¹. Controvertido se presenta aún el principio de no discriminación consagrado en los Acuerdos de Asociación con los Países de la Europa Central y Oriental, los llamados *Acuerdos Europeos*, donde el Tribunal de Justicia se debate sobre el alcance del mismo⁴², en concreto sobre las posibilidades de libre entrada y trabajo que sobre su base gozan los ciudadanos de la Europa del Este⁴³.

⁴⁰ Acuerdo Euromediterráneo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, de 17 de julio de 1995 (*DOUEL* nº 97, de 30 de marzo de 1998). Acuerdo Euromediterráneo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra, de 26 de febrero de 1996 (*DOUEL* nº 70, de 18 de marzo de 2000). El Acuerdo Euromediterráneo con la República Argelina aún no se encuentra en vigor por lo cual la relación de este país con la Comunidad se rige por el Acuerdo de Cooperación de 25 de abril de 1976 (*DOUEL* nº 263, de 27 de septiembre de 1978). *Vid.* I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "Alcance del principio de no discriminación en cuanto a las condiciones de trabajo y de remuneración de los nacionales marroquíes", *La Ley: Unión Europea*, 31 de mayo de 1999, pp. 7-13.

⁴¹ *Vid. inter alia* las sentencias de 20 de abril de 1994, asunto 58/93, *Zoubir Yousfi c. État belge*, *Rec.* 1994, p. 1353 y de 3 de octubre de 1996, asunto 126/95, *A. Hallouzi-Choho c. Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, *Rec.* 1996, apdo. 19, así como el auto de 12 de febrero de 2003, asunto 23/02, *Mohamed Alami c. Office national de l'emploi*, <http://curia.eu.int.>, dictadas en relación con el art. 41 del Acuerdo CEE-Marruecos; las sentencias de 5 de abril de 1995, asunto 103/94, *Zoulika Krid c. Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)*, *Rec.* 1995, p. 719, apdos. 21-23 y de 15 de enero de 1998, asunto 113/97, *Henia Babaheni c. Etat belge*, *Rec.* 1998, p. 183, con respecto al art. 39 del Acuerdo CEE-Argelia.

⁴² El texto de los distintos Acuerdos Europeos puede verse en los siguientes *Diarios Oficiales de la Comunidad Europea*: Hungría, *DOUEL* nº 347, de 31 de diciembre de 1993; Polonia, *DOUEL* nº 348, de 31 de diciembre de 1993; República Checa, *DOUEL* nº 360, de 31 de diciembre de 1994; República Eslovaca, *DOUEL* nº 359, de 31 de diciembre de 1994; Rumanía, *DOUEL* nº 357, de 31 de diciembre de 1994; Bulgaria, *DOUEL* nº 358, de 31 de diciembre de 1994; República de Letonia *DOUEL* nº 26, de 2 de febrero de 1998; República de Lituania *DOUEL* nº 51, de 20 de febrero de 1998; República de Estonia *DOUEL* nº 68, de 9 de marzo de 1998; República de Eslovenia *DOUEL* nº 51, de 26 de febrero de 1999.

⁴³ *Vid.* las sentencias de 27 de septiembre de 2001, asunto 63/99, *Gloszczuk*, sobre el Acuerdo de Asociación CE-Polonia, *Rec.* 2001, p. 6369; asunto 235/99, *Kondova*, sobre el Acuerdo de Asociación CE-Bulgaria, *Rec.* 2001, p. 6427 y asunto 257/99, *Barkoci y Malik*, sobre el Acuerdo de Asociación CE-República Checa, *Rec.* 2001, p. 2557. Sobre la jurisprudencia del TJCE en este sentido, *vid. amplius*, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "La libertad de establecimiento en los Acuerdos Europeos: ¿Nuevos derechos de entrada y residencia para los ciudadanos de la Europa del Este? (A propósito de la STJCE, de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, *Jany e.a.*)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13, Septiembre/Diciembre, 2002, pp. 943-960.

Hemos mencionado que el principio de no discriminación va evolucionando al tiempo que lo hace la propia construcción europea, de hecho es el motor de la integración y el reflejo más fiel del nivel de ésta en cada momento histórico. Desde el Tratado de Amsterdam e impulsado fundamentalmente por el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999⁴⁴, la Unión Europea tiene entre sus objetivos la conformación de una *Política Común de Inmigración*⁴⁵. Los Consejos Europeos posteriores que han insistido en su desarrollo, así como las Comunicaciones de la Comisión en este sentido, incluyen entre los elementos que deben conformar la futura política común de inmigración garantizar “un trato justo de los nacionales de terceros países”⁴⁶. Si bien una política de la Unión dirigida al establecimiento de un trato justo no tiene el mismo calado que el reconocimiento de un “principio de igualdad de trato con independencia de la nacionalidad”, sí supone un paso importante en cualquier lucha contra la discriminación.

Una política de inmigración efectiva debe atender no sólo al control de los flujos migratorios, a la cooperación con los países de origen, a un sistema común de asilo, a la inmigración y residencia ilegales, sino que es crucial la puesta en marcha de estrategias públicas hacia la integración de esos nacionales de terceros países residentes en el territorio de los Estados miembros. Con este fin de lograr una integración real que al tiempo que sea respetuosa con la diversidad cultural del otro, evite el nacimiento de guetos, los distintos instrumentos jurídicos han coincidido en que una política de la Unión en este sentido debe incluir los siguientes aspectos:

1. *El reconocimiento para los nacionales de terceros países residentes en la Unión de un elenco de prerrogativas a nivel comunitario comparable a las de los ciudadanos comunitarios en el marco de la no discriminación por razón de la na-*

⁴⁴ Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, *Bol. UE.*, nº 10, 1999.

⁴⁵ *Vid amplius*, I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Hacia una política común de inmigración en la Unión Europea”, *Revista Poder Judicial*, nº 66, 2002, pp. 107-142; E. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, “Asilo e inmigración en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13, septiembre/diciembre 2002, pp. 833-856.

⁴⁶ *Vid.* Conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla y del Consejo Europeo de Salónica, asimismo la Comunicación de la Comisión, de 22 de noviembre de 2000, al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración, *COM (2000) 757 final* y la Comunicación de la Comisión, de 3 de junio de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo, *COM (2003) 336 final*.

cionalidad. En efecto, el reconocimiento de una seguridad en su residencia y de unos derechos derivados de ésta es “fuente de estabilidad para la persona y constituye un elemento de integración eficaz”. Con este fin se alude a la creación de un “*estatuto jurídico propio de los nacionales de terceros países*” semejante al de los nacionales de los Estados miembros. Mediante éste a aquellas personas que hayan residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo y que cuenten con un permiso de residencia de larga duración, se les debe conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, entre otros, el derecho a residir, a recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación con los ciudadanos del Estado de residencia⁴⁷. Posteriormente, las instituciones europeas utilizan la nueva noción de “*ciudadanía cívica*” que, basada en el Tratado CE e inspirada por la Carta de los Derechos Fundamentales, confiere progresivamente en función de la estancia y sobre la base de un principio de igualdad con el nacional un conjunto de derechos y obligaciones a los ciudadanos extracomunitarios⁴⁸.

2. En el marco del reconocimiento de una serie de derechos y libertades para los residentes legales en la Unión, aflora igualmente la urgencia de admitir y reglamentar una prerrogativa básica de toda persona, su derecho a la vida en familia que se concreta en un “*derecho a la reagrupación familiar*”. En cuanto a los ciudadanos de la Unión, desde su génesis el Derecho comunitario europeo ha concedido el derecho a la reagrupación familiar como un complemento indispensable del principio fundamental a la libre circulación. Cuando se trata de los nacionales procedentes de terceros países la situación es bien distinta. En

⁴⁷ Propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, *DOUE C* n° 240, de 28 de agosto de 2001, p. 79; Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros, *DOUE C* n° 80, de 18 de marzo de 1996

⁴⁸ Hasta el momento presente, las instituciones europeas en el marco de esa “ciudadanía cívica” han propuesto como estrategias para promover la integración: la participación del inmigrante de la vida política a nivel local y la naturalización mediante la relajación de los requisitos legales para la misma. *Vid.* la citada Comunicación de la Comisión, de 3 de junio de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo.

tre las novedades introducidas por el Tratado de Amsterdam, el art. 63.3 Tratado CE compele a las instituciones comunitarias para que en el plazo de cinco años se elabore una reglamentación sobre condiciones de entrada y de residencia, así como normas relativas a los procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados y de permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar. Atendiendo a dicho imperativo legal, las instituciones europeas han aprobado la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁴⁹. El objetivo central de dicho texto no es otro que, sobre la base de garantizar un trato justo y una integración efectiva de los nacionales de terceros países residentes en la Unión Europea, sea reconocido a estas personas un derecho a la reagrupación familiar que se inspire en las disposiciones del Derecho comunitario en vigor para los ciudadanos europeos que ejercen su derecho a la libre circulación⁵⁰.

3. Junto al reconocimiento del conjunto de derechos y prerrogativas aludidas, resulta una pieza clave en aras a garantizar un trato justo al tiempo que una integración con éxito la puesta en marcha de estrategias públicas de lucha contra la discriminación. En este sentido, el año 2000 resultó un año crucial gracias a la aprobación del Consejo de *un paquete de medidas sobre la lucha contra la discriminación formado por los siguientes tres instrumentos*. En primer lugar, la Directiva 43/2000/CE para la lucha contra la discriminación por razones de origen racial o étnico, destinada a aplicarse en los ámbitos del empleo, la formación, la protección social (incluida la salud y la seguridad social), la educación y el suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda. En segundo término, la Directiva 78/2000/CE para luchar contra la discriminación en el empleo por razones de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. Y, en tercer lugar, complementan estas dos directivas, un programa de acción contra la discriminación, aprobado

⁴⁹ DOUE L n° 251, de 3 de octubre de 2003. Para un estudio detallado de esta Directiva: A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en Derecho comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar)", en <http://reicaz.es>; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "La Directiva 2003/86, de 22 de septiembre de 2003: hacia una armonización del derecho a la reagrupación familiar en la Unión Europea", en *Actas del II Congreso La Familia en la Sociedad del siglo XXI*, 2004, en prensa.

⁵⁰ Vid. Considerando tercero de la Directiva 2003/86.

mediante la Decisión 750/2000, que se ejecutará durante seis años a partir de 1 de enero de 2001, y contará con un presupuesto de casi 100 millones de Euros para actividades contra la discriminación por razones de raza u origen étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual. En concreto, se prevé que las actividades se centren en: a) el análisis de la discriminación en los Estados miembros y la evaluación de los métodos para combatirla; ii) reforzar la capacidad de las organizaciones que luchan contra la discriminación, mediante intercambios transnacionales y financiación básica de ONGs, y iii) promover la toma de conciencia respecto de la discriminación y de las medidas para combatirla en la Unión Europea.

La puesta en marcha de estas Directivas por parte de los Estados miembros resulta básica dado que con demasiada frecuencia los inmigrantes son uno de los colectivos que en nuestras sociedades corren mayor riesgo de verse discriminados. El ámbito de aplicación de estas medidas se extiende a cualquier persona que resida o trabaje en un país de la Unión Europea, de forma oficial o no; de este modo la protección no se ciñe simplemente a los ciudadanos de la UE, sino también a los nacionales de terceros países. Sin embargo, las mencionadas Directivas antidiscriminación no afectan a las normas sobre inmigración y no se refieren a las diferencias de trato por simples motivos de nacionalidad.

4. Por último no quisiera concluir sin mencionar que la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión*, aprobada el 7 de diciembre de 2000, establece varios principios que, debido a la universalidad de determinados derechos, se aplican a los nacionales de países terceros. Esto tiene particular importancia con respecto a diversos derechos sociales tales como la protección frente al despido improcedente y la aplicación de las normas comunitarias y nacionales sobre condiciones de trabajo y Seguridad Social⁵¹. La Carta también incluye la posibilidad, en las condiciones establecidas en el Tratado CE, de un derecho a la libre circulación y residencia para los nacionales de países terceros que residan legalmente en un Estado miembro, y con ello una relajación de las normas de extranjería a nivel intracomunitario.

⁵¹ *Vid.* Art. 15. 3 (Libertad profesional y derecho a trabajar), art. 21 (No discriminación), Art. 31 (Condiciones de trabajo justas y equitativas), Art. 34 (Seguridad social y ayuda social). Además los nacionales de terceros países en caso de violación o menoscabo de tales derechos podrán dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo (art. 43) o elevar un derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 44).

5. CONCLUSIÓN

A modo de síntesis, es preciso insistir que al acercarnos en el contexto comunitario al principio de no discriminación en relación a la población migrante, éste además de encontrarse en continua progresión, tiene un alcance material muy distinto según la cualidad de su beneficiario. Hasta el momento presente los únicos extranjeros que se benefician de un principio pleno de no discriminación son los ciudadanos de la Unión Europea, así como un grupo “escogido” de nacionales de terceros países, a saber, los nacionales del Espacio Económico Europeo y los familiares de los ciudadanos de la Unión Europea y del mencionado Espacio Económico Europeo en el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

Ahora bien, es asimismo cierto que se ha iniciado la andadura en el marco del nuevo objetivo que es una política común de inmigración hacia el reconocimiento de este principio esencial a favor de los ciudadanos extracomunitarios residentes legales en la Unión. Esta aspiración que necesariamente conllevará, entre otros aspectos, el acceso al mercado laboral europeo en igualdad de condiciones que los ciudadanos europeos y el beneficio de la libre circulación de personas intracomunitarias, no será una empresa exenta de dificultades. En efecto sigue latente en este aspecto, así como en otros muchos, el pensamiento de uno de los grandes impulsores de la construcción europea, Robert Schuman “*Europa no se hace de un golpe ni es una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho*”⁵².

⁵² Esta teoría de los “pequeños pasos” fue expuesta en la célebre declaración de este ministro francés el 9 de septiembre de 1950. *Cit.* A. TRUYOL, *La Integración Europea. Idea y realidad*, Tecnos, Madrid, 1972, pp. 30 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., “Alcance del principio de no discriminación en cuanto a las condiciones de trabajo y de remuneración de los nacionales marroquíes”, *La Ley: Unión Europea*, 31 de mayo de 1999, pp. 7-13.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba-Junta de Andalucía, 2ª Edición actualizada, 2003.
- LANGE, A., *Inmigrants on Discrimination*, CEIFO Publications/Nº 73, Suecia, 1996.
- LENAERTS, K., “L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples”, CDE, 1991-1, pp. 17 ss.
- RUMPF, C., “La libre circulation des travailleurs turcs et l'association entre la Communauté européenne et la Turquie; De Demirel à Kus en passant par Sevince”, *Actualités du Droit*, 1994, pp. 265-285;
- TEZCAN, E., “Le droit du travail et le droit de séjour des travailleurs turcs dans l'Union Européenne à la lumière des arrêts récents de la cour de justice des communautés européennes”, *Rev. MCU eur.*, nº 445, février 2001, pp. 117-128.
- VILLALÓN, J. (Coord.), *La igualdad de trato en el Derecho comunitario social*, Pamplona, 1997.
- WHITTLE, R., “Disability Discrimination and the Amsterdam Treaty”, *ELR*, 1998-1, pp. 50 ss.
- ZEGERS DE BEIJL, R., *Documenting discrimination against migrant workers in the labour market. A comparative study of four European countries*, BIT, Ginebra, 2000.

LEGISLACIÓN Y DOCUMENTACIÓN EUROPEA

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre algunas medidas comunitarias en lucha contra la discriminación, *Doc. COM* (1999), 564 final, de 25 de noviembre de 1999, p. 1.

Comunicación de la Comisión, de 22 de noviembre de 2000, al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración, *Doc. COM (2000) 757 final*.

Comunicación de la Comisión, de 3 de junio de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo, *Doc. COM (2003) 336 final*.

Comisión Europea, *Rapport des dispositions juridiques des États membres pour combattre la discrimination*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2000.

Comisión Europea, *Informe anual sobre igualdad y no discriminación 2003*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2003.

Comisión Europea, *La lucha por la igualdad. Acción de la Comunidad Europea para luchar contra la discriminación*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2003.

Comisión Europea, *Nuevas competencias para luchar contra la discriminación*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2003.

Comisión Europea (Direction générale de l'emploi et des affaires sociales), *Promouvoir la diversité*, Luxemburgo, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 2003.

Decisión 2000/750 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006), *DOUE L n° 303*, de 2 de diciembre de 2000.

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *DOUE L n° 180*, de 19 de julio de 2000.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DOUE L n° 303*, de 2 de diciembre de 2000.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas Año 2003 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

UE-1 Decisión 2003/32/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2002, sobre la movilización del **Fondo de Solidaridad de la Unión Europea** con arreglo al punto 3 del Acuerdo interinstitucional de 7 de noviembre de 2002 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre la financiación del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea, que complementa el Acuerdo interinstitucional de 6 de mayo de 1999 sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento presupuestario
DOCE L11, 16.01.2003, p. 26

UE-2 Decisión 2003/133/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, relativa a la movilización del **instrumento de flexibilidad**, de conformidad con el punto 24 del Acuerdo interinstitucional de 6 de mayo de 1999
DOUE L53, 28.02.2003, p. 43

UE-3 Reglamento (CE) nº 58/2003 del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por el que se establece el **estatuto de las agencias ejecutivas** encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios
DOCE L11, 16.01.2003, p. 1

UE-4 **Reglamento del Parlamento Europeo –15ª edición–** Febrero de 2003
DOUE L61, 5.03.2003, p. 1

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante el 1º trimestre de 2003. A partir del 1 de febrero de 2003 el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) pasa a denominarse Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), por lo que, en consecuencia, y según la nueva denominación, cambia la numeración de esta sección.

UE-5 Decisión 2003/158/EC, EURATOM del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2003, por la que se nombra al **Defensor del Pueblo Europeo**
DOUE L65, 8.03.2003, p. 26

UE-6 Decisión del Consejo, de 6 de marzo de 2003, por la que se crea la **Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo**
DOUE L70, 14.03.2003, p. 31

UE-7 Decisión 2003/165/EC del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a la creación del **Comité de Servicios Financieros**
DOUE L67, 12.03.2003, p. 17

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

UE-8 Decisión nº 253/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2003, por la que se adopta un **programa** de acción para la aduana en la Comunidad (**Aduana 2007**)
DOUE L36, 12.02.2003, p. 1

UE-9 Reglamento (CE) nº 150/2003 del Consejo, de 21 de enero de 2003, por el que se suspenden los derechos de **importación** sobre determinadas **armas y equipos militares**
DOCE L25, 30.01.2003, p. 1

UE-10 Decisión del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, referente a la firma y celebración del **Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Turquía** relativo a los precursores y las sustancias químicas utilizados frecuentemente para la fabricación ilícita de **estupefacientes o de sustancias psicotrópicas**
DOUE L64, 7.03.2003, p. 28 y 30

UE-11 Reglamento (CE) nº 462/2003 de la Comisión, de 13 de marzo de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del régimen de **importación** de determinados **productos del sector de la carne de porcino** originarios de los **Estados de África, del Caribe y del Pacífico (ACP)** y se deroga el Reglamento (CE) nº 2562/98
DOUE L70, 14.03.2003, p. 8

UE-12 Reglamento CE nº 149/2003 del Consejo, de 27 de enero de 2003, 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 L30, 5.02.2003, p. 1

UE-13 Reglamento (CE) nº 312/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativo a la aplicación por parte de la Comunidad de las disposiciones arancelarias establecidas en el **Acuerdo** por el que se establece una asociación entre la **Comunidad Europea** y sus Estados miembros, por una parte, y la **República de Chile**, por otra
DOUE L46, 20.02.2003, p. 1

III. AGRICULTURA

UE-14 Reglamento (CE) nº 567/2003 de la Comisión, de 28 de marzo de 2003, por el que se corrigen las versiones alemana, danesa, española, finesa, griega, inglesa, italiana y portuguesa del Reglamento (CE) nº 445/2002, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1257/1999 del Consejo, sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del **Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola (FEOGA)**
DOUE L82, 29.03.2003, p. 11

UE-15 Reglamento (CE) nº 571/2003 de la Comisión, de 28 de marzo de 2003, que modifica el Reglamento (CE) nº 1227/2000 por el que se fijan las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1493/1999 del Consejo por el que se establece la **organización común del mercado vitivinícola**, en lo relativo al potencial de producción
DOUE L82, 29.03.2003, p. 19

UE-16 Reglamento (CE) nº 48/2003 de la Comisión, de 10 de enero de 2003, por el que se establecen las normas aplicables a las **mezclas de frutas y hortalizas frescas** de diferentes especies contenidas en un **mismo envase de venta**
DOCE L 7, 11.01.2003, p. 65

UE-17 Reglamento (CE) nº 355/2003 del Consejo, de 20 de febrero de 2003, relativo a la autorización del **aditivo avilamicina en la alimentación animal**
DOUE L53, 28.02.2003, p. 1

UE-18 Reglamento (CE) nº 261/2003 de la Comisión, de 12 de febrero de 2003, relativo a la autorización provisional de nuevas utilizaciones de **aditivos en los piensos**
DOUE L37, 13.02.2003, p. 12

UE-19 Reglamento (CE) nº 260/2003 de la Comisión, de 12 de febrero de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 999/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la erradicación de las **encefalopatías espongiiformes** transmisibles en animales ovinos y caprinos, así como a las normas para el comercio de animales vivos de las especies ovina y caprina, y de embriones de bovinos
DOUE L37, 13.02.2003, p. 7

UE-20 Reglamento (CE) nº 325/2003 de la Comisión, de 20 de febrero de 2003, que modifica al Reglamento (CE) nº 1291/2000 por el que se establecen disposiciones comunes de aplicación del régimen de **certificados de importación, de exportación y de fijación anticipada para los productos agrícolas**
DOUE L47, 21.02.2003, p. 21

UE-21 Directiva 2002/100/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2002, por la que se modifica la Directiva 90/642/CEE del Consejo, en lo que respecta a los **contenidos máximos de residuos de azoxitrobina**
DOCE L 2, 7.01.2003, p. 33

UE-22 Reglamento (CE) nº 398/2003 de la Comisión, de 3 de marzo de 2003, relativo al suministro de cereales en concepto de **ayuda alimentaria**
DOUE L59, 4.03.2003, p. 8

UE-23 Recomendación 2003/120/EC de la Comisión, de 20 de febrero de 2003, sobre la protección y la información del público en relación con la exposición derivada de la **contaminación persistente por cesio radiactivo de determinados alimentos de origen silvestre**, como consecuencia del **accidente ocurrido en la central nuclear de Chernóbil** [notificada con el número C(2003) 510]
DOUE L47, 21.02.2003, p. 53

IV. PESCA

V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL

UE-24 Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre las **disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos** (ruido) (decimoséptima UE-25 Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) DOUE L42, 15.02.2003, p. 38

UE-26 Recomendación 2003/134/EC del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a la mejora de la **protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos** DOUE L53, 28.02.2003, p. 45

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

UE-27 Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la **mediación en los seguros** DOCE L9, 15.01.2003, p. 3

UE-28 Directiva 2002/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la **supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero**, y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE y 93/22/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo DOUE L35, 11.02.2003, p. 1

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

UE-29 Reglamento (CE) nº 6/2003 de la Comisión, de 30 de diciembre de 2002, relativo a la difusión de **estadísticas del transporte de mercancías por carretera** DOCE L 1, 4.01.2003, p. 45

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

UE-30 UE-30 Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la **aplicación de las normas sobre competencia** previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado DOCE L 1, 4.01.2003, p. 1

UE-31 Reglamento (CE) nº 452/2003 del Consejo, de 6 de marzo de 2003, sobre las **medidas que podrá tomar la Comunidad** en relación con el **efecto combinado de las medidas antidumping o antisubvenciones y las medidas de salvaguardia**
DOUE L69, 13.03.2003, p. 8

UE-32 Decisión 2003/27/EC de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de **ayudas estatales ejecutado por España** en favor de las empresas de Vizcaya en forma de crédito fiscal del 45 % de las inversiones *[notificada con el número C(2001) 1765]*
DOCE L17, 22.01.2003, p. 1

UE-33 Decisión 2003/28/EC de la Comisión, de 20 diciembre de 2001, relativa a un régimen de **ayudas ejecutado por España** en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Álava (España) *[notificada con el número C(2001) 4475]*
DOCE L17, 22.01.2003, p. 20

UE-34 Decisión 2003/81/EC de la Comisión, de 22 de agosto de 2002, relativa al régimen de **ayudas estatales aplicado por España** a los “centros de coordinación de Vizcaya” [Ayuda C 48/2001 (ex NN 43/2000)] *[notificada con el número C(2002) 3141]*
DOUE L31, 6.02.2003, p. 26

UE-35 Decisión 2003/86/EC de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, relativa a un régimen de **ayudas ejecutado por España** en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Vizcaya (España) *[notificada con el número C(2001) 4478]*
DOUE L40, 14.02.2003, p. 11

IX. FISCALIDAD

X. POLÍTICA ECONÓMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

UE-36 Decisión 2003/116/EC del Consejo, de 18 de febrero de 2003, relativa a los auditores externos del **Banco Central Europeo** y del Suomen Pankki
DOUE L47, 21.02.2003, p. 40

UE-37 Decisión 2003/205/EC del Banco Central Europeo, de 20 de marzo de 2003, sobre las denominaciones, especificaciones, reproducción, canje y retirada de los **billetes de banco denominados en euros (BCE/2003/4)**
DOUE L78, 25.03.2003, p. 16

UE-38 Orientación 2003/206/EC del Banco Central Europeo, de 20 de marzo de 2003, sobre la aplicación de medidas contra la reproducción irregular de billetes en euros y sobre el canje y la retirada de **billetes en euros (BCE/2003/5)**
DOUE L78, 25.03.2003, p. 20

UE-39 Orientación 2003/131/EC del Banco Central Europeo, de 5 de diciembre de 2002, sobre el régimen jurídico de la contabilidad y la elaboración de informes financieros en el **sistema europeo de Bancos Centrales (BCE/2002/10)**
DOUE L58, 3.03.2003, p. 1

UE-40 Decisión 2003/132/EC del Banco Central Europeo, de 5 de diciembre de 2002, sobre las cuentas anuales del **Banco Central Europeo (BCE/2002/11)**
DOUE L58, 3.03.2003, p. 38

UE-41 Dictamen del Consejo de 18 de febrero de 2003 en relación con el **programa de estabilidad actualizado de España (2002-2006)**
DOUE C51, 4.03.2003, p.4

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

UE-42 Decisión 2003/96/EC del Consejo, de 6 de febrero de 2003, relativa a la celebración del **Acuordo de Cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y Ucrania**
UE-43 **Acuordo de Cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y Ucrania**
DOUE L36, 12.02.2003, p. 31 y 32

UE-44 Decisión 2003/159/EC del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, relativa a la celebración del **Acuordo de Asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico**, por una parte, y la

Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en **Cotonú** el 23 de junio de 2000
DOUE L65, 8.03.2003, p. 27

UE-45 Decisión 2003/175/EC del Consejo, de 7 de marzo de 2003, relativa a la utilización de los intereses del **Fondo Europeo de Desarrollo** para la financiación de los costes vinculados a la aplicación del sistema internalizado de gestión de los expertos individuales que trabajan en los Estados ACP y en los países y territorios de Ultramar
DOUE L70, 14.03.2003, p. 34

UE-46 Decisión del Consejo, de 10 de enero de 2003, relativa a la modificación de la Decisión 2001/131/CE por la que se concluye el procedimiento de consultas con Haití en el marco del artículo 96 del **Acuerdo de Asociación ACP-CE**
DOCE L20, 24.01.2003, p. 23

XII. ENERGÍA

UE-47 Reglamento (CE) nº 405/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003, relativo al control comunitario de las **importaciones de hulla originarias de terceros países**
DOUE L62, 6.03.2003, p. 1

UE-48 Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativa a la **eficiencia energética de los edificios**
DOCE L 1, 4.01.2003, p. 65

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

UE-49 Reglamento (CE) nº 347/2003 de la Comisión, de 30 de diciembre de 2002, por el que se determina la “**lista PRODCOM**” de **productos industriales** correspondiente a 2003 prevista por el Reglamento (CEE) nº 3924/91 del Consejo
DOUE L57, 3.03.2003, p. 1

UE-50 Directiva 2003/2/CE de la Comisión, de 6 de enero de 2003, que limita la **comercialización y el uso del arsénico** (décima

adaptación al progreso técnico de la Directiva 76/769/CEE del Consejo)
DOCE L 4, 9.01.2003, p. 9

UE-51 Directiva 2003/3/CE de la Comisión, de 6 de enero de 2003, relativa a la limitación de la **comercialización y el uso de “colorante azul”** (decimosegunda adaptación al progreso técnico de la Directiva 76/769/CEE del Consejo)
DOCE L 4, 9.01.2003, p. 12

UE-52 Directiva 2003/1/CE de la Comisión, de 6 de enero de 2003, por la que se adapta al progreso técnico el anexo II de la Directiva 76/768/CEE del Consejo relativa a la **aproximación de las legislaciones** de los Estados miembros en materia de **productos cosméticos**
DOCE L 5, 10.01.2003, p. 14

UE-53 Directiva 2003/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de febrero de 2003, por la que se modifica la Directiva 76/768/CEE del Consejo relativa a la **aproximación de las legislaciones** de los Estados miembros en materia de **productos cosméticos**
DOUE L66, 11.03.2003, p. 26

UE-54 Directiva 2002/99/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, por la que se establecen las **normas zoonitarias aplicables** a la producción, transformación, distribución e introducción de los **productos de origen animal destinados al consumo humano**
DOCE L18, 23.01.2003, p. 11

UE-55 Directiva 2003/12/CE de la Comisión, de 3 de febrero de 2003, sobre la nueva clasificación de los **implantes mamarios** en el marco de la Directiva 93/42/CEE relativa a los productos sanitarios
DOUE L28, 4.02.2003, p. 43

UE-56 Directiva 2002/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre restricciones a la utilización de determinadas **sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos**
DOUE L37, 13.02.2003, p. 19

UE-57 Directiva 2002/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, por la que se modifica la Directiva 97/68/CE relativa a la **aproximación de las legislaciones** de los Estados miembros sobre medidas contra la **emisión de gases y partículas contaminantes**

procedentes de los motores de combustión interna que se instalen en las máquinas móviles no de carretera
DOUE L35, 11.02.2003, p. 28

UE-58 Directiva 2003/13/CE de la Comisión, de 10 de febrero de 2003, por la que se modifica la Directiva 96/5/CE relativa a los alimentos elaborados a base de cereales y **alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad**
DOUE L41, 14.02.2003, p. 33

UE-59 Directiva 2003/14/CE de la Comisión, de 10 de febrero de 2003, por la que se modifica la Directiva 91/321/CEE relativa a los **preparados para lactantes y preparados de continuación**
DOUE L41, 14.02.2003, p. 37

UE-60 Directiva 2003/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de marzo de 2003, por la que se modifica la Directiva 98/70/CE relativa a la **calidad de la gasolina y el gasóleo**
DOUE L76, 22.03.2003, p. 10

UE-61 Directiva 2003/19/CE de la Comisión, de 21 de marzo de 2003, por la que se modifica, adaptándola al progreso técnico, la Directiva 97/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las masas y dimensiones de determinadas categorías de **vehículos de motor y de sus remolques**
DOUE L79, 26.03.2003, p. 6

UE-62 Directiva 2003/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, por la que se modifica por vigesimocuarta vez la Directiva 76/769/CEE del Consejo relativa a la **aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas** de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de **determinadas sustancias y preparados peligrosos** (éter de pentabromodifenilo, éter de octabromodifenilo)
DOUE L42, 15.02.2003, p. 45

UE-63 Decisión 2003/128/EC no 1/2003, de 28 de enero de 2003, del Comité instituido por el **Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza** sobre el **reconocimiento mutuo de la evaluación de la conformidad** relativa al establecimiento de una lista de los organismos de evaluación de la conformidad reconocidos en virtud del Acuerdo
DOUE L56, 1.03.2003, p. 1

UE-64 Recomendación 2003/10/EC de la Comisión, de 10 de enero de 2003, relativa a un programa coordinado de **control oficial de productos alimenticios** para el año 2003
DOCE L 7, 11.01.2003, p. 76

UE-65 Recomendación 2003/203/EC de la Comisión, de 20 de marzo de 2003, relativa a la armonización del suministro de **acceso público R-LAN a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas de la Comunidad**
DOUE L78, 25.03.2003, p. 12

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

UE-66 Reglamento (CE) nº 16/2003 de la Comisión, de 6 de enero de 2003, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1164/94 del Consejo en lo que se refiere a la subvencionabilidad de los gastos de las actuaciones cofinanciadas por el **Fondo de Cohesión**
DOCE L 2, 7.01.2003, p. 7

UE-67 Decisión 2003/32/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2002, sobre la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea con arreglo al punto 3 del Acuerdo interinstitucional de 7 de noviembre de 2002 entre el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre la financiación del **Fondo de Solidaridad de la Unión Europea**, que complementa el Acuerdo interinstitucional de 6 de mayo de 1999 sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento presupuestario
DOCE L11, 16.01.2003, p. 26

UE-68 Recomendación 2003/203/EC de la Comisión, de 20 de marzo de 2003, relativa a la armonización del suministro de **acceso público R-LAN a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas de la Comunidad**
DOUE L78, 25.03.2003, p. 12

Resolución del Consejo de 18 de febrero de 2003 sobre un enfoque europeo orientado hacia una cultura de seguridad de las redes y de la información
UE-69
DOUE C48, 28.02.2003, p. 1

UE-70

Resolución del Consejo de 18 de febrero de 2003 sobre la aplicación del **plan de acción «Europe 2005**

DOUE C48, 28.02.2003, p. 2

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

UE-71

Decisión 2003/106/EC del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del **Convenio de Rotterdam** sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a **ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos** objeto de comercio internacional

DOUE L63, 6.03.2003, p. 27

UE-72

Decisión 2003/168/EC de la Comisión, de 11 de marzo de 2003, por la que se establece el **Consejo Energy Star de la Comunidad Europea**

DOUE L67, 12.03.2003, p. 22

UE-73

Reglamento (CE) nº 304/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativo a la exportación e importación de **productos químicos peligrosos**

DOUE L63, 6.03.2003, p. 1

UE-74

Directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre **residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE)**

Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión relativa al Artículo 9

DOUE L37, 13.02.2003, p. 24 y 39

UE-75

Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al **acceso del público a la información medioambiental** y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo

DOUE L41, 14.02.2003, p. 26

UE-76

Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la **protección del medio ambiente a través del Derecho penal**

DOUE L29, 5.02.2003, p. 55

UE-77 Decisión 2003/31/EC de la Comisión, de 29 de noviembre de 2002, por la que se establecen criterios ecológicos revisados para la concesión de la **etiqueta ecológica** comunitaria a los detergentes para lavavajillas y se modifica la Decisión 1999/427/CE [notificada con el número C(2002) 4632]
DOCE L9, 15.01.2003, p. 11

UE-78 Decisión 2003/121/EC de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, por la que se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la **etiqueta ecológica** comunitaria a las aspiradoras [notificada con el número C(2003) 114]
DOUE L47, 21.02.2003, p. 56

UE-79 Decisión 2003/200/EC de la Comisión, de 14 de febrero de 2003, por la que se establecen criterios ecológicos revisados para la concesión de la **etiqueta ecológica** comunitaria a los detergentes para ropa y se modifica la Decisión 1999/476/CE [notificada con el número C(2003) 143]
DOUE L76, 22.03.2003, p. 25

UE-80 Recomendación 2003/217/EC de la Comisión, de 26 de marzo de 2003, sobre la aplicación a otros medios de las disposiciones de la Directiva 1999/94/CE en lo que se refiere a los **impresos de promoción** [notificada con el número C(2003) 848]
DOUE L82, 29.03.2003, p. 33

UE-81 Resolución 2003/C 11/01 del Consejo de 2 de diciembre de 2002 sobre la Estrategia en materia de **política de los consumidores en la Comunidad (2002-2006)**
DOCE C 11, 17.01.2003, p. 1

UE-82 Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas de calidad y de seguridad para la **extracción**, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de **sangre humana y sus componentes** y por la que se modifica la Directiva 2001/83/CE
DOUE L33, 8.02.2003, p. 30

UE-83 Recomendación 2003/54/EC del Consejo, de 2 de diciembre de 2002, relativa a la **prevención del tabaquismo** y a una serie de iniciativas destinadas a mejorar la lucha contra el tabaco
DOCE L22, 25.01.2003, p. 31

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

UE-84 Reglamento (CE) n° 6/2003 de la Comisión, de 30 de diciembre de 2002, relativo a la difusión de **estadísticas del transporte de mercancías por carretera**
DOCE L 1, 4.01.2003, p. 45

UE-85 Reglamento (CE) n° 68/2003 de la Comisión, de 16 de enero de 2003, sobre el uso de **información procedente de fuentes distintas de las encuestas estadísticas** y los plazos para comunicar los resultados de la encuesta de 2003 sobre la estructura de las explotaciones agrícolas
DOCE L12, 17.01.2003, p. 5

UE-86 Reglamento (CE) n° 91/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a las **estadísticas sobre transporte ferroviario**
DOCE L14, 21.01.2003, p. 1

UE-87 Reglamento (CE) n° 437/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de febrero de 2003, relativo a las **estadísticas de transporte aéreo de pasajeros, carga y correo**
DOUE L66, 11.03.2003, p. 1

UE-88 Reglamento (CE) n° 450/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de febrero de 2003, sobre el **índice de costes laborales**
DOUE L69, 13.03.2003, p. 1

UE-89 Reglamento (CE) n° 246/2003 de la Comisión, de 10 de febrero de 2003, relativo a la adopción del programa de módulos *ad hoc* de la **encuesta sobre la población activa**, para los años 2004 a 2006, previsto en el Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo
DOUE L34, 11.02.2003, p. 3

UE-90 Decisión 2003/52/EC de la Comisión, de 22 de enero de 2003, por la que se concede a **España una excepción para adaptar su sistema estadístico nacional** a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1221/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo [*notificada con el número C(2003) 292*]
DOCE L18, 23.01.2003, p. 54

UE-91 Decisión nº 451/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de febrero de 2003, por la que se modifica la Decisión nº 253/2000/CE por la que se establece la segunda fase del **programa de acción comunitario en materia de educación Sócrates**
DOUE L69, 13.03.2003, p. 6

UE-92 Decisión nº 291/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero de 2003, por la que se establece el **Año Europeo de la Educación a través del Deporte 2004**
DOUE L43, 18.02.2003, p. 1

UE-93 Resolución 2003/C 13/02 del Consejo de 19 de diciembre de 2002 relativa al fomento de la **cooperación reforzada europea en materia de educación y formación profesionales**
DOCE C 13, 18.01.2003, p. 2

UE-94 Resolución 2003/C 13/03 del Consejo de 19 de diciembre de 2002 sobre la ejecución del plan de trabajo relativo a la cooperación europea en el ámbito de la cultura: el valor añadido europeo, la **movilidad de las personas y la circulación de obras en el sector cultural**
DOCE C 13, 18.01.2003, p. 5

UE-95 Resolución 2003/C 13/04 del Consejo de 19 de diciembre de 2002 sobre los **contenidos de los medios interactivos en Europa**
DOCE C 13, 18.01.2003, p. 8

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

UE-96 Decisión 2003/96/EC del Consejo, de 6 de febrero de 2003, relativa a la celebración del Acuerdo de Cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y Ucrania
Acuerdo de Cooperación científica y tecnológica entre la Comunidad Europea y Ucrania
DOUE L36, 12.02.2003, p. 31 y 32

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

UE-97 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo –Un **derecho contractual europeo** más coherente– Plan de acción
DOUE C63, 15.03.2003, p. 1

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

UE-98 Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al **acceso del público a la información medioambiental** y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo
DOUE L41, 14.02.2003, p. 26

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

UE-99 Decisión 2003/211/PESC del Consejo, de 24 de febrero de 2003, relativa a la celebración del **Acuerdo entre la Unión Europea y la Organización del Tratado del Atlántico Norte sobre la seguridad de la información**
DOUE L80, 27.03.2003, p. 35

UE-100 Decisión 2003/222/PESC del Consejo, de 21 de marzo de 2003, relativa a la celebración del **Acuerdo entre la Unión Europea y la ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto de las fuerzas dirigidas por la Unión Europea (FUE)** en la ex República Yugoslava de Macedonia
DOUE L82, 29.03.2003, p. 45

UE-101 Reglamento (CE) nº 146/2003 del Consejo, de 27 de enero de 2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1705/98 relativo a la interrupción de determinadas **relaciones económicas con Angola** en conexión con las actividades de la “União Nacional para a Independência Total de Angola” (UNITA)
DOCE L24, 29.01.2003, p. 1

UE-102 Reglamento (CE) nº 147/2003 del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre determinadas **medidas restrictivas relativas a Somalia**
DOCE L24, 29.01.2003, p. 2

UE-103 Reglamento (CE) nº 313/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se prorroga el Reglamento (CE) nº 310/2002 relativo a determinadas **medidas restrictivas respecto de Zimbabwe**
DOUE L46, 20.02.2003, p. 6

UE-104 Posición Común 2003/115/PESC del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por la que se modifica y se prorroga la Posición Común 2002/145/PESC relativa a la adopción de **medidas restrictivas contra Zimbabwe**
DOUE L46, 20.02.2003, p. 30

UE-105 Reglamento (CE) nº 208/2003 de la Comisión, de 3 de febrero de 2003, por el que se modifica por segunda vez el Reglamento (CE) nº 2465/96 del Consejo relativo a la **interrupción de las relaciones económicas y financieras entre la Comunidad Europea e Iraq**
DOUE L28, 4.02.2003, p. 26

UE-106 Reglamento (CE) nº 414/2003 de la Comisión, de 5 de marzo de 2003, por el que se modifica por decimoquinta vez el Reglamento (CE) nº 881/2002 del Consejo por el que se imponen determinadas **medidas restrictivas específicas** dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con **Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes** y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 467/2001 del Consejo
DOUE L62, 6.03.2003, p. 24

UE-107 Reglamento (CE) nº 561/2003 del Consejo, de 27 de marzo de 2003, que modifica, en lo relativo a las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos, el Reglamento (CE) nº 881/2002 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 L82, 29.03.2003, p. 1

UE-108 Decisión del Comité Político y de Seguridad FYROM/1/2003 de 18 de febrero de 2003 sobre la creación del **Comité de contribuyentes para la operación militar de la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia**
DOUE C62, 15.03.2003, p. 1

UE-109 Decisión 2003/202/PESC del Consejo, de 18 de marzo de 2003, relativa al comienzo de la **Operación Militar de la UE en la ex República Yugoslava de Macedonia**
DOUE L76, 22.03.2003, p. 43

UE-110 Posición Común 2003/139/PESC del Consejo, de 27 de febrero de 2003, relativa a la adopción de **medidas restrictivas**

respecto de los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova

DOUE L53, 28.02.2003, p. 60

UE-111 Posición Común 2003/140/PESC del Consejo, de 27 de febrero de 2003, relativa a excepciones a las **medidas restrictivas impuestas por la Posición Común 2002/402/PESC**
DOUE L53, 28.02.2003, p. 62

UE-112 Acción Común 2003/92/PESC del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre la **operación militar de la Unión Europea en la ex República Yugoslava de Macedonia**
DOUE L34, 11.02.2003, p. 26

UE-113 Acción Común 2003/188/PESC del Consejo, de 17 de marzo de 2003, por la que se modifica la Acción Común 2002/210/PESC relativa a la **Misión de Policía de la Unión Europea**
DOUE L73, 19.03.2003, p. 9

UE-114 Acción Común 2003/141/PESC del Consejo, de 27 de febrero de 2003, por la que se modifica la Acción Común 2002/210/PESC relativa a la **Misión de Policía de la Unión Europea**
DOUE L53, 28.02.2003, p. 63

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

UE-115 Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del **examen de una solicitud de asilo** presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país
DOUE L50, 25.02.2003, p. 1

UE-116 Reglamento (CE) n° 415/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003, sobre **expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito**
DOUE L64, 7.03.2003, p. 1

UE-117 UE-117 Reglamento (CE) n° 453/2003 del Consejo, de 6 de marzo de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) n°

539/2001 por el que se establece la lista de **terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado** para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación
DOUE L69, 13.03.2003, p. 10

UE-118 Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el **acceso a la justicia en los litigios transfronterizos** mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios
DOCE L26, 31.01.2003, p. 41

UE-119 Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban **normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo** en los Estados miembros
DOUE L31, 6.02.2003, p. 18

UE-120 Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la **protección del medio ambiente a través del Derecho penal**
DOUE L29, 5.02.2003, p. 55

UE-121 Decisión 2003/93/EC del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el **Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia**, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de **responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños**
DOUE L48, 21.02.2003, p. 1, 3 y 14

Decisión 2003/209/EC de la Comisión, de 25 de marzo de 2003, relativa a la creación de un grupo consultivo, denominado "**Grupo de expertos en la trata de seres humanos**"
UE-122
DOUE L79, 26.03.2003, p. 25

UE-123 Consejo: **Manual Sirene**
DOUE C38, 17.02.2003, p. 1

UE-124 Decisión 2003/19/EC del Consejo, de 14 de octubre de 2002, relativa a la desclasificación de determinadas partes del **Manual Sirene** adoptado por el Comité Ejecutivo establecido por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985
DOCE L8, 14.01.2003, p. 34

UE-125 Decisión 2003/169/JAI del Consejo, de 27 de febrero de 2003, por la que se determinan las disposiciones del Convenio de 1995, relativo al **procedimiento simplificado de extradición** entre los Estados miembros de la Unión Europea y del Convenio de 1996, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, que constituyen un desarrollo del **acervo de Schengen** con arreglo al Acuerdo sobre la asociación de la República de Islandia y del Reino de Noruega a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen
DOUE L67, 12.03.2003, p. 25

UE-126 Decisión 2003/171/EC del Consejo, de 27 de febrero de 2003, que modifica la Decisión 2000/265/CE por la que se aprueba un Reglamento Financiero que rige los aspectos presupuestarios de la gestión, por parte del Secretario General Adjunto del Consejo, de los contratos celebrados por este último, en su calidad de representante de determinados Estados miembros, en lo que se refiere a la instalación y al funcionamiento de la infraestructura de comunicación para el **entorno de Schengen, "Sisnet"**
DOUE L69, 13.03.2003, p. 25

UE-127 Decisión 2003/170/JAI del Consejo, de 27 de febrero de 2003, relativa al **uso conjunto de los funcionarios** de enlace destinados en el extranjero **por parte de los servicios policiales de los Estados miembros**
DOUE L67, 12.03.2003, p. 27

UE-128 Decisión 2003/48/JAI del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la **lucha contra el terrorismo** de acuerdo con el artículo 4 de la Posición común 2001/931/PESC
DOCE L16, 22.01.2003, p. 68

Legislación del Estado*

Primer Trimestre 2004

I. CONSUMO

EST-1 Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre (Ministerio de la Presidencia). **Seguridad general de los productos.**
BOE núm. 9, de 10 de enero de 2004.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES

EST-2 Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre (Ministerio del Interior). Procedimientos relativos a **asociaciones** de utilidad pública.
BOE núm. 11, de 13 de enero de 2004.

III. ECONOMÍA

EST-3 Real Decreto 297/2004, de 20 de febrero (Ministerio de Economía). Modifica el Reglamento de ordenación y supervisión de los **seguros privados**, aprobado por Real Decreto 2486/1999 de 20 de noviembre.
BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2004.

EST-4 Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (Ministerio de Economía). Reglamento de **planes y fondos de pensiones.**
BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2004.

EST-5 Real Decreto 296/2004, de 20 de febrero (Ministerio de la Presidencia). Régimen simplificado de la **contabilidad.**
BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2004.

(*) Sección preparada por Antonio JIMÉNEZ BLANCO. Comprende disposiciones generales publicadas en el BOE durante el 1^{er} trimestre de 2004.

EST-6 Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero (Ministerio de Economía). Reglamento de los comisionados para la defensa del **cliente de servicios financieros**.
BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2004.

IV. EDUCACIÓN

EST-7 Real Decreto 50/2004, de 19 de enero (Ministerio de la Presidencia). Régimen del profesorado contratado de la **UNED**.
BOE núm. 20, de 23 de enero de 2004.

EST-8 Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte). Homologación y convalidación de **títulos y estudios extranjeros** de educación superior.
BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2004.

V. ENERGÍA

EST-9 Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo (Ministerio de Economía). Metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de **producción de energía eléctrica en régimen especial**.
BOE núm. 75, de 27 de marzo de 2004.

VI. HACIENDA

EST-10 Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo (Ministerio de Hacienda). Texto Refundido de la Ley del **Catastro Inmobiliario**.
BOE núm. 58, de 8 de marzo de 2004.

EST-11 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (Ministerio de Hacienda). Texto Refundido Ley Reguladora de las **Haciendas Locales**.
BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004.

EST-12 Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (Ministerio de Hacienda). Texto Refundido Ley del **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**.
BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2004.

EST-13 Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (Ministerio de Hacienda). Texto Refundido Ley del **Impuesto sobre Sociedades**. BOE núm. 61, de 11 de marzo de 2004.

EST-14 Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (Ministerio de Hacienda). Texto Refundido Ley del **Impuesto sobre la Renta de no Residentes**. BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2004.

VII. JUSTICIA

EST-15 Real Decreto 431/2004, de 12 de marzo (Ministerio de la Presidencia). Retribuciones previstas en la disposición transitoria tercera de la Ley 15/2003 de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las **carreras judicial y fiscal**. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2004.

VIII. MEDIO AMBIENTE

EST-16 Real Decreto 1796/2003, de 26 de diciembre (Ministerio de la Presidencia). **Ozono** en el aire ambiente. BOE núm. 11, de 13 de enero de 2004.

EST-17 Real Decreto 430/2004, de 12 de marzo (Ministerio de la Presidencia). Limitación de **emisiones a la atmósfera** de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión y condiciones para el control de emisiones de las refinerías de petróleo. BOE núm. 69, de 20 de marzo de 2004.

IX. SANIDAD

EST-18 Real Decreto 1800/2003, de 26 de diciembre (Ministerio de la Presidencia). **Gases medicinales**. BOE núm. 11, de 13 de Enero de 2004.

EST-19 Real Decreto 1746/2003, de 19 de diciembre (Ministerio de Administraciones Públicas). Organización de los servicios perifé-

ricos del **Instituto Nacional de Gestión Sanitaria** y composición de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión.
BOE núm. 11, de 13 de enero de 2004.

EST-20 Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero (Ministerio de Sanidad y Consumo). Regulación de los **ensayos clínicos con medicamentos**.
BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2004.

EST-21 Real Decreto 183/2004, de 30 de enero (Ministerio de Sanidad y Consumo). **Tarjeta sanitaria individual**.
BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2004.

X. TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

EST-22 Real Decreto 171/2004, de 30 de enero (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales). Desarrolla el art. 24 de la Ley de **Prevención de Riesgos Laborales**, en materia de coordinación de actividades empresariales.
BOE núm. 27, de 31 de enero de 2004.

EST-23 Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero (Ministerio de la Presidencia). Desarrolla la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, del **Fondo de Reserva de la Seguridad Social**.
BOE núm. 59, de 9 de marzo de 2004.

XI. TRANSPORTES

EST-24 Real Decreto 210/2004, de 6 de febrero (Ministerio de Fomento). Establece un sistema de seguimiento y de información sobre el **tráfico marítimo**.
BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2004.

EST-25 Real Decreto 299/2004, de 20 de febrero (Ministerio de Economía). Modifica el Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la **circulación de vehículos a motor**, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero.
BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2004.

Disposiciones generales de las Comunidades Autónomas (*)

I. FUNCIÓN PÚBLICA AUTONÓMICA

GAL-8 Ley 5/2003, de 27 de octubre (Presidencia de la Xunta de Galicia).

Extingue la escala específica creada por la disposición transitoria quinta de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia.

Diario Oficial de Galicia núm. 217, de 7 de noviembre.

BOE núm. 289, de 3 de diciembre.

II. FUNDACIONES

CAS-17 Ley 12/2003, de 3 de octubre (Presidencia de la Junta de Castilla y León).

Reforma de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones.

Boletín Oficial de Castilla y León núm. 195, de 8 de octubre.

BOE núm. 252, de 21 de octubre.

III. IMPUESTOS

BAL-9 Ley 7/2003, de 22 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).

Derogación de la Ley 7/2001, de 23 de abril, del impuesto sobre las estancias turísticas de alojamiento, destinado a la dotación del fondo para la mejora de la actividad turística y la preservación del medio ambiente.

Boletín Oficial de las Islas Baleares núm. 148, de 25 de octubre.

BOE núm. 276, de 18 de noviembre.

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Comprende las Leyes y disposiciones con rango de Ley de las Comunidades Autónomas publicadas en el BOE durante el cuarto y último trimestre de 2003 (X-XII).

IV. INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO

EXT-8 Ley 6/2003, de 11 de septiembre (Presidencia de la Junta de Extremadura).

Reforma del artículo 44.1 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura.

Boletín Oficial de Extremadura núm. 109, de 16 de septiembre.

BOE núm. 243, de 10 de octubre.

RIO-10 Ley 8/2003, de 28 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

Ley del **Gobierno e incompatibilidades de sus miembros.**

Boletín Oficial de La Rioja núm. 140, de 13 de noviembre.

BOE núm. 284, de 27 de noviembre.

V. PRESUPUESTOS

ARA-25 Ley 21/2003, de 24 de octubre (Presidencia de la Comunidad Autónoma de Aragón).

Presupuestos para el año 2003.

Boletín Oficial de Aragón núm. 130, de 29 de octubre.

BOE núm. 273, de 14 de noviembre.

VI. VIVIENDA

GAL-9 Ley 4/2003, de 29 de julio (Presidencia de la Xunta de Galicia).
Vivienda.

Diario Oficial de Galicia núm. 151, de 6 de agosto.

BOE núm. 236, de 2 de octubre.

Disposiciones generales de la Junta de Andalucía (*)

I. AGRICULTURA, GANADERÍA Y PESCA

AND-62

Decreto 359/2003, de 22 de diciembre (Consejería de Agricultura y Pesca).

Aprueba los **Estatutos del Organismo Autónomo Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción Ecológica.**

BOJA núm. 248, de 26 de diciembre.

AND-63

Decreto 361/2003, de 22 de diciembre (Consejería de Agricultura y Pesca).

Regula la **pesca marítima de recreo en aguas interiores.**

BOJA núm. 248, de 26 de diciembre.

II. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

AND-64

Decreto 317/2003, de 18 de noviembre (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Regula las **Cartas de Servicios, el sistema de evaluación de la calidad de los servicios y los Premios a la Calidad de los servicios públicos.**

BOJA núm. 225, de 21 de noviembre.

III. ANIMALES

AND-65

AND-65 Ley 11/2003, de 24 de noviembre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Protección de los Animales.

BOJA núm. 237, de 10 de diciembre.

(*) 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 cuarto y último trimestre de 2003 (X-XII).

IV. ASUNTOS SOCIALES

AND-66

Decreto 333/2003, de 2 de diciembre (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Establece **indemnizaciones a ex-presos y represaliados políticos** que sufrieron privación de libertad por un período superior a tres meses e inferior a tres años, como consecuencia de los supuestos previstos en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

BOJA núm. 236, de 9 de diciembre.

AND-67

Decreto 334/2003, de 2 de diciembre (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Coordinación de actuaciones en torno a la **recuperación de la memoria histórica y el reconocimiento institucional y social de las personas desaparecidas durante la guerra civil** española y la posguerra.

BOJA núm. 236, de 9 de diciembre.

AND-68

Decreto 355/2003, de 16 de diciembre (Consejería de Asuntos Sociales).

Acogimiento Residencial de Menores.

BOJA 245, de 22 de diciembre.

V. BIBLIOTECAS

AND-69

Ley 16/2003, de 22 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Sistema Andaluz de Bibliotecas y Centros de Documentación.

BOJA núm. 251, de 31 de diciembre.

VI. CONSUMIDORES

AND-70

Ley 13/2003, de 17 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía.

BOJA núm. 251, de 31 de diciembre.

VII. COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO

AND-71

Ley 14/2003, de 22 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Cooperación internacional para el desarrollo.

BOJA núm. 251, de 31 de diciembre.

VIII. CORPORACIONES

AND-72 Ley 9/2003, de 6 de noviembre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Creación del **Colegio Oficial de Logopedas** de Andalucía.
BOJA núm. 227, de 25 de noviembre.

AND-73 Ley 10/2003, de 6 de noviembre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Reguladora de los **Colegios Profesionales de Andalucía**.
BOJA núm. 227, de 25 de noviembre.

IX. ENTIDADES LOCALES

AND-74 Ley 6/2003, de 9 de octubre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Símbolos, tratamientos y registro de las Entidades Locales de Andalucía.
BOJA núm. 210, de 31 de octubre.

X. FUNDACIONES

AND-75 Decreto 279/2003, de 7 de octubre, (Consejería de Justicia y Administración Pública).

Crea el **Registro de Fundaciones** de Andalucía y aprueba su reglamento de organización y funcionamiento.
BOJA núm. 228, de 26 de noviembre.

XI. INDUSTRIA

AND-76 Decreto 322/2003, de 25 de noviembre (Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico).

Crea y regula la **composición, organización y funciones del Observatorio de la Calidad Industrial de Andalucía**.
BOJA núm. 238, de 11 de diciembre.

XII. MEDIDAS ECONÓMICAS

AND-77 Ley 18/2003, de 29 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía)

Medidas fiscales y administrativas.
BOJA núm. 251, de 31 de diciembre.

XIII. MEDIO AMBIENTE

AND-78 Decreto 251/2003, de 9 de septiembre (Consejería de Medio Ambiente).

Aprueban el **Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierra de Cardeña y Montoro.**

BOJA núm. 213, de 5 de noviembre.

AND-79 Decreto 252/2003, de 9 de septiembre (Consejería de Medio Ambiente).

Aprueba el **Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural Sierra de Hornachuelos.**

BOJA núm. 217, de 11 de noviembre.

AND-80 Ley 8/2003, de 28 de octubre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

De la **flora y la fauna silvestres.**

BOJA núm. 218, de 12 de noviembre.

AND-81 Decreto 310/2003, de 4 de noviembre, (Consejería de Obras Públicas y Transporte).

Delimita las **aglomeraciones urbanas para el tratamiento de las aguas residuales** de Andalucía y se establece el ámbito territorial de gestión de los servicios del ciclo integral del agua de las Entidades Locales a los efectos de actuación prioritaria de la Junta de Andalucía.

BOJA núm. 225, de 21 de noviembre.

AND-82 Decreto 326/2003, de 25 de noviembre (Consejería de Medio Ambiente).

Reglamento de **Protección contra la Contaminación Acústica** en Andalucía.

BOJA núm. 243, de 18 de diciembre.

XIV. PRESUPUESTOS

AND-83 Ley 17/2003, de 29 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Presupuestos para 2004.

BOJA núm. 251, de 31 de diciembre.

XV. SANIDAD

AND-84 Ley 12/2003, de 24 de noviembre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Reforma de la Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en materia de Drogas, modificada por la Ley 1/2001, de 3 de mayo.

BOJA núm. 237, de 10 de diciembre.

AND-85 Decreto 300/2003, de 21 de octubre (Consejería de Asuntos Sociales).

Regula los **tratamientos con opiáceos de personas dependientes** de los mismos.

BOJA núm. 206, de 27 de octubre.

AND-86 Ley 5/2003, de 9 de octubre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Regula la **declaración de voluntad vital anticipada**.

BOJA núm. 210, de 31 de octubre.

AND-87 Ley 7/2003, de 20 de octubre (Presidencia de la Junta de Andalucía).

Regula la **investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación *in vitro***.

BOJA núm. 210, de 31 de octubre.

AND-88 Decreto 364/2003, de 22 de diciembre (Consejería de Salud).

Regula la **organización, composición y funcionamiento del Comité de Investigación con preembriones humanos** y el procedimiento de autorización de los proyectos y centros de investigación con preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación *in vitro*.

BOJA núm. 251, de 31 de diciembre.

XVI. TURISMO

AND-89 Decreto 351/2003, de 16 de diciembre (Consejería de Turismo y Deporte).

Creación de la **Oficina de la Calidad del Turismo**.

BOJA núm. 244, de 19 de diciembre.

XVII. UNIVERSIDADES

AND-90

 Ley 15/2003, de 22 de diciembre (Presidencia de la Junta de Andalucía)

Ley Andaluza de Universidades.

BOJA núm. 251, de 31 de diciembre.

ÍNDICE ANALÍTICO

- Acceso a la justicia en los litigios transfronterizos, **UE-118**
Acceso del público a la información medioambiental, **UE-75, UE-98**
Acceso público R-LAN a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas de la Comunidad, **UE-65, UE-68**
Acervo de Schengen, **UE-125**
Acogimiento de menores: **AND-68**
Acuerdo Comunidad Europea-República de Chile, **UE-13**
Acuerdo Comunidad Europea-República de Turquía, **UE-10**
Acuerdo de Asociación Estados ACP- CE y sus Estados miembros (Cotonú), **UE-44, UE-46**
Acuerdo de Cooperación científica y tecnológica CE- Ucrania, **UE-42, UE-43, UE-96**
Acuerdo entre la CE-Confederación Suiza, **UE-63**
Acuerdo UE-ex República Yugoslava de Macedonia sobre el estatuto de las fuerzas dirigidas por la Unión Europea (FUE), **UE-100**
Acuerdo UE-OTAN sobre la seguridad de la información, **UE-99**
Aditivo avilamicina en la alimentación animal, **UE-17**
Aditivos en los piensos, **UE-18**
Aguas residuales: **AND-81**
Alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad, **UE-58, UE-59**
Animales: **AND-65**
Año Europeo de la Educación a través del Deporte, **UE-92**
Aplicación de las normas sobre competencia, **UE-30**
Aproximación de las legislaciones, **UE-52, UE-53, UE-57, UE-62**
Asambleas Autonómicas: **EXT-8**
Asociaciones: **EST-2**
Ayuda alimentaria, **UE-22**
Ayudas estatales ejecutadas por España, **UE-32, UE-33, UE-34, UE-35**
- Banco Central Europeo, **UE-36, UE-40**
Bibliotecas: **AND-69**
Billetes de banco denominados en euros, **UE-37, UE-38**
- Calidad de la gasolina y el gasóleo, **UE-60**
Calidad de los servicios públicos: **AND-64**
Calidad industrial: **AND-76**
Carreras judicial y fiscal: **EST-15**
Catastro Inmobiliario: **EST-10**

Certificados de importación, de exportación y de fijación anticipada para los productos agrícolas, **UE-20**

Circulación de vehículos a motor: **EST-25**

Clientes de servicios financieros: **EST-6**

Colegios Profesionales: **AND-72; AND-73**

Comercialización y el uso de “colorante azul”, **UE-51**

Comercialización y el uso del arsénico, **UE-50**

Comité de contribuyentes para operación militar de la UE en la ex República Yugoslava de Macedonia, **UE-108**

Comité de Servicios Financieros, **UE-7**

Consejo Energy Star de la Comunidad Europea, **UE-72**

Consumidores: **AND-70**

Contabilidad: **EST-5**

Contaminación acústica: **AND-82**

Contaminación persistente por cesio radiactivo de determinados alimentos de origen silvestre accidente en central nuclear de Chernóbil, **UE-23**

Contenidos de los medios interactivos en Europa, **UE-95**

Contenidos máximos de residuos de azoxistrobina, **UE-21**

Control oficial de productos alimenticios, **UE-64**

Convenio de La Haya de 1996 relativo a la responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, **UE-121**

Convenio de Rotterdam sobre ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos, **UE-71**

Cooperación europea en el ámbito de la cultura: movilidad de las personas y la circulación de obras en el sector cultural, **UE-94**

Cooperación internacional para el desarrollo: **AND-71**

Cooperación reforzada europea en materia de educación y formación profesionales, **UE-93**

Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, **UE-6**

Defensor del Pueblo Europeo, **UE-5**

Derecho contractual europeo, **UE-97**

Disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos, **UE-24**

Drogadicción: **AND-84; AND-85**

Economía: **AND-77**

Eficiencia energética de los edificios, **UE-48**

Emisión de gases y partículas contaminantes, **UE-57**

Emisiones a la atmósfera: **EST-17**

Encefalopatías espongiformes, **UE-19**

- Encuesta sobre la población activa, **UE-89**
- Ensayos clínicos con medicamentos: **EST-20**
- Entidades Locales: **AND-74**
- Entorno de Schengen, “Sisnet”, **UE-126**
- España, excepción para adaptar su sistema estadístico nacional, **UE-90**
- Estadísticas de transporte aéreo de pasajeros, carga y correo, **UE-87**
- Estadísticas del transporte de mercancías por carretera, **UE-29**
- Estadísticas del transporte de mercancías por carretera, **UE-84**
- Estadísticas sobre transporte ferroviario, **UE-86**
- Estatuto de las agencias ejecutivas, **UE-3**
- Estupefacientes o de sustancias psicotrópicas, **UE-10**
- Etiqueta ecológica, **UE-77, UE-78, UE-79**
- Examen de una solicitud de asilo, **UE-115**
- Expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito, **UE-116**
- Exportaciones de productos y tecnología de doble uso, **UE-12**
- Extracción de sangre humana y sus componentes, **UE-82**

- FEOGA, **UE-14**
- Flora y Fauna: **AND-80**
- Fondo de Cohesión, **UE-66**
- Fondo de Reserva de la Seguridad Social: **EST-23**
- Fondo de Solidaridad de la Unión Europea, **UE-1, UE-67**
- Fondo Europeo de Desarrollo, **UE-45**
- Función pública autonómica: **GAL-8**
- Fundaciones: **CAS-17; AND-75**

- Gases medicinales: **EST-18**
- Gobierno Autonómico: **RIO-10**
- Grupo de expertos en la trata de seres humanos”, **UE-122**

- Haciendas Locales: **EST-11**

- Implantes mamarios, **UE-55**
- Importación armas y equipos militares, **UE-9**
- Importación productos de carne de porcino Estados ACP, **UE-11**
- Importaciones de hulla originarias de terceros países, **UE-47**
- Impresos de promoción, **UE-80**
- Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: **EST-12**
- Impuesto sobre la Renta de no residentes: **EST-14**
- Impuesto sobre Sociedades: **EST-13**

Impuestos: **BAL-9**

Índice de costes laborales, **UE-88**

Información procedente de fuentes distintas de las encuestas estadísticas, **UE-85**

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria: **EST-19**

Instrumento de flexibilidad, **UE-2**

Interrupción de las relaciones económicas y financieras entre la Comunidad Europea e Iraq, **UE-105**

Investigación agropecuaria: **AND-62**

Investigación células madre: **AND-87; AND-88**

“Lista PRODCOM” de productos industriales, **UE-49**

Lucha contra el terrorismo, **UE-128**

Manual Sirene, **UE-123, UE-124**

Mediación en los seguros, **UE-27**

Medidas de la CE ante efecto combinado de las medidas antidumping o anti-subsidios y las medidas de salvaguardia, **UE-31**

Medidas restrictivas específicas Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, **UE-106, UE-107**

Medidas restrictivas impuestas por Posición Común, **UE-111**

Medidas restrictivas relativas a Somalia, **UE-102**

Medidas restrictivas respecto de los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova, **UE-110**

Medidas restrictivas respecto de Zimbabwe, **UE-103, UE-104**

Mezclas de frutas y hortalizas frescas en un mismo envase de venta, **UE-16**

Misión de Policía de la Unión Europea, **UE-113, UE-114**

Normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo, **UE-119**

Normas zoonosanitarias aplicables a productos de origen animal destinados al consumo humano, **UE-54**

Operación Militar de la UE en la ex República Yugoslava de Macedonia, **UE-109, UE-112**

Ordenación de recursos naturales: **AND-78; AND-79**

Organización común del mercado vitivinícola, **UE-15**

Ozono: **EST-16**

Pesca: **AND-63**

Plan de acción «Europe 2005», **UE-70**

Planes y Fondos de pensiones: **EST-4**

Política de los consumidores en la Comunidad, **UE-81**

Presupuestos: **ARA-25; AND-83**
Prevención de Riesgos Laborales: **EST-22**
Prevención del tabaquismo, **UE-83**
Procedimiento simplificado de extradición, **UE-125**
Producción de Energía Eléctrica en Régimen Especial: **EST-9**
Productos cosméticos, **UE-52, UE-53**
Productos químicos peligrosos, **UE-73**
Programa Aduana 2007, **UE-8**
Programa de acción comunitario en materia de educación Sócrates, **UE-91**
Programa de estabilidad actualizado de España, **UE-41**
Protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos, **UE-26**
Protección del medio ambiente a través del Derecho penal, **UE-76, UE-120**

Reconocimiento mutuo de la evaluación de la conformidad, **UE-63**
Reglamento del Parlamento Europeo, **UE-4**
Relaciones económicas con Angola, **UE-101**
Represaliados políticos: **AND-66; AND-67**
Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), **UE-74**

Seguridad General de los Productos: **EST-1**
Seguros Privados: **EST-3**
Sistema europeo de Bancos Centrales, **UE-39**
Supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, **UE-28**
Sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos, **UE-56**
Sustancias y preparados peligrosos, **UE-62**

Tarjeta Sanitaria Individual: **EST-21**
Terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado, **UE-117**
Títulos y Estudios extranjeros: **EST-8**
Tráfico Marítimo: **EST-24**
Turismo: **AND-89**

UNED: **EST-7**
Universidades: **AND-90**
Uso conjunto de los funcionarios por parte de los servicios policiales, **UE-127**

Vehículos de motor y de sus remolques, **UE-61**
Vivienda: **GAL-9**
Voluntad vital anticipada: **AND-86**

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORMES¹

Planificación farmacéutica y procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia²

I) El Decreto 353/2003, de 16 de diciembre (BOJA núm. 6, de 12 de enero de 2004), establece la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia. A falta de la anunciada Ley de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad, es la pieza con la que nuestra Comunidad completa por el momento el sector normativo de la atención farmacéutica, constituido principalmente por las Leyes estatales General de Sanidad³, del Medicamento⁴ y de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia (LRSOF)⁵.

Esta última, de carácter parcialmente básico, trae causa del RD-Ley 11/1996, de 17 de junio, dictado con la finalidad, al decir de la Exposición de Motivos de aquélla, de “promover algunas reformas legales tendentes a flexibilizar la apertura de farmacias y garantizar la asistencia farmacéutica a toda la población, lo cual traerá consigo, además, unas mayores expectativas de empleo profesional en el sector”. Se trataba de reemplazar el régimen establecido en el RD 909/1978, “barrera infranqueable a la lógica demanda de ampliación de servicios y una fuente manifiesta de litigiosidad y frustración profesional”.

¹ Sección redactada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

² Realizado por M^a del Carmen NÚÑEZ LOZANO. Mi agradecimiento a D. José Luis MÁRQUEZ ARROYO por sus valiosas opiniones y aclaraciones.

³ Ley 14/1986, de 25 de abril. Su título V se dedica a los productos farmacéuticos; el art. 103 califica a las farmacias como establecimientos sanitarios y las sujeta a la planificación sanitaria.

⁴ Ley 25/1990, de 20 de diciembre. Contiene numerosas referencias a las oficinas de farmacia, pero debe destacarse su art. 88, que contempla la ordenación de las oficinas de farmacia y específicamente la planificación.

⁵ Ley 16/1997, de 25 de abril. De ella ha tenido ocasión de ocuparse el Tribunal Constitucional en sus sentencias 109/2003, de 5 de junio (ponente Tomás S. VIVES ANTÓN) y 152/2003, de 17 de julio (ponente Vicente CONDE MARTÍN de Hijas), así como en el Auto de 15 de marzo de 2004.

En consecuencia, y tras la calificación de las oficinas de farmacia como “establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las Comunidades Autónomas” (art. 1, que no tiene carácter básico), la Ley implanta un sistema de autorización basado en la planificación farmacéutica, de acuerdo con la sanitaria⁶, que debe tener en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, con vistas a garantizar la accesibilidad y calidad en el servicio, y la suficiencia en el suministro de medicamentos, según las necesidades sanitarias en cada territorio (art. 2.1 y 2. básico). Especifica la Ley, aunque no con carácter básico, que la autorización de nuevas oficinas de farmacia ha de tramitarse con arreglo a los principios de publicidad y transparencia (art. 3.2).

La Ley se ocupa también, en lo que aquí interesa, de los traslados (art. 3.3, no básico), de las transmisiones y de la clausura o cierre obligatorio (art. 4, básico).

En este contexto, el Decreto que ahora comentamos tiene por objeto regular los criterios de planificación farmacéutica referidos a módulos de población y las distancias y los procedimientos de apertura de las oficinas de farmacia, incluyendo tanto las de nueva apertura como las modificaciones de locales, traslados y cierres de las ya existentes (art. 1.1). También se establecen los criterios para la valoración de los méritos académicos y experiencia profesional de los farmacéuticos que concurran a las convocatorias de nuevas oficinas de farmacia (art. 1.2).

II) La planificación farmacéutica parte de la Unidad Territorial Farmacéutica (UTF), que es la demarcación geográfica que contiene recursos farmacéuticos suficientes para prestar asistencia farmacéutica completa a la población incluida en su territorio (art. 2.1). Las UUTTF quedan establecidas en el Anexo I de la disposición, viniendo a coincidir con las Unidades Básicas de Atención Primaria, pues de acuerdo con el art. 2.1 LRSOF se toma como referente la planificación sanitaria (art. 2.2).

Los criterios determinantes de la ordenación farmacéutica son la población y las distancias⁷, en consonancia con el art. 2.2 LRSOF. Este último

⁶ Puesto que las demarcaciones de referencia para la planificación farmacéutica son las unidades básicas de atención primaria fijadas por las CC.AA.

⁷ Los criterios para el cómputo de habitantes se recogen en el art. 5.

precepto tiene carácter básico; no lo tienen sin embargo los apartados 3 y 4 del mismo art. 2, que son los que establecen los módulos de población y las distancias; aún así, el Decreto andaluz asume en términos generales el contenido de aquéllos.

Así, con carácter general, el módulo de población mínimo para la apertura de oficinas es de 2800 habitantes por establecimiento; una vez superada esta proporción en cualquier UTF, municipio, entidad local autónoma (ELA), entidad de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM) o núcleo⁸, puede establecerse una nueva oficina por fracción superior a 2000 habitantes (art. 3.1). Se especifica que a fin de garantizar la distancia uniforme y accesibilidad de las oficinas de farmacia, se podrá autorizar la existencia de al menos una oficina en cada UTF, municipio, ELA o EATIM, núcleos rurales que tengan como mínimo 1000 habitantes, núcleos de expansión urbanos que tengan como mínimo 1000 habitantes, aeropuertos y otros centros de tráfico de viajeros y/o mercancías donde por necesidades de la propia actividad se obligue a enlaces intermedios o pernóctas obligados de especial relevancia (art. 3.2). En cualquier caso, es posible autorizar la instalación y funcionamiento de una nueva oficina por la existencia de excepcionales circunstancias que impidieran la accesibilidad o la distribución no uniforme de las oficinas (art. 3.3)⁹. Por Orden pueden definirse otras zonas especiales en las que en función de incrementos estacionales de población, por circunstancias ajenas a lo previsto en el art. 5.3¹⁰ sea necesario establecer elementos correctores (art. 3.4)¹¹.

La distancia mínima entre oficinas es de 250 metros, independientemente de la UTF, municipio o núcleo a la que pertenezcan (art. 4.1). Para las

⁸ Se define como el conjunto de viviendas asentadas en una o varias urbanizaciones, con sus correspondientes accesos y viales, que forman un conjunto homogéneo separado del resto de población, ya sea de uno o varios municipios (art. 3.5).

⁹ Se trata de una previsión coherente con la caracterización de las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios de interés público

¹⁰ Señala que el cómputo de la población estacional, si se trata de zonas turísticas, se llevará a efecto contabilizando las plazas de alojamiento turísticos en sus distintas modalidades, según los datos oficiales del Instituto de Estadística de Andalucía, multiplicadas por noventa y dos días y divididas por trescientos sesenta y cinco días. Si se trata de segunda residencia, la población estacional se contabilizará multiplicando el número de viviendas por 3,5; la cifra resultante se multiplicará por noventa y dos días y se dividirá por trescientos sesenta y cinco días.

¹¹ Piénsese en incrementos estacionales por motivos agrícolas o, más ampliamente, laborales.

nuevas oficinas que se autoricen en los núcleos rurales y urbanos mencionados en el art. 3.2, la distancia mínima es de 500 metros de la oficina más cercana a dichos núcleos; para las sucesivas que pudieran autorizarse la distancia mínima es de 250 metros (art. 4.1). La distancia mínima respecto de cualquier centro asistencial del sistema sanitario público es de 200 metros, independientemente de la UTF, municipio o núcleo a que pertenezcan; en el caso de municipio, ELA, EATIM y núcleo de farmacia única, esta distancia será de 100 metros, salvo que la misma suponga en la práctica la imposibilidad de instalación de la oficina, en cuyo caso no será exigible el requisito (art. 4.2).

III) El Decreto sujeta a autorización administrativa sanitaria la apertura, traslado y modificaciones de los locales donde se hallan situadas las oficinas de farmacia. También se exige autorización para proceder al cierre temporal o definitivo de una oficina (art. 6.1 y 2).

De entre estas autorizaciones, la que presenta mayor interés es la de apertura, pues la regulación que ofrece el Decreto intenta dar satisfacción a los dos ejes sobre los que, según el Tribunal Constitucional (STC 109/2003, F.J. 7º), ha de estructurarse el sector farmacéutico y que son, por un lado, libertad de empresa y propiedad privada y, de otro, interés público y planificación pública.

El Decreto, en efecto, regula un sistema de acceso a la titularidad de oficinas de farmacia que pudiéramos llamar “público”, esto es, a través de un procedimiento de selección basado en la concurrencia competitiva. Pero al mismo tiempo mantiene el derecho de cesión y transmisión, como facultades propias de los derechos de libertad de empresa y de propiedad privada¹². De este modo, se puede ser titular de una oficina obteniendo la correspondiente licencia en el procedimiento citado o bien adquiriendo de un titular la correspondiente oficina.

Ahora bien, la coexistencia de estas dos vías de acceso a la titularidad de la oficina podría dar lugar a prácticas especulativas: nótese que un titular con una sólida y continuada experiencia profesional podría enajenar su oficina para, a continuación, concursar con la finalidad de obtener una nueva, lo que sería factible habida cuenta la antigüedad en el ejercicio profesional. De igual

¹² Ello resulta obligado por la consideración de la transmisibilidad de las farmacias como una decisión básica del legislador estatal (*vid.* el F.J. 7º de la STC 109/2003 y el F.J. 3º de la STC 152/2003; en contra *vid.* el voto particular del Magistrado Pablo GARCÍA MANZANO).

modo, podría obtener primero la nueva licencia y después proceder a la transmisión de la anterior oficina. Para evitar estas prácticas, el art. 8 del Decreto señala que si el farmacéutico adjudicatario es titular de otra oficina de farmacia y realizara cesión o transmisión de ésta, de cualquier tipo, total o parcial, a partir de la publicación de la convocatoria en el BOJA, perderá el derecho a las autorizaciones de adjudicación, instalación y funcionamiento de la nueva oficina de farmacia de la que hubiere sido adjudicatario en la convocatoria¹³. Y a su vez el art. 9.1 dispone que la resolución de autorización de funcionamiento de nueva oficina de farmacia, a favor de un farmacéutico titular de otra oficina determinará automáticamente el cierre definitivo de ésta, acreditada mediante la oportuna certificación de la autoridad sanitaria competente¹⁴. Completa estos preceptos el art. 10, a tenor del cuál si un farmacéutico titular de una oficina en la Comunidad Autónoma obtuviese la autorización de una nueva oficina, la autorización anterior, independientemente del número de habitantes del municipio, queda incorporada a la siguiente convocatoria. Finalmente, el art. 26.3 condiciona la autorización de funcionamiento a la presentación, en su caso, de la certificación de la autoridad sanitaria correspondiente del cumplimiento de los arts. 8 y 9.

Hechas estas precisiones, veremos a continuación la regulación de la apertura de oficina de farmacia. A continuación nos ocuparemos, ya con menor detalle, de las modificaciones de locales, luego de los traslados y finalmente del cierre.

IV) La apertura de una oficina de farmacia presupone su adjudicación mediante concurso público y la obtención, además, de una autorización de instalación y de otra de funcionamiento, en los términos que a continuación veremos.

Las oficinas de farmacia se adjudican mediante concurso público, que se convoca de oficio por Orden de la Consejería publicada en el BOJA, como

¹³ Esta farmacia pasa a ofertarse, mediante publicación en el BOJA, a los solicitantes admitidos que no hubieren abierto su oficina de farmacia, según el orden de puntuación obtenida en dicha convocatoria (art. 8 *in fine*).

¹⁴ Añade el apartado segundo del artículo que, para asegurar que la población a la que dicho farmacéutico venía prestando asistencia farmacéutica no quede desatendida, la autorización de funcionamiento de la nueva oficina queda condicionada a la entrada en funcionamiento de otra oficina de farmacia en el municipio o núcleo donde hasta ese momento hubiese tenido abierta la anterior oficina.

mínimo una vez al año. En cada convocatoria se ofertan las que sean necesarias¹⁵ y las que hubieran resultado vacantes o no adjudicadas¹⁶. Ha de señalarse expresamente el municipio, entidad, distrito municipal o núcleo de población dentro de la UTF en los que se ubicarán las oficinas (art. 11).

Los farmacéuticos interesados disponen de treinta días naturales desde la publicación de la convocatoria para presentar las solicitudes (art. 13.1), acompañadas de los documentos que relaciona el apartado 2 del art. 13. Expirado el plazo, se aprueba la lista provisional de admitidos y excluidos, otorgándose un plazo de diez días para subsanar los motivos de exclusión¹⁷ (art. 15.1). Examinadas las alegaciones a las listas provisionales de admitidos y excluidos, se valoran los méritos y el órgano convocante dicta resolución definitiva de admitidos y las puntuaciones provisionales obtenidas, concediendo un plazo de diez días para que puedan efectuarse las alegaciones pertinentes (art. 16.1). Examinadas estas alegaciones, el titular de la Consejería dictará y publicará la resolución definitiva en el plazo máximo de seis meses desde el día siguiente al de la finalización del plazo de presentación de solicitudes (art. 18.1). En esta resolución no sólo debe constar la relación definitiva de solicitantes admitidos con las puntuaciones obtenidas, sino que en ella ha de comunicarse a los farmacéuticos a los que pueda corresponderles la adjudicación de alguna oficina el lugar, fecha y hora en que se procederá a la elección de la nueva oficina que le corresponda en base al orden de puntuación (art. 18.2).

Los méritos que han de tenerse en cuenta son los que deriven de la valoración del expediente académico, formación postgraduada y experiencia profesional, según se recogen en el Anexo II del Decreto (arts. 11.1 y 14.1 y 2)¹⁸. Los valora una Comisión de Baremación constituida al efecto, en la cuál

¹⁵ Según los datos de la revisión de los Padrones Municipales, los habitantes de hecho y población estacional, acreditados según el art. 5 del Decreto y teniendo en cuenta, en su caso las circunstancias que prevé el art. 3.

¹⁶ Recuérdese el art. 10. Según el art. 18.5, las nuevas oficinas que no resulten adjudicadas, una vez llamados todos los posibles adjudicatarios, así como las que por cualquier causa no lleguen a abrirse, se incluyen en la siguiente convocatoria.

¹⁷ El Decreto reseña específicamente la no presentación de la fotocopia autenticada o cotejada del título de Licenciado en Farmacia y del justificante de haber satisfecho la tasa correspondiente (art. 15.2).

¹⁸ Debe destacarse el apartado 6º del Anexo II del Decreto, que señala que en caso de igualdad en la puntuación tendrá preferencia el farmacéutico en situación de desempleo, en situación de

se integrarán a representantes de la Administración sanitaria y profesionales de reconocido prestigio en el ámbito farmacéutico (art. 17). Ante ella se efectúa también la elección de la nueva oficina (art. 18.3). Una vez elegida la oficina, se adjudica por resolución del Consejero de Salud (art. 18.4). Ha de tenerse en cuenta que si con posterioridad se renuncia, no se podrá concursar en las tres próximas convocatorias en la Comunidad; la nueva oficina se ofertará a los solicitantes admitidos sucesivos en la lista de la convocatoria que, además, no hubieren abierto su nueva oficina (art. 18.6).

La adjudicación de la nueva oficina queda condicionada, como se dijo, a la obtención de las autorizaciones de instalación y de funcionamiento (art. 18.7).

Para la obtención de la primera es necesario que el farmacéutico adjudicatario designe ante la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería de Salud, en el plazo de tres meses contado desde el día siguiente al de la notificación de la resolución de adjudicación, el local donde proyecta instalar la oficina (art. 20.1). Ha de aportar la documentación que reseña el art. 20.2¹⁹. Hecha la designación, se notifica el expediente a los farmacéuticos

discapacidad física, en situación de especial penosidad o aislamiento como titular de una oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma de Andalucía o el farmacéutico de mayor antigüedad en el ejercicio profesional, en este orden de prioridad. En particular, se entiende el ejercicio profesional en situación de penosidad y aislamiento en el caso de que el solicitante sea un farmacéutico con más de 10 años en ejercicio, contados desde la publicación de la convocatoria, como titular en oficina de farmacia en la Comunidad Autónoma de Andalucía con menos de 1000 habitantes, ubicado en una unidad territorial farmacéutica cuya ratio habitantes/farmacia sea inferior a 1500 (apartado 9 del Anexo II). Nótese la importancia de la ratio en la UTF, que es la que efectivamente asegura la situación de penosidad y aislamiento, pues una oficina puede contar con menos de 1000 habitantes pero encontrarse en una zona muy poblada, de modo que en la práctica no se padezca esa situación negativa.

¹⁹ a) Justificación documental de la disponibilidad jurídica del local; b) Certificación expedida por técnico competente, visada por el correspondiente Colegio profesional, en la que conste la distancia del local y su situación respecto a las oficinas de farmacia más cercanas y a los centros asistenciales del sistema sanitario público, el estado de construcción del local, la superficie útil de la que dispone, detalle de su distribución y el acceso desde la vía pública en el que se tendrá en cuenta la normativa sobre accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas; c) Plano a escala del local propuesto en relación con el edificio del que forma parte; d) Acreditación de la garantía.

La garantía mencionada, por valor de 3000 euros, tiene como finalidad asegurar un adecuado desarrollo del procedimiento de autorización de instalación. Debe constituirse en el plazo de quince días desde la notificación de la resolución de adjudicación. La falta de constitución se entiende como renuncia a la adjudicación concedida, con los efectos del art. 18.6. Se devuelve una vez otorgada la autorización de funcionamiento y abierta al público la oficina. Se produce su pérdida cuando no se designe local, no se presente la documentación preceptiva en el plazo

titulares de las oficinas situadas en un radio de 500 metros, poniéndoles de manifiesto el expediente para que en el plazo de diez días realicen las alegaciones y presenten los documentos que estimen pertinentes (art. 21). Si es necesario la Delegación Provincial de la Consejería de Salud practica las mediciones oportunas, también respecto del local designado con anterioridad por otro adjudicatario, en el plazo máximo de treinta días desde la finalización del plazo de alegaciones (art. 22) y si el local designado no cumple los requisitos de distancia se requiere al solicitante para que en un plazo de treinta días proceda a designar otro distinto (art. 23). Examinada la documentación y comprobado el cumplimiento de los requisitos de distancia, el titular de la Delegación Provincial dicta resolución autorizando la instalación en el plazo máximo de nueve meses a contar desde la fecha de designación del local definitivo, concediendo al interesado un plazo de seis meses desde la notificación para ejecutar las obras o adaptaciones para el funcionamiento de la oficina en el local autorizado y solicitar la correspondiente visita de inspección; el silencio tiene sentido negativo, de conformidad con la Ley 9/2001, de 12 de julio (art. 24).

Con la solicitud de la visita de inspección da comienzo el procedimiento para obtener la autorización de funcionamiento. Aquélla ha de tener lugar en el plazo máximo de un mes a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el Registro de la Delegación (art. 25.1). Comprobada la adecuación de las instalaciones a las previsiones contenidas en la documentación aportada, con el informe favorable de inspección²⁰, se otorga la autorización de funcionamiento; el plazo al efecto es de tres meses y el silencio tiene carácter negativo (art. 26.1 y 2).

V) Los arts. 28 a 30 regulan la modificación de locales, entendiéndose por tal las obras que se realicen en una oficina de farmacia que modifiquen su

citado de tres meses y cuando autorizado el local el farmacéutico no solicite en el plazo establecido la visita de inspección previa a la autorización de funcionamiento, con los efectos del art. 18.5, ya reseñado, salvo que dichas circunstancias no sean imputables al interesado. Asimismo, con carácter general, se produce la pérdida de la garantía si por otras causas imputables al solicitante no se obtiene la autorización de instalación o la autorización de funcionamiento (art. 19). La figura está contemplada en el art. 3.2 LRSOF.

Si no se designa local en plazo o no se aporta la documentación, se requiere al interesado para que en un plazo de diez días de cumplimiento a los trámites; de no hacerlo, se tiene al solicitante por desistido y se aplica el art. 18.5 (art. 20.3).

²⁰ Si el informe es desfavorable se cuenta con un mes para subsanar los defectos observados (art. 25.2).

distribución interna, sus instalaciones, accesos y/o fachada (art. 28.1). Se necesita autorización de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud²¹; el plazo para resolver es de dos meses y el silencio tiene carácter positivo (art. 28.3). Si las modificaciones implican el cierre de la oficina y éste provoca desatención farmacéutica, ha de solicitarse autorización de traslado provisional (art. 28.2.d); de todos modos, el cierre requiere ulterior autorización de funcionamiento; ésta no es necesaria en caso contrario y el expediente finaliza con el acta y el informe favorable de la inspección (art. 29.1)²². Si las modificaciones realizadas no corresponden con lo solicitado se concede un plazo de un mes para su adecuación; transcurrido este plazo se dicta resolución de cierre cautelar hasta la subsanación de las deficiencias (art. 29.2).

VI) Los traslados son objeto de una regulación más detallada. Sólo caben dentro de los municipios, entidades, núcleos o centros referidos en el art. 3 donde hubieran sido autorizadas (art. 31). A la inversa, el farmacéutico que tuviese autorizada una oficina en una UTF no podrá participar en los concursos que se convoquen de nuevas oficinas en el municipio donde estuviese aquella ubicada (art. 12).

Se distingue entre traslados voluntarios, forzosos y de núcleo. El art. 32.2 también contempla la distinción entre traslados definitivos y provisionales.

Los requisitos para autorizar los traslados voluntarios definitivos son los siguientes: a) Que la oficina haya permanecido en la misma ubicación y con el mismo farmacéutico titular un mínimo de tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud; b) Que la población a la que presta asistencia farmacéutica no quede desatendida, de acuerdo con los criterios de planificación que se contemplan en el Decreto; c) Que mejore su actual ubicación con respecto a la mayoría de la población que atiende; d) Que se

²¹ La documentación que se examina al efecto es la que detalla el art. 28.2: proyecto de obra, fecha de inicio y duración de las obras, garantías sobre el cumplimiento de las condiciones higiénico-sanitarias de los medicamentos y productos sanitarios durante las mismas, medidas para garantizar la adecuada asistencia farmacéutica y garantías de que las modificaciones propuestas no supondrán incumplimiento de los requisitos de distancias establecidas. El art. 30 añade que cuando las modificaciones del local se realicen por motivo de ampliación de las actividades que se vengán desarrollando en la oficina, la Delegación provincial comprobará que dichas actividades no signifiquen detrimento de los espacios mínimos obligatorios para las oficinas.

²² Por las características de este informe no es posible profundizar en la distinción entre finalización con autorización de funcionamiento y finalización tras el acta e informe favorable.

cumplan los requisitos de distancias establecidos en el art. 4; si entre las oficinas ya instaladas no se cumplieran previamente las distancias recogidas en el apartado 1 del precepto citado, se permitirá el traslado siempre que éste no suponga disminución de las distancias ya existentes entre dichas oficinas de farmacia; e) Que se haya constituido la garantía suficiente para cubrir el importe de tres mil euros (art. 33.1). Los traslados provisionales deben cumplir los requisitos de las letras b), d) y e) y pueden obedecer a obras de acondicionamiento del local o entornos de acceso, sin que en ningún caso superen dos años; el retorno al local de origen exige autorización de funcionamiento²³ (arts. 33.2 y 3 y 42.1). Desde el día de la publicación de una convocatoria para la apertura de nuevas oficinas no se admitirán solicitudes de traslados en el ámbito de los municipios, entidades, distritos municipales o núcleos de población incluidos en la convocatoria, hasta la finalización de los procedimientos de autorización de instalación (art. 33.4). El plazo para resolver es de tres meses y el silencio es negativo. La autorización queda condicionada a la obtención de la autorización de funcionamiento (art. 37). Ha de solicitarse en el plazo de seis meses; la visita de inspección tiene lugar en el plazo de treinta días y se dicta resolución de acuerdo con el procedimiento establecido en los arts. 25 y 26 (arts. 38 y 39).

El traslado forzoso tiene su fundamento en la pérdida de la disponibilidad jurídica o física del local por causa no imputable al titular de la oficina de farmacia, que conlleve el desalojo del local en el que se encuentre ubicada la oficina (art. 32.1.b). El procedimiento es el mismo que se sigue en los traslados voluntarios y se inicia a instancia del titular de la oficina, que ha de adjuntar la documentación que reseña el art. 43.1. Como consecuencia del carácter obligatorio del traslado forzoso, la distancia mínima a la oficina más próxima será de 150 metros, salvo que ya no se cumpliesen esta distancia, en cuyo caso sólo será posible el traslado si no se disminuye la distancia ya existente. En todo caso se efectuará, salvo dificultad justificada, en la zona de influencia de la población a que prestaba asistencia la oficina originaria (art. 43). Para el retorno al local de origen, cuando el traslado es provisional, se requiere también autorización de funcionamiento (art. 44).

²³ Si se supera el plazo de dos años se procede al cierre inmediato, aplicándose el art. 46.4 (art. 40.2). También se procede al cierre inmediato de las instalaciones provisionales si no se solicita la autorización de funcionamiento en el plazo de un mes desde la finalización de las causas que originaron el traslado (art. 42.2).

El traslado de núcleo (art. 3.2.d y e) se contempla en el art. 45, que regula tanto el traslado en el núcleo como los traslados cuando éste pierde sus características²⁴.

VII) El cierre requiere también autorización administrativa. Puede ser voluntario o forzoso. El primero sólo se producirá por causa justificada y estará condicionado a que quede garantizada la asistencia a la población; puede ser definitivo o temporal, sin superar los dos años²⁵; la solicitud se presenta un mes antes de la efectividad de cierre y se entiende estimada a los dos meses sin resolver y notificar (art. 46.1 y 2). El cierre forzoso, en los supuestos de sanción administrativa o sentencia en los supuestos de inhabilitación profesional, personal o de otra índole de su titular, se ejecuta en los términos previstos en la resolución (art. 46.3).

VIII) El Decreto que hemos comentado ha intentado cubrir el vacío normativo que caracterizaba al ordenamiento andaluz en esta materia. En efecto, transcurridos ya más de seis años desde la promulgación de la LRSOF, se hacía de todo punto necesario contar con una norma propia que desarrollase los aspectos básicos de la Ley estatal, siquiera fuese para poder servir de marco a la celebración de los concursos para la adjudicación de oficinas de farmacia.

Lo lógico hubiera sido, por la índole de la materia y también por criterios de racionalidad normativa, promulgar una Ley que, en su caso, hubiera sido objeto de desarrollo reglamentario. Sin embargo, no ha sido así, y ello aun cuando se ha llegado a contar, en la Legislatura anterior a la recién concluida, con un Proyecto de Ley ampliamente consensuado. La razón de la demora es que se ha deseado esperar –tal y como parece que da a entender la Exposición

²⁴ El traslado en el núcleo es posible siempre que se instalen como mínimo a 500 metros de la oficina más cercana del núcleo (art. 45.1). Si el núcleo se integra en el casco urbano por desarrollo urbanístico o si incrementa su población en más de 2000 habitantes a partir de los 1000 que justificaron la autorización, le será de aplicación el régimen normal de distancias tanto para la apertura de nuevas oficinas como para los traslados. Esto es de aplicación a las oficinas abiertas al amparo del art. 5.b) del Decreto de 31 de mayo de 1957 y del art. 3.1.b) del RD 909/1978, de 14 de abril. En estos casos los traslados pueden realizarse en todo el ámbito del municipio de que se trate (art. 45.2).

²⁵ La reapertura en plazo se lleva a cabo previa comunicación a la Delegación Provincial de la Consejería de Salud. Si pasan los dos años son necesarias las autorizaciones de instalación y funcionamiento, como si de una nueva oficina se tratara (art. 46.4).

de Motivos del Decreto- al pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre determinados aspectos sustanciales de la materia, lo que finalmente ha tenido lugar en la ya citada sentencia 109/2003, seguida luego de la número 152/2003.

El rango de la norma finalmente aprobada explica, por otra parte, el que no se haya abordado la regulación de cuestiones tan relevantes como la cesión o transmisión de la oficina, que a la postre sólo se contemplan en el art. 8 con la finalidad de evitar la especulación. También puede justificar el que ésta sólo se prevenga incidiendo sobre el derecho de transmisión, sin introducir elementos correctores en el baremo de méritos o mediante el establecimiento de requisitos específicos para concursar²⁶.

Por otra parte, y en relación con lo anterior, no se incluye ninguna referencia expresa al supuesto de la cotitularidad, que naturalmente requiere otro tratamiento distinto, pues no sería posible el cierre de la oficina en caso de obtención de una nueva autorización, como señala el art. 9, de modo que se obliga al interesado, en todo caso, a ceder o transmitir su parte antes de hacerse pública cualquier convocatoria, lo que puede ser discriminatorio respecto de los titulares únicos²⁷.

Tampoco se recoge el caso de los titulares de oficinas en otras Comunidades Autónomas, respecto de los que puede resultar dudosa la aplicación el art.8.

Otra cuestión que el Decreto no resuelve con acierto, en nuestra opinión, es la pretensión de un titular de ejercer la actividad en otro lugar de su municipio. Según la disposición, debe obtener una autorización de traslado (art. 31) y tiene expresamente proscrita la participación en los concursos que se convoquen de nuevas oficinas en el municipio (art. 12). Pero en la medida en que la autorización de traslado se condiciona, entre otros extremos, a la mejora de su ubicación *con respecto a la mayoría de la población que atiende* (art.

²⁶ Por ejemplo, estableciendo un límite de puntos para los que hayan obtenido una nueva oficina y transmitido una anterior o impidiendo concursar durante un número de convocatorias con posterioridad a la obtención de una nueva licencia y transmisión de la antigua.

²⁷ Debe recordarse que la cotitularidad es una situación que en todo caso las CC.AA. han de contemplar, pues el art. 4 de la Ley estatal, que recoge el supuesto, tiene carácter básico (*vid.* el F.J. 11 de la STC 109/2003)

33.1.c), parece imposible el cambio a una zona o barrio distinto si no es mediante la adquisición de la oficina en el tráfico jurídico privado, lo que puede perpetuar la situación privilegiada de algunos titulares, condena a otros a mantener una localización en principio poco apetecible y, desde luego, no se aviene con la filosofía de la nueva regulación.

En definitiva, se trata de una disposición que presumimos transitoria, emanada para amparar el concurso para la adjudicación de oficinas de farmacia que finalmente se ha convocado por Orden de 3 de marzo. Habrá que esperar a la futura Ley de Ordenación para formular un juicio definitivo sobre la disciplina de la materia, que deberá tener en cuenta los resultados de la convocatoria referida²⁸ y regulará de modo acabado el derecho de transmisión. De lege ferenda, no parece impertinente abogar por una regulación que efectivamente atienda a las legítimas aspiraciones de quienes pretenden por primera vez abrir una oficina de farmacia y que, al mismo tiempo, respete los intereses -cuando no derechos- de los ya titulares; ello se podría traducir, para los primeros, en el reconocimiento de algún tipo de ventaja en el acceso a nuevas oficinas y, para los segundos, en una normación más flexible del derecho de traslado.

²⁸ Se pueden extraer conclusiones muy significativas de la edad y situación de los participantes en la convocatoria, en particular si se trata de titulares de oficinas de farmacia o de personas que por primera vez optan a una.

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma

I. ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

Decreto 272/2003, de 30 de septiembre, por el que se modifica el Decreto 175/1987, de 14 de julio, de creación y estructuración de los órganos competentes para conocer de las reclamaciones económico-administrativas que se produzcan en el ámbito de la gestión económica, financiera y tributaria de la Junta de Andalucía.

BOJA núm. 205, de 24 de octubre.

Decreto 290/2003, de 14 de octubre, por el que se regula la composición, organización y régimen de funcionamiento del Consejo Andaluz del Fuego.

BOJA núm. 209, de 30 de octubre.

II. ALIMENTACIÓN

Decreto 268/2003, de 30 de septiembre, por el que se crea el Registro de Entidades de Inspección y Certificación de Productos Agroalimentarios y Pesqueros en la Comunidad Autónoma de Andalucía

BOJA núm. 196, de 10 de octubre.

III. ASUNTOS SOCIALES

Decreto 297/2003, de 21 de octubre, por el que se crea el Comisionado para el Polígono Sur de Sevilla.

BOJA núm. 205, de 24 de octubre.

Decreto 312/2003, de 11 de noviembre, por el que se establecen actuaciones de prevención de las drogodependencias y adicciones en el medio educativo.

BOJA núm. 220, de 14 de noviembre.

Acuerdo de 11 de noviembre de 2003, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Andaluz para la Inclusión Social.
BOJA núm. 227, de 25 de noviembre.

Decreto 330/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas.

BOJA extraordinario núm. 1 de 29 de noviembre

Decreto 331/2003, de 28 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de ancianos y enfermos incapacitados para el trabajo, beneficiarios de ayudas periódicas individualizadas, y a favor de las personas con minusvalías beneficiarias del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos.

BOJA extraordinario núm. 1 de 29 de noviembre

Decreto 332/2003, de 8 de noviembre, por el que se establecen ayudas sociales de carácter extraordinario, a favor de pensionistas de viudedad

BOJA extraordinario núm. 1 de 29 de noviembre.

Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores

BOJA núm. 245, de 22 de diciembre.

IV. CONSUMIDORES

Decreto 256/2003, de 16 de septiembre, por el que se regula el derecho a la información de los consumidores en la adquisición, por compraventa, de vehículos usados

BOJA núm. 193, de 7 de octubre.

VII. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ

Resolución de 7 de octubre de 2003, por la que se aprueba la carta de servicios y buena práctica administrativa de la Institución del Defensor del Pueblo Andaluz.

BOJA núm. 209, de 30 de octubre

VIII. ENTIDADES LOCALES

Decreto 346/2003, de 9 de diciembre, de regulación de los Registros de Policías Locales y Vigilantes Municipales
BOJA núm. 245, de 22 de diciembre.

IX. ENERGÍA

Ley 4/2003, de 23 de septiembre, de creación de la Agencia Andaluza de la Energía.
BOJA núm. 189, de 1 de octubre.

Acuerdo de 9 de septiembre de 2003, del Consejo de Gobierno por el que se aprueba la obligada incorporación de instalaciones de energía solar activa de baja temperatura para la producción de agua caliente en los edificios de la Junta de Andalucía.
BOJA núm. 194, de 8 de octubre

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Acuerdo de 18 de noviembre de 2003, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de 24 de octubre de 2003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General, sobre mejoras de las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía
BOJA núm. 225, de 21 de noviembre.

Decreto 347/2003, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 349/1996, de 16 de julio, por el que se regulan las diversas formas de prestación del tiempo de trabajo del personal funcionario en la Administración de la Junta de Andalucía.
BOJA núm. 244, de 19 de diciembre

Decreto 348/2003, de 9 de diciembre, de modificación del Decreto 184/2003, de 24 de junio, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente a 2003.
BOJA núm. 244, de 19 de diciembre

XI. HACIENDA

Decreto 267/2003, de 30 de septiembre, por el que se dispone la emisión de Deuda Pública Anotada de la Junta de Andalucía por importe de doscientos cincuenta millones (250.000.000) de euros.

BOJA núm. 191, de 3 de octubre

XII. JUEGO

Decreto 305/2003, de 21 de octubre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Decreto 229/1988, de 31 de mayo, y se regula el régimen aplicable a las modalidades del Punto y Banca.

BOJA núm. 213, de 5 d noviembre.

XIII. RADIO

Orden de 24 de septiembre de 2003, por la que se regula el procedimiento de concesión de emisoras culturales de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía

BOJA num. 192, de 2 de octubre.

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas

(1) § Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

ALBERTI ROVIRA, Enoch, *La delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros. (Hacia una lógica constitucional más visible de la atribución de competencias a la Unión)*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 37-71.

Estudia el autor la delimitación de las competencias entre la Unión Europea y los Estados en el marco del debate sobre el futuro de la Unión. La idea básica que articula este trabajo es que "a partir de las propuestas que se conocen y del consenso que parece que se está gestando, se está haciendo más visible la lógica constitucional que subyace en el sistema de competencias de la Unión y en su delimitación con las que permanecen en manos de los Estados miembros". No es tanto, a juicio del autor, que se esté pasando de una lógica internacional a una lógica constitucional como "de que esté aflorando la lógica constitucional profunda" inicial y fortalecida por el Tribunal de Luxemburgo. Como principales líneas de revisión del sistema competencial de la Unión Europea propone un compromiso necesario entre el método finalista y una mayor delimitación de responsabilidades que consiga una mayor claridad y simplicidad del sistema competencial y que explicita los principios generales sobre los que se sustente, estableciendo una tipología general de las competencias comunitarias y prevea con carácter general los instrumentos jurídicos de actuación y sus procedimientos de adopción, manteniendo la capacidad de adaptarse a las nuevas necesidades del proceso de integración.

CUESTA MARTÍNEZ, Álvaro, *La autonomía local en el Estado de la Autonomías*, "R.E.A", núm. 2-3, julio 2002-junio 2003, pp. 33-58.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

DEHOUSSE, Renaud, *¿Quimeras constitucionales? Algunos comentarios escépticos sobre la Convención europea*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 13-22.

Cree DEHOUSSE que la estrategia de la Convención de centrarse en aspectos institucionales y posponer la discusión sobre las políticas europeas hará más difícil forjar proyectos comunes para una Europa ampliada. Cree asimismo que la reforma institucional es muy necesaria y que debiera abarcar asuntos tales como las relaciones

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

entre la Comisión y el Parlamento, o la muy necesitada reforma del Consejo de Ministros.

CURTIN, Deirdre, *El Gobierno de la UE: ¿Cómo controlar a los gobernantes?*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 23-35

Estima CURTIN que en una fase tan avanzada del proceso de integración (política), parece claramente inaceptable que el Consejo que actúa como (co)legislador y como poder ejecutivo autónomo sobre una serie de áreas políticas complejas y delicadas, no sea responsable como institución ante ningún organismo por sus decisiones (incluidas aquellas que se aprueban por mayoría cualificada). La autora se alinea con la propuesta de TOULEMON: el establecimiento de una única presidencia colegiada. La idea consiste básicamente en estimular la sinergia entre la Comisión el Consejo en el ejercicio del poder ejecutivo al nivel de la UE, no solo en el ámbito de las relaciones exteriores (tanto económicas como políticas).

CANALES ALIENDE, José Manuel, *Algunas reflexiones sobre gobernabilidad y Pacto Local*, "R.E.A.", núm. 2-3, julio 2002-junio 2003, pp. 11-32.

CUESTA MARTÍNEZ, Álvaro, *La autonomía local en el Estado de la Autonomías*, "R.E.A.", núm. 2-3, julio 2002-junio 2003, pp. 33-58.

ELORRIAGA PISARIK, Gabriel, *El impulso gubernamental de la segunda descentralización*, "R.E.A.", núm. 2-3, julio 2002-junio 2003, pp. 59-66.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, *El Pacto Local en la Comunidad Autónoma de Andalucía*, "R.E.A.", núm. 2-3, julio 2002-junio 2003, pp. 67-96.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Sobre la segunda descentralización*, "R.E.A.", núm. 2-3, julio 2002-junio 2003, pp. 97-116.

TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ-CONDE, Pablo, *La segunda descentralización: Comunidades Autónomas-Entidades Locales*, "R.E.A.", núm. 2-3, julio 2002-junio 2003, pp. 117-146.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, *La disolución de las Corporaciones Locales como medio de defensa del Estado: un grave atentado contra la autonomía local*, "R.E.A.L." Núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 29-59.

Sentimos discrepar de la tesis del estudio. La autonomía local, como dice la propia jurisprudencia constitucional no es un derecho contra el Estado ni para incidir negativamente sobre los intereses generales. Confundir oportunidad o política con la

complicidad antidemocrática con los asesinos nos parece un discutible ejercicio académico.

FERNÁNDEZ ALLES, José Joaquín, *Los pactos locales, entre el Derecho y la retórica política. Especial referencia al caso de Andalucía*, "R.E.A.L." núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 61-85.

Estudia el pacto local como una propuesta pendiente de realización considerando el pacto local en el ámbito estatal como una oportunidad perdida (1997-2000). Cree el autor que el protagonismo de la institución autonómica ha ensombrecido a la institución local que ha estado relegada durante años. Ha llegado la hora de afrontar la regulación de los entes locales bajo el principio de servicio al ciudadano, de la eficacia, de la eficiencia y de la calidad en la prestación. Después de diez años de debate sobre los Pactos Locales, la retórica política ha de dejar paso al Derecho. Estamos en su opinión, "ante una cuestión de Estado que ha de resolverse a través de un proceso de descentralización administrativa a favor de los entes locales y de una simultánea regularización del régimen local en aspectos tan relevantes para la democracia, como la función pública, la contratación, el urbanismo o el régimen de subvenciones, en ocasiones «huidos del derecho»". El autor propone el incremento de la intervención y la presencia política de la Administración local en la toma de decisiones del Estado y de las Comunidades Autónomas, especialmente a través de una revalorización de las federaciones y asociaciones de municipios o de otros entes locales, postulando en su defecto incluso al Senado, como Cámara de representación territorial, y no exclusivamente autonómica.

GARRIDO CUENCA, Nuria María, *Colegios profesionales de funcionarios, adscripción obligatoria y derecho de asociación. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional. Un ejemplo para la discusión: el Colegio de Secretarios, interventores y tesoreros de la Administración Local*, "R.E.A.L." Núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 89-132.

Escribe la autora, administrativista consagrada por su tesis sobre el acto de Gobierno, sobre este espinoso tema de los Colegios profesionales de funcionarios. Cree GARRIDO CUENCA que no existe ningún fundamento de orden constitucional que pueda conducir a declarar, con carácter general, la inconstitucionalidad de los colegios de funcionarios: del sucinto tenor literal del artículo 36 CE no podemos desprender que los colegios exclusivamente integrados por funcionarios estén prohibidos o sean inconstitucionales. En su opinión, el régimen normativo de los Colegios de Secretarios, interventores y tesoreros de la Administración Local debió entenderse derogado en virtud de la disposición derogatoria 3ª CE, como contrario a la libertad fundamental de asociación reconocida en el artículo 22.1 CE, resultando la reciente norma reglamentaria reguladora de sus Estatutos incompatible con los principios rectores de los colegios Profesionales, de acuerdo con lo dispuesto en la LCP modifi-

cada y, por tanto, debiendo entenderse no acorde a Derecho y derogado *ex lege* (Disposición Derogatoria única de la Ley 7/1997, de 14 de abril).

MERINO ESTRADA, Valentín, *Las cartas de servicios de la Administración Local*, "R.E.A.L." Núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 161-173.

FONT, Joan & BLANCO, Ismael, *Participación local. Más allá de la democracia asociativa*, "R.E.A.L." núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 175-197.

CARBALLEIRA RIVERA, María Teresa, *La cooperación provincial en la prestación de servicios de competencia municipal. Situación actual y perspectivas de futuro*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 177-201.

En este trabajo se analizan. Los presupuestos de partida: la provincia en la Constitución y en la LRBRL (núcleo competencial definido, definible y ámbito sustantivo de las competencias provinciales); legislación autonómica; el proceso de vaciamiento de competencias provinciales. La autora consolidada especialista en la materia cree que queda poco de aquella visión provincial de los años ochenta en la que se postulaba dicho ente como puente entre el nivel municipal y el autonómico. De aquel diseño únicamente ha quedado la actividad de apoyo a los municipios cuya ordenación influirá decisivamente el poder de coordinación autonómica. La otra vertiente competencial típica sigue siendo el asesoramiento técnico, jurídico, económico cuyo reconocimiento y garantía están totalmente amparados por la jurisprudencia y la legislación local. El trabajo culmina con una amplia reflexión sobre el futuro de la Provincia realizando anotaciones contables en el debe autonómico y provincial. Entre las nuevas misiones provinciales destaca el "convertirse en una verdadera red de información, asesoramiento y coordinación municipal".

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro, *El defensor del Pueblo europeo y los conflictos competenciales con las instituciones afines*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 203-224.

(3) § Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

NÚÑEZ GÓMEZ, Teresa Dolores, *El derecho a no presentar documentos inexigibles o reiterativos*, "R.E.A.L." núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 135-160.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier, *Reseña de sentencias del Tribunal Constitucional sobre Administración Local y autonómica correspondientes al año 2002*, "R.E.A.L." núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 201-237.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *La gestión de los puertos de interés general. Actividad comercial y dominio público*, "R.EA.L." núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 11-28.

Estudia SÁNCHEZ BLANCO, auténtico especialista en dominio público, los puertos de interés general en el marco institucional de la competencia económica. Destaca como peculiaridad de los puertos de interés general su ubicación en el dominio público marítimo-terrestre y el condicionamiento de sus actuaciones por las premisas constitucionales del art. 132 CE y por los condicionantes legales de la Ley de Costas. Cree SÁNCHEZ BLANCO que la interconexión del dominio público marítimo-terrestre y el dominio público portuario para la creación de puertos y la interconexión dominio público portuario y dominio público marítimo-terrestre para desafectación de los usos portuarios, es una coherente y satisfactoria construcción legal que no debe ser relativizada en sus premisas legales, y, menos aún, por prácticas en contra de Ley.

El lector deberá tener en cuenta la aprobación de la Ley 48/2003, de 26 noviembre, Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

CANALES ALIENDE, José Manuel, *Los nuevos desafíos de la gestión de los servicios públicos locales*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 15-37.

En este trabajo, cuya lectura supone una puesta al día en reforma administrativa y Ciencia de la Administración, se analizan las perspectivas del ámbito local; la necesaria reforma del Senado en el sistema político español y su incidencia en el ámbito local. Cree que el Senado debe ser la cámara por antonomasia para debatir la problemática local, y en particular para la delimitación y clarificación de las políticas y competencias locales. El autor sitúa entre los principales a afrontar en la gestión de los servicios públicos locales los siguientes: reorientación hacia la capacidad de estrategia, orientación, dirección y liderazgo políticos; orientación y actuación mas relacional, desarrollando al máximo sus capacidades de relación, negociación, colaboración y coordinación con otros gobiernos y Administraciones Públicas de distinto nivel; la reconsideración del territorio y de sus características, como claves para determinar la acción pública local; la competitividad entre entes Locales; el diseño y el desarrollo de unas estructuras de gobierno y gestión, más ágiles, sencillas y flexibles, en función de las distintas tipologías, contextos y problemas de los entes Locales; la clara diferenciación y separación entre la función política o las tareas de gobierno y de representación política, de la función gerencial o de las tareas gerenciales, y ello, sin perjuicio, de la colaboración y de la complementariedad entre ambas; el desarrollo de la función

pública directiva local y de la gerencia local, como elementos estratégicos del liderazgo eficaz de los procesos de gestión e innovación local; y un largo etcétera hasta 23 propuestas. En definitiva, el giro actual o perspectiva de los gobiernos locales, no es tanto, el de prestar muchos y variados servicios de forma directa, y a veces monopolísticamente, sino el ser auténticos gobiernos en el sentido político del término, decidiendo e impulsando, mas que gestionando.

(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.).

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *La gestión de los puertos de interés general. Actividad comercial y dominio público*, "R.E.A.L." Núm. 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 11-28. *Vid.* (4).

LOBO RODRIGO, Ángel, *La ordenación del territorio y el urbanismo como medio de organización de redes de telecomunicaciones. Especial atención a las inalámbricas*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 107-141.

Examina LOBO RODRIGO distintas cuestiones sobre la organización de las redes de telecomunicaciones desde la perspectiva de la ordenación territorial y el urbanismo: 1) la cuestión competencial; 2) instrumentos de planeamiento idóneos para regular el despliegue de redes de telecomunicaciones; 3) el informe del art. 44.3 de la Ley General de Telecomunicaciones; 4) condiciones que puede establecer la administración titular del dominio público en cuanto a su utilización; compartición de infraestructuras y canalizaciones; 5) nuevas urbanizaciones; posición de los operadores de agua, gas electricidad en el despliegue de redes de telecomunicaciones, y 6) la implantación de redes de telefonía móvil. El estudio está repleto de datos jurisprudenciales y normativos y contiene posicionamientos antes problemas prácticos de relevancia. Por ejemplo, cree LOBO RODRIGO que las Administraciones que ostentan la competencias de ordenación territorial y urbanística pueden incidir en el sector de las telecomunicaciones siguiendo la STS de 18 de junio de 2001, RJ 8744. También cree, como interpretación posible *ex art* 166.1 TRLOTIC y ENC que las licencias municipales necesarias para la instalación de antenas e infraestructuras de telefonía móvil pueden ser objeto de suspensión ante la formulación y tramitación de un instrumento de planeamiento desde la comprensión de que la colocación de antenas es un ejemplo mas de actos de construcción, edificación y de uso de suelo.

ARROJO MARTÍNEZ, José María, *Los convenios urbanísticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 145-155.

ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo, *Las sanciones administrativas en defensa del medio ambiente*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 157-175.

PERNAS GARCÍA, Juan José, *Doutrina do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas sobre o concepto comunitario de residuo. Comentario á sentenza do 18 de abril de 2002*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 227-.

Cree el autor que la definición comunitaria es ambigua e imprecisa. La existencia de una gran variedad de sustancias, susceptibles de ser consideradas como residuos y de actividades productoras, obliga a que la única definición viable de residuo sea aquella lo suficientemente flexible y amplia para aglutinar a todas aquellas sustancias sólidas generadoras de repercusiones en el medio natural. La identificación de una sustancia como residuo resulta ante todo de un comportamiento del poseedor, en función que se desprenda o tenga la intención u obligación de desprenderse. Los indicios que maneja la jurisprudencia son a) que la sustancia sea sometida a operaciones de eliminación o valorización o que la sustancia no se le pueda da otro uso que la eliminación; b) que la sustancia no tenga valor económico. La posible reutilización económica de una sustancia no es causa suficiente para excluir automáticamente su calificación como residuo; c) que la sustancia no sea el resultado directamente perseguido por el proceso de fabricación; d) que la sustancia no disponga de las mismas cualidades (composición talla, forma o posibilidad de utilización en el sector de producción correspondiente) que los productos resultantes de un proceso de producción; e) que la sustancia deba utilizarse con medidas especiales de protección en razón del peligro que entrañe para el medio natural; f) que la sustancia pueda ser considerada como residuo en opinión de la sociedad. En definitiva, el TJCE defiende una interpretación preferentemente objetiva del concepto de residuo matizada por la consideración subjetiva tras la modificación introducida por la Directiva 91/156/CEE

(7) § Varia.

FERRERES COMELLA, *Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 73-121.

Propone el autor reformar el sistema de control de constitucionalidad para permitir al juez ordinario inaplicar por sí mismo una ley cuya contradicción con la Constitución resulte clara, a la vista de la jurisprudencia del TC. En su opinión, el modelo centralizado de justicia constitucional entra en crisis, desde un punto de vista externo, al tener que convivir con el sistema comunitario, que obedece a una lógica mas descentralizada. Cree que la salida natural sería reformar parcialmente el sistema de la cuestión de inconstitucionalidad de manera que se asemejara a la cuestión prejudicial. El juez ordinario, a la vista de la jurisprudencia claramente articulada por el TC, podría, no sólo interpretar la ley de conformidad con la Constitución, sino también «manipularla» e incluso inaplicarla, a fin de asegurar la supremacía constitucional

preservándose la cuestión de inconstitucionalidad para los casos difíciles en los que se planteen problemas sobre los que no hay jurisprudencia constitucional.

PÉREZ TREMPs, Pablo, *Unidad del ordenamiento y derecho comunitario*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 123-143.

Estudia PÉREZ TREMPs los conceptos de unidad, autonomía e integración; el contenido jurídico de la unidad y la dialéctica unidad-integración; competencias, principios y controles. El autor pasa revista a la jurisprudencia comunitaria y constitucional, por ejemplo, en materia de unidad del mercado (Sentencia del Tribunal de Primera instancia de 6 de marzo de 2002 y STC 96/2002). Concluye que el principio de unidad interno se ve claramente afectado por la integración comunitaria, y, por tanto, por ese otro principio de unidad que este encarna. En su opinión, "hoy ya no es posible comprender la unidad del Estado prescindiendo de la integración europea por la sencilla razón de que se ha cuestionado profundamente la esencia misma de la soberanía" y "la tradicional explicación de las relaciones entre el "Derecho Comunitario y Derecho interno en términos de separación resulta cada vez menos cierta".

CARRILLO, Marc, *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 145-165.

Después de realizar su síntesis y descripción CARRILLO se centra en algunas cuestiones problemáticas: recepción jurídica, garantías jurisdiccionales y el alcance de la Carta. El verdadero problema es el peligro de la diferencia en los grados de protección que puedan proporcionar los tribunales nacionales y el TJCE. Una diversidad de estándares de protección sería inasumible por la UE y los propios estados. A fin de impedir esta doble vara de medir la garantía de los derechos la Carta arbitra dos vías: el art. 51.2 en el que se establece que la Carta no crea ninguna competencia para la Comunidad ni para la Unión, ni tampoco modifica las competencias definidas en los Tratados; el art. 53; el nivel de protección que proporciona la Carta se fundamenta en el principio de protección mínima que no puede significar en ningún caso limitación o restricción de derechos en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho comunitario, el derecho internacional y el derecho de los Estados miembros.

GAMBINO, Silvio, *Los derechos fundamentales comunitarios: entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Tratados y Bill of Rights*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 167-189.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 191-204.

Cree LÓPEZ GUERRA que la actual dualidad jurisdiccional podrá mantenerse mientras no haya una tabla de derechos fundamentales europeos (que vinculen a todos

los poderes) dentro del sistema jurídico de la Unión. Si se quisiera que esta tabla viniera a cobrar existencia esa dualidad se convertiría probablemente en insostenible. Y en tal caso, la reducción a la unidad solo parece posible por dos vías: o por medio del reconocimiento del carácter del Tribunal Derecho Humanos como Tribunal de última instancia en materia de derechos fundamentales (mediante, por ejemplo, la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que se convertiría así en la Carta de derechos de la Unión) o la atribución al Tribunal de Justicia de la Comunidad del carácter de Tribunal de Garantías constitucionales de la Unión, con las inevitables consecuencias que ello implicaría.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, *El juez nacional como garante de los derechos en el ámbito comunitario*, "R.V.A.P." núm. 65, enero-abril 2003, pp. 205-228.

REGLERO CAMPOS, L. Fernando, *El nuevo régimen de la adquisición de la nacionalidad española por residencia: plazos y requisitos de permanencia en el territorio español. Una especial referencia a los descendientes de emigrantes españoles*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 39-64.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Emigración y recuperación de la nacionalidad española*, "R.G.A.P." núm. 31, mayo-agosto 2002, pp. 65-105.

Abreviaturas

REA	Revista de Estudios Autonómicos
RGAP	Revista Galega de Administración Pública
REAL	Revista de Estudios de la Administración Local
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
VV.AA	Varios autores

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta. *María Jesús Montoro Chiner (coord.). Ed. Atelier. Barcelona, 2003. 982 páginas.*

La jubilación del profesor ENTRENA CUESTA, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, propició la celebración, el 15 de noviembre de 2002, de un Seminario sobre la justicia Administrativa en la Facultad de Derecho de dicha Universidad, el cual, bajo la presidencia del profesor Alejandro Nieto, contó con la participación de los profesores Tornos Mas, Font i Llovet, Malaret i García, Esteve Pardo, Pérez Moreno, Baena del Alcázar, López Ramón, Baño León, Cassagne y Montoro Chiner.

Dicho Seminario, en el que tan eminentes administrativistas repasaron los problemas y las cuestiones fundamentales planteadas en torno al control jurisdiccional de la Administración Pública, a la luz de la “nueva” Ley de 13 de julio de 1998, es el origen del volumen que tenemos ocasión de reseñar sucintamente, publicado en el último trimestre del pasado año 2003.

La *laudatio* sobre el profesor ENTRENA que cerró aquel Seminario inaugura el contenido de este libro, ciertamente notable, que cuenta con la participación de cuarenta y cinco administrativistas de reconocido prestigio, entre los que son mayoría los pertenecientes a la “escuela catalana” y que, por ende, han recibido más directamente el magisterio del profesor ENTRENA CUESTA.

La profesora Montoro Chiner, discípula del homenajeado, repasa en las páginas iniciales del libro los méritos y la ejemplar trayectoria académica y personal de su maestro, recordando los grandes temas abordados por ENTRENA a lo largo de su fructífera carrera como administrativista. Desde la contratación pública (objeto de su tesis doctoral en Bolonia y de un artículo capital publicado en 1957 en la *Revista de Administración Pública*) hasta la propia jurisdicción contencioso-administrativa en toda su amplitud y complejidad, pasando por el concepto de la Administración Pública, la organización territorial del Estado (con especial atención al ámbito local y al Título VIII de la Constitución de 1978), o todas las materias que integran la llamada “parte general” del Derecho Administrativo (acto y procedimiento, recursos, potestad sancionadora), entre otras muchas, pudiendo destacarse, en esta

apretada síntesis, su preocupación por el estatuto de la función pública y sus no pocos estudios relativos al dominio y al servicio públicos, así como a la actividad administrativa de policía.

Sería, desde luego, prolijo y atrevido por nuestra parte tratar de resumir en estas breves líneas las importantes y decisivas aportaciones del profesor ENTRENA CUESTA a la doctrina administrativista española de los últimos cincuenta años, que en gran medida aparecen sintetizadas en su *Curso de Derecho Administrativo*, obra de referencia, que alcanza ya la decimotercera edición y que es reflejo de su vasta sabiduría jurídica, de su capacidad de concisión y de su dilatada experiencia docente.

El contenido del volumen que reseñamos difiere, ciertamente, del que tuvo, en su momento, el Seminario que le sirve de base y fundamento. En efecto, amén de que las ponencias iniciales, antes referidas, se han visto enriquecidas con la participación de casi medio centenar de colaboradores, la estructura del libro se articula en torno a dos grandes bloques: la relación del orden jurisdiccional contencioso-administrativo con otras jurisdicciones, y la propia jurisdicción contencioso-administrativa, apartado que se subdivide en nueve capítulos, relativos a las distintas materias que habitualmente se comprenden en el estudio de la justicia administrativa.

El primer bloque presta una atención especial a la influencia de la jurisprudencia europea en el contencioso-administrativo, partiendo del brillante análisis del profesor Lorenzo Martín-Retortillo sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su incidencia en el control de la actuación de la Administración. No menos relevantes son las contribuciones de los profesores Sánchez Blanco, Baena del Alcázar y Rodríguez Pontón, que centran su atención en diferentes aspectos de la práctica jurisdiccional del Tribunal de Luxemburgo y la repercusión de la jurisprudencia comunitaria en el contencioso español. Por su parte, más allá del ámbito europeo, el profesor Cassagne analiza las perspectivas de la justicia administrativa en Argentina ante el siglo XXI, desgranando los problemas actuales que se plantean en torno al Derecho procesal Administrativo y proponiendo vías de solución a los mismos.

Finalmente, para cerrar este primer bloque, Marc Marsal nos aproxima al sistema anglosajón con el análisis de la relación entre el control de los poderes públicos y la protección de los derechos humanos en el Reino Unido, tomando con hilo conductor la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Hatton y otros contra el Reino Unido*.

Mas siendo de sumo interés los trabajos que inauguran el volumen que ocupa nuestra atención, el grueso de su contenido se refiere al estudio del orden jurisdiccional contencioso-administrativo español, como indica la rúbrica del segundo gran bloque en que se estructura el libro.

En primer término, y de la certera pluma de los profesores Pérez Moreno y Bermejo Vera, se abordan las posibles alternativas a la justicia administrativa, mientras que los cuatro trabajos siguientes (debidos a Montoro Puerto, Trayter Jiménez, Martín Rebollo y Cuchillo i Foix, respectivamente) se refieren a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.

El tercer capítulo de este fundamental bloque se ocupa del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, incluyendo colaboraciones de los profesores Martínez López-Muñiz (sobre la delimitación del sujeto pasivo necesario en la justicia administrativa), Noguera de la Muela y González-Varas Ibáñez (ambos con sugerentes trabajos sobre el control de la contratación administrativa).

La materia competencias es tratada por Margarita Camós Ramió en un estudio sobre la delimitación y coordinación entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social, mientras que Cosculluela Montaner y Moltó Darner repasan aspectos sustanciales de la prueba en lo contencioso-administrativo.

Un capítulo a la vez intenso y extenso por la variedad y la profundidad de las cuestiones tratadas es, sin duda, el relativo a la actividad impugnante ante el orden contencioso-administrativo. Así, se repasan aspectos problemáticos como el control de la vía de hecho omisiva (objeto de la colaboración del profesor Nieto García), o las acciones frente a la inactividad del artículo 29 de la Ley 29/1998 (que centran los trabajos de los profesores Tornos Mas y Rivero Ysern).

El régimen impugnatorio de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integradas y la suspensión de licencias urbanísticas son aspectos tratados, respectivamente, por los profesores Bassols Coma y Carceller Fernández, mientras que el control jurisdiccional de la actuación de los entes instrumentales de la Administración es materia estudiada por Lliset Borrell. Por su parte, los trabajos de Ponce Solé y Boquera Oliver aluden al control de la potestad reglamentaria, y los de Mir Puigpelat y Navarro Munuera abordan diversos aspectos relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El control judicial en materia de extranjería (Aguado i Cudolá), la acción pública urbanística (Bardaji Pascual), la formación de la estructura funcional bajo el sistema de mérito (Morell Ocaña) y el alcance del control jurisdiccional de la actuación de las llamadas autoridades administrativas independientes (Malaret i García) son, en fin, algunos de los otros temas abordados en el marco de este capítulo central de la obra que reseñamos.

Los trabajos finales del libro atienden a aspectos no menos trascendentales, como el recurso de casación en el contencioso (Escusol Barra y Sanz Pérez) y la problemática derivada de la ejecución de las sentencias dictadas por los órganos del orden contencioso-administrativo, debiendo destacarse en este capítulo las aportaciones de los profesores Font i Llovet y Clavero Arévalo. Finaliza el volumen con sendos trabajos de los profesores Rodríguez Arana y Esteve Pardo sobre la actividad cautelar en el proceso contencioso-administrativo.

En suma, un meritorio libro, cuidadosamente editado, que realiza una exhaustiva “radiografía” a la justicia administrativa española de la mano de notables y destacados especialistas en la materia y que, desde luego, está a la altura del homenaje que, sin lugar a dudas, merece el insigne maestro al que está dedicado, cuya invención subjetiva -podemos afirmar haciendo nuestras las palabras de la profesora Montoro Chiner al término de su *laudatio introductoria*- “*ha contribuido a hacer progresar la ciencia del Derecho Administrativo*”.

Hugo Santos Gil
Universidad de Sevilla

**Revista de Estudios
de la Administración
Local y Autonómica**

Enero-Abril 2003

Número 291

Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo
Coordinado por Manuel Clavero Arévalo

Sebastián Martín-Retortillo: jurista, académico, político, por Javier Arenas Bocanegra,
Vicepresidente 2.º del Gobierno

11

Sembranza del Profesor Sebastián Martín-Retortillo, por Manuel Clavero Arévalo

15

Sesión en homenaje al Profesor Martín-Retortillo, celebrada en el INAP
el día 20 de enero de 2003, en la que intervinieron los siguientes señores:

Rodolfo Martín Villa

Lorenzo Martín-Retortillo

Luis Cosculluela Montaner

Eduardo García de Enterría

21

I. Estudios

Juan-Cruz Allí Aranguren

LA GOBERNANZA LOCAL

45

Estanislao Arana García

**EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO NECESARIO PARA LA PRESTACIÓN
DE SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES Y LA INICIATIVA PÚBLICA
ECONÓMICA EN EL ÁMBITO LOCAL**

77

Ángel Ballesteros Fernández

**LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: SERVICIOS MÍNIMOS, SERVICIOS
RESERVADOS, ACTUACIONES ECONÓMICAS, SERVICIOS ECONÓMICOS
DE INTERÉS GENERAL Y SERVICIOS UNIVERSAL**

87

Martín Bassols Coma
**LA EXCLUSIÓN SOCIAL Y LA CONTRIBUCIÓN DE LOS MUNICIPIOS
A LA SATISFACCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA**
103

María del Pilar Bensusan Martín
**DERECHOS DE LOS CONCEJALES EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**
117

José María Boquera Oliver
**IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES Y DISPOSICIONES URBANÍSTICAS
LOCALES EN LA COMUNIDAD VALENCIANA**
143

Allan R. Brewer Carías
**LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE COMPETENCIAS
EN LA FEDERACIÓN VENEZOLANA**
163

María Dolores Calvo Sánchez
**SITUACIÓN COMPETENCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN
MATERIA SANITARIA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XXI**
201

José Luis Carro Fernández-Valmayor
**PLURALISMO TERRITORIAL Y ESTADO SOCIAL EN LA PERSPECTIVA
NACIONAL Y COMUNITARIA**
213

José Manuel Castell Arteché
**LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA ACTUAL DE LOS
TERRITORIOS HISTÓRICOS VASCOS**
231

Federico A. Castillo Blanco, Manuel Zafra Víctor y Francisca Villalba Pérez
EL MUNICIPIO EN AMÉRICA LATINA. REFLEXIONES Y PROPUESTAS
251

Manuel Clavero Arévalo
**LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL CONTRA LAS LEYES
QUE VULNERAN LA AUTONOMÍA LOCAL**
283

José Mario Corella Monedero
**DOS SUPUESTOS REALES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO
DE LOS ÓRGANOS DE UN AYUNTAMIENTO**

303

Roberto Dromi
LA VIDA LOCAL Y LOS LÍMITES NATURALES DE LA GLOBALIZACIÓN

317

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez
**LA ESTRUCTURA MUNICIPAL DE CASTILLA Y LEÓN: INCIDENCIA
DE LA LEGISLACIÓN SOBRE RÉGIMEN LOCAL, URBANISMO
Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

337

Fernando E. Fonseca Ferrandis
**ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LA RECEPCIÓN DE LAS OBRAS Y
SERVICIOS DE URBANIZACIÓN POR LAS ENTIDADES LOCALES EN LOS
SISTEMAS DE GESTIÓN DE BASE PRIVADA, A PARTIR DE LA
JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

365

Vicente María González-Haba Guisado
**LAS CORPORACIONES LOCALES Y LAS COMUNIDADES DE VECINOS
ANTE LOS RETOS DE LA NUEVA GESTIÓN PÚBLICA**

397

Teodosio González del Teso y Antonio Calonge Velázquez
AUTONOMÍA LOCAL Y CONTROL

425

Santiago González-Varas Ibáñez
EL “AGENTE REHABILITADOR”

473

Francisco-Javier Jiménez Lechuga
**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN ESPAÑA.
UN CASO PARADIGMÁTICO: LA STC 113/2000, DE 5 DE MAYO**

493

José Antonio López Pellicer
**AUTONOMÍA TERRITORIAL Y COMPETENCIAS MUNICIPALES: EL PACTO
LOCAL AUTONÓMICO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA REGIÓN DE
MURCIA**

529

Elisenda Malaret García
SERVICIO PÚBLICO, ACTIVIDAD ECONÓMICA Y COMPETENCIA.
¿PRESENTA ESPECIFICIDADES LA ESFERA LOCAL?
567

José Luis Martínez López-Muñiz
LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN CASTILLA Y LEÓN
609

Antonio Martínez Marín
LA REFORMA 2003 DE LOS FUNCIONARIOS LOCALES CON HABILITACIÓN
ESTATAL
649

Valentín Merino Estrada
LA CALIDAD TOTAL EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
FUNDAMENTOS Y ORIENTACIONES BÁSICAS
681

Juan Francisco Mestre Delgado
CONTRATOS PÚBLICOS Y POLÍTICAS DE PROTECCIÓN SOCIAL
Y MEDIO AMBIENTAL
705

José Ignacio Morillo-Velarde Pérez
ANTE LA REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL
731

Isabel María de los Mozos Touya
LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES
751

Santiago Muñoz Machado
LA MUTUACIONES DEL VIEJO SISTEMA DE CONFLICTOS
JURISDICCIONALES
769

Enrique Orduña Rebollo
NUEVAS APORTACIONES SOBRE EL MAPA MUNICIPAL ESPAÑOL
779

Alberto Palomar Olmeda
EL MODELO DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL: ALGUNAS REFLEXIONES
SOBRE SU PRESENTE Y SU FUTURO
827

Luciano Parejo Alfonso
**LA CUESTIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DEL GOBIERNO Y LA
ADMINISTRACIÓN INSULARES EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE LAS ISLAS BALEARES**

891

Juan Francisco Pérez Gálvez
**LA COMPETENCIA MUNICIPAL DE AUTORIZACIÓN DE LOS
ESTABLECIMIENTOS DONDE SE APLICAN TÉCNICAS DE TATUAJE
Y PERFORACIÓN CUTÁNEA (*PIERCING*)**

925

Tomás Quintana López
**EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ENERGÍA EÓLICA. REFERENCIA A
CASTILLA Y LEÓN**

961

Ricardo Rivero Ortega
**LAS TRANSFORMACIONES DEL PAPEL ECONÓMICO DE LOS MUNICIPIOS
Y LA NECESIDAD DE CAMBIOS EN LA REGULACIÓN DE LA INTERVENCIÓN
ECONÓMICA LOCAL**

987

Enrique Rivero Ysern
**LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A LOS BIENES
DE DOMINIO PÚBLICO DE LS ENTIDADES LOCALES**

1001

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
EL IDEAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

1011

Ángel Sánchez Blanco
**LA FUNCIÓN PÚBLICA DE LOS SECRETARIOS E INTERVENCIONES
DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**

1025

José Luis Sánchez Díaz
**LOS SERVICIOS LOCALES DE NATURALEZA ECONÓMICA
MUNICIPALIZACIÓN, CONCESIÓN Y AUTORIZACIÓN**

1041

Íñigo Sanz Rubiales
LOS PODERES DEL CONCESIONARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

1063

Manuel J. Sarmiento Acosta
LOS CABILDOS INSULARES DE CANARIAS
1085

María Nieves de la Serna Bilbao
**INCIDENCIA DE LA LEY 38/1998, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN
DE LA EDIFICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**
1109

María Asunción Torres López
**EL SERVICIO PÚBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE A VARIOS
MUNICIPIOS POR UNA MISMA EMPRESA MUNICIPAL**
1141

Juan Luis de la Vallina Velarde
**LA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS:
RELACIONES CON LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**
1167

Marcos Vaquer Caballería
**DEMANIO, OBRA PÚBLICA Y SERVICIO PÚBLICO EN EL ABASTECIMIENTO
DE AGUAS A LA POBLACIÓN: EL PROBLEMA DE LA CADUCIDAD POR
TÉRMINO DE LAS CONCESIONES EN LA MATERIA**
1197

Luis Fernando Velasco Múrias
LA POSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL MAPA PROVINCIAL DE ESPAÑA
1227