



Revista Jurídica de la **Comunidad de Madrid**

N.º
ENERO
1999



Revista JURÍDICA *de la* **Comunidad de Madrid**

N.º 1 Enero

Año 1999

Estudios

Tratamiento automatizado y protección de datos en la Administración Pública

La expropiación forzosa en la Ley del Suelo y Valoraciones

Telecomunicaciones y Comunidades Autónomas

Comentarios

El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal

Jurisprudencia Social

La reclamación de la certificación de actos presuntos es un requisito inexcusable para la válida constitución de la relación jurídico-procesal: Sentencia núm. 630/TSJ de Madrid, de 8 de julio de 1998 (R.º 288/96)

Normas y proyectos normativos

Selección de dictámenes

Revista de libros

2.1395

08 Mayo 1999
Dirección General de Marketing
Dirección General de las Seguridades Sociales



Subdirector
Salvador Vázquez Bolívar
Laboratorio del Servicio Jurídico Central
Jefe de Gabinete N.º 1, Consejo de la Comunidad de Madrid

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Organización, administración y promoción de la revista en la Comunidad de Madrid
Instituto Jurídico (José Antonio Domínguez López)

La adaptación jurídica de la Ley del Ruido y Vibraciones (Fuerzas Gubernamentales de Madrid)

Elaboración de la Ley 1. Enero 1999 (Salvador Vázquez Bolívar)

Comentarios

El contrato administrativo como instrumento para ejercer potestades públicas. Fomento del empleo público y su relación con los grupos de trabajo temporal (María Jesús López y María Jesús Álvarez)

Autogobierno local (Antonio Muñoz y María Jesús López)

La regulación de la participación de ciertos profesionales en el ejercicio de actividades para la gestión municipal de los residuos sólidos urbanos (Antonio Muñoz)

Normas y proyectos normativos

Estaduto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, modificado por Ley Orgánica de 1 de julio de 1991

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid es responsable de las opiniones expresadas por sus autores

Director:

Francisco García Gómez de Mercado
Director General de los Servicios Jurídicos

Subdirector:

Salvador Victoria Bolívar
Letrado-Jefe del Servicio Jurídico Central

REVISTA JURÍDICA DE
LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 1. Enero 1999

Edita:

Consejería de Presidencia
de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 28013 Madrid

Tirada: 500 ejemplares
Coste unitario: 1.225 pesetas
Edición: 12/98
I.S.B.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
Imprime: B.O.C.M.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

ÍNDICE

Presentación
 Jesús PEDROCHE NIETO, Consejero de Presidencia 5

Estudios

Tratamiento automatizado y protección de datos en la Administración Pública (José ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS) 9

La expropiación forzosa en la Ley del Suelo y Valoraciones (Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO) 59

Telecomunicaciones y Comunidades Autónomas (Salvador VICTORIA BOLÍVAR) 103

Comentarios

El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal (Maravillas ESPÍN SÁEZ y Eduardo MELERO ALONSO) 137

Jurisprudencia Social (Ricardo MORÓN PRIETO) 159

La reclamación de la certificación de actos presuntos es un requisito inexcusable para la válida constitución de la relación jurídico-procesal: Sentencia núm. 630/TSJ de Madrid, de 8 de julio de 1998 (R.º 288/96) (Carmen TEJERA GIMENO) 169

Normas y proyectos normativos

Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, modificado por Ley Orgánica de 7 de julio de 1998 179

Proyecto de Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el día 21 de mayo de 1998 211

Selección de dictámenes

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre la colegiación del personal que presta sus servicios como profesional al servicio de las Administraciones Públicas, de 1 de junio de 1998 223

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre la repercusión del impuesto sobre el valor añadido, de 17 de septiembre de 1998 231

Revista de libros

Esther ZAMORA MARTÍNEZ 243

PRESENTACIÓN

Este primer número de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* es fruto del esfuerzo de la Dirección General de los Servicios Jurídicos y de los Letrados de la Comunidad de Madrid, así como de otros operadores jurídicos de la propia Comunidad, a todos los cuales debo comenzar por agradecer su iniciativa y entusiasmo.

El sometimiento de las diferentes Administraciones Públicas a la Ley constituye una de las manifestaciones básicas del Estado de Derecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 103 de la Constitución Española, principio que reitera el artículo 37.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. Por tanto, es evidente que a la Administración autonómica, como a cualquier otra Administración pública, le interesa el conocimiento y difusión del Derecho, tanto entre las autoridades y personal a su servicio (que deben guardar y hacer guardar la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico) como entre otras entidades de su ámbito y los particulares (que han de estar informados de sus derechos y obligaciones).

El interés de la Comunidad de Madrid en la Justicia y el Derecho se ve reforzado, además, por cuanto la Administración autonómica tiene previsto, en función de lo establecido en su Estatuto de Autonomía, asumir las competencias relativas a los medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia, institución que asume la misión de la resolución de los conflictos de intereses sobre la base de la aplicación del ordenamiento jurídico.

El conocimiento del Derecho no puede limitarse al conjunto de normas que se publican en los boletines oficiales —el llamado Derecho objetivo—, sino que debe extenderse al estudio de la realidad jurídica, verdadero objeto de la ciencia del Derecho, para lo que es fundamental la jurisprudencia (entendida en sentido amplio, como conjunto de razonamientos y decisiones de los tribunales) y la doctrina de los autores o tratadistas del Derecho. En este sentido, la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, junto con aportaciones doctrinales de diversos juristas, tanto integrados en la Administración autonómica como ajenos a ella, debe prestar atención a las resoluciones de los tribunales, y en particular el Tribunal Superior de Justicia (que culmina la organización judicial dentro de nuestra Comunidad Autó-

noma), así como a las decisiones de otros órganos de interpretación y aplicación del Derecho especialmente cualificados.

Este es un momento particularmente señalado para una iniciativa como la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*. Recientemente, ha cumplido veinte años nuestra ley de leyes, la Constitución, que, aprobada por las Cortes Generales, representantes del pueblo español, y directamente por éste, en referéndum celebrado el día 6 de diciembre de 1978, fue sancionada y promulgada por S.M. el Rey el día 27 de diciembre del mismo año. Por otro lado, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, norma institucional básica de nuestra Comunidad, aprobado mediante Ley Orgánica de 25 de febrero de 1983, ha sido reformado por Ley Orgánica de 7 de julio de 1998 para elevar el nivel de competencias de la Comunidad Autónoma, hasta alcanzar un grado pleno de autonomía, sin perjuicio de su integración y solidaridad con las demás nacionalidades y regiones que forman parte de España.

Confío en que esta Revista pueda contribuir de alguna manera al conocimiento de nuestro ordenamiento constitucional y estatutario así como de la legislación y jurisprudencia.

Jesús Pedroche Nieto
Consejero de Presidencia

ESTUDIOS

forma), así como a las decisiones de otras legaciones de interpretación y aplicación del Derecho especialmente cualificadas.

Esto es el momento particularmente señalado para una iniciativa como la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid. Pese a ello, ha cumplido veinte años nuestra ley de leyes, la Constitución, que aprobada por los Cortes Generales, representantes del pueblo español, y directamente por este, en referéndum celebrado el día 6 de diciembre de 1978, fue sancionada y promulgada por S.M. el Rey el día 27 de diciembre del mismo año. Por otro lado, el Decreto de Aprobación de la Comunidad de Madrid, sobre instrucción básica de nuestra Comunidad, aprobado mediante Ley Orgánica de 25 de febrero de 1983, ha sido reformado por Ley Orgánica de 1986 para dar origen al actual Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma. Hasta alcanzar un grado pleno de autonomía, en perjuicio de su integración y adaptación con las demás comunidades y regiones que forman parte de España.

Cuando es que esta Revista pueda contribuir de alguna manera al conocimiento de nuestro ordenamiento constitucional y estatutario así como de la legislación y jurisprudencia.

Juan Pedrocho Nieto
 Consejero de Presidencia

TRATAMIENTO AUTOMATIZADO Y PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

POR

JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS¹

SUMARIO: 1. Informática y Administración. 2. Régimen jurídico de las aplicaciones informáticas en el seno de las Administraciones Públicas: 2.1. Límites y garantías. 2.2. Aplicaciones para el ejercicio de potestades. 2.3. Comunicaciones: requisitos y validez. 2.4. Almacenamiento de documentos. 2.5. Validez del documento informático. 3. Tratamiento automatizado de datos: 3.1. Concepto. El fichero y su responsable. 3.2. Datos de carácter personal: concepto. 3.3. Principios del tratamiento y de la protección de los datos. 3.4. Cesión de datos: 3.4.1. Recogida de datos. 3.4.2. Cesión de datos propiamente dicha.

1. INFORMÁTICA Y ADMINISTRACIÓN

Uno de los caracteres clásicos del desarrollo del constitucionalismo que asume el Estado español es el *postulado social*, lo que implica la asignación a éste de un protagonismo en la sociedad ciertamente en contraste con el ostentaba el Estado liberal. Así, el Preámbulo de nuestra Constitución se refiere a la voluntad de garantizar un «orden económico y social justo» y al deseo de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida».

El Estado del momento presente ha superado los esquemas tradicionales del Estado liberal de Derecho —vigilante y abstencionista— para adoptar una postura firme en la tarea de conformación del orden social². Paralelamente, la Administración misma evoluciona desde los esquemas tradicionales anclados en el binomio supra/infraorde-

¹ Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Supremo. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.

² Sobre el significado, contenido y alcance básicos de la cláusula del Estado Social puede verse la obra de PAREJO ALFONSO, *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, *in totum*, especialmente págs. 21-118, donde se nos introduce a la realidad de esa nueva dimensión en nuestro Derecho partiendo de las sólidas bases doctrinales acuñadas en Alemania.

nación hacia un modelo presidido por la idea de servicialidad, responsabilizándose progresivamente de un mayor y acentuado número de tareas. Ello exige un mecanismo de actuación donde conceptos como anacronismo y obsolescencia de los métodos ceden ante otros tales como racionalización, simplificación, eficacia y seguridad.

En este contexto, la presencia de la Informática en el mundo del Derecho y, sobre todo, la progresiva incorporación de aquélla a los procesos de gestión de las diferentes Administraciones Públicas constituye una de las claves del Derecho público moderno. La «Administración informatizada» describe de forma elocuente las señas de identidad de los actuales servicios administrativos¹.

Hasta el punto de provocar un proceso de transformación caracterizado como «*automatización administrativa*», por analogía con el otro nuevo procedimiento de «*automatización industrial*». A este respecto, FROSINI² destaca el interés de la Administración Pública de las sociedades industriales avanzadas por el nuevo sector de la tecnología electrónica, interés que se manifiesta en una doble dirección:

1.º La *dirección externa*, esto es, el interés de la Administración Pública por el nuevo sector de la tecnología electrónica e informática, expresándose jurídicamente con una legislación destinada a establecer el control sobre la producción y la gestión de los ordenadores, que se ejercita esencialmente sobre los «Bancos de datos».

En efecto, las Bases de Datos constituyen hoy día un instrumento indispensable para desarrollar la eficacia de la Administración en su actividad de servicio público. En este sentido, las Bases de Datos permiten la rápida y segura gestión de la tramitación de los procedimientos del conjunto de las Administraciones Públicas facilitando una información instantánea y adecuada a la prestación del servicio. Pero esa contribución a la eficacia del servicio público se consigue también poniendo a disposición de los ciudadanos determinadas Bases de Datos de la Administración, colaborando de esta manera en la tarea de difusión informativa que representa un pilar básico de la *transparencia administrativa*³.

¹ PÉREZ LURO, A. E., *Manual de informática y Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pág. 83.

² *Informática y Administración Pública*, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 4, 1984, págs. 235-236.

³ Cfr. sobre el tema DOMÍNGUEZ LUIS, José Antonio, *El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa*, REDA, núm. 88, 1995, págs. 548 y ss.

2.º La *dirección interna*, plasmada en la toma de posesión, por parte de la Administración, de los métodos e instrumentos de la tecnología informática actual en vista de una aplicación en la Administración Pública, lo que conduce justamente a la automatización administrativa. Y hasta el punto ello es así, que puede afirmarse, obviamente en sentido metafórico, que el ordenador representa un nuevo tipo de funcionario público⁴.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 se hacía eco de este moderno fenómeno al señalar que «la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permita dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado», y a tal efecto se establecen una serie de directrices que «no se conciben como simples enunciados programáticos, sino como verdaderas normas jurídicas, al habilitar a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios: a estos fines responden los preceptos relativos a la normalización de documentos; racionalización, mecanización y automatización de los trabajos en las oficinas públicas...»⁵.

La penetración de la informática en los diversos sectores de la Administración Pública ha adquirido auténtica carta de naturaleza con ocasión de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) en cuya Exposición de Motivos podemos leer lo siguiente:

«Las nuevas corrientes de la ciencia de la organización aportan un enfoque adicional en cuanto mecanismo para garantizar la calidad y transparencia de la actuación administrativa, que configuran diferencias sustanciales entre los escenarios de 1958 y 1992. La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 pretendió modernizar las arcaicas maneras de la Administración española, propugnando una racionalización de los trabajos burocráticos y el empleo de «máquinas adecuadas, con vista a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas, siempre que el volumen de trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos». Este planteamiento tan limitado ha dificultado el que la informatización, soporte y tejido

⁴ *Idem*, pág. 234.

⁵ Arts. 30, 31 y 32 básicamente.

nervioso de las relaciones sociales y económicas de nuestra época, haya tenido hasta ahora incidencia sustantiva en el procedimiento administrativo, por falta de reconocimiento formal de la validez de documentos y comunicaciones emitidos por dicha vía. El extraordinario avance experimentado en nuestras Administraciones Públicas en la tecnificación de sus medios operativos, a través de su cada vez mayor parque informático y telemático, se ha limitado al funcionamiento interno, sin correspondencia relevante con la producción jurídica de su actividad relacionada con los ciudadanos. Las técnicas burocráticas formalistas, supuestamente garantistas, han caducado, por más que a algunos les parezcan inamovibles, y la Ley se abre decididamente a la tecnificación y modernización de la actuación administrativa en su vertiente de producción jurídica y a la adaptación permanente al ritmo de las innovaciones tecnológicas».

Este planteamiento inicial encuentra su traducción positiva en el artículo 45, relativo precisamente a la «incorporación de medios técnicos», que presenta el siguiente tenor literal:

«1. Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.

2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.

3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce.

4. Los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características».

5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia

de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes».

Tres son los aspectos esenciales que destacan en este precepto:

- En primer lugar, la implantación progresiva de las técnicas informáticas en el seno de las Administraciones Públicas, no limitándose a su empleo en la actuación interna de éstas, sino desplegándose *ad extra*, constituyendo un medio cada vez más recurrido en el ámbito de las relaciones con el ciudadano. Incluso, se quiere apuntar el importante papel que las nuevas tecnologías están llamadas a representar en el espacio decisorial de las Administraciones Públicas, singularmente en los procesos de formación de voluntad de las mismas (apartado 1).
- En segundo término, la posibilidad de utilización de tales técnicas por parte de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas; en todo caso condicionada a la compatibilidad con los medios técnicos de que éstas dispongan (apartado 2).
- Finalmente, la referencia a un conjunto de garantías para el empleo y disfrute de dichas técnicas (apartados 3, 4 y 5).

Es evidente que una Administración informatizada presenta notables ventajas, como son la racionalización, la simplificación, la celeridad y la seguridad de las prácticas administrativas, las cuales redundan en una mayor eficacia y transparencia de la entera actividad administrativa, hasta el punto de que el fenómeno informático se presenta como elemento clave de la renovación administrativa, lo que, por otra parte, no deja de ser cierto —a pesar de las disfunciones que en la práctica se presentan— pues el uso de las modernas tecnologías en el ámbito de las Administraciones constituye hoy día una exigencia del Estado Social que requiere de instrumentos eficaces para la puntual y cumplida satisfacción de las demandas sociales y a este fin coadyuva positivamente la implantación de aquéllas⁴.

Ello no obstante, tampoco se oculta que, al mismo tiempo, la aplicación de las modernas tecnologías en el seno de la Administración

⁴ Cfr. CASTELLS ARTECHE, J. M., *La limitación informática*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor D. Eduardo García de Enterría*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, tomo II, págs. 907 y ss., especialmente págs. 930 y ss.

también ofrece riesgos a tener en cuenta, como son la ruptura del equilibrio de poderes en el seno de la sociedad (la Administración se convierte en una «casa de cristal» y, por efecto reflejo, los ciudadanos se sienten «personas de cristal» sufriendo el denominado «síndrome del pez») y la potenciación del formalismo (la computadora o el ordenador se convierte en el verdadero «interlocutor» en las relaciones Administración-ciudadano)⁹.

A este problemática se refiere la Ley 13/195, de 21 de abril, de Regulación del Uso de Informática en el Tratamiento de Datos Personales por la Comunidad de Madrid (LRICM)¹⁰, cuando en el Preámbulo afirma que «los fenómenos que en esta ocasión aconsejan legislar ocupan en la escala de las preocupaciones de la sociedad un bajísimo lugar: la amenaza que objetivamente constituyen las tecnologías de la información y, particularmente, la informática para la privacidad de los ciudadanos no origina más que un estado de indiferencia social sólo quebrado ocasionalmente por noticias de tráfico de información con carácter personal, presentadas de modo alarmista y orwelliano, que abandonan rápidamente la cabecera de la actualidad». Y reconoce a continuación que «Los expertos y profesionales de estas técnicas de tratamiento de la información, conscientes, por el propio ejercicio de su oficio, de los riesgos en presencia, son precisamente quienes han estado en el origen de la denuncia de los problemas derivados de la aplicación de las tecnologías de la información a los datos de carácter

⁹ Cfr. PÉREZ LUÑO, *Manual de informática...*, ob. cit., págs. 84-86.

¹⁰ Modificada por la Ley 13/1997, de 16 de junio y desarrollada parcialmente por Decreto 22/1998, de 12 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. Precisamente, la creación de ésta se hace al amparo de la previsión contenida en el artículo 40 de la LORTAD relativo a los «Órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas», donde se establece lo siguiente: «1. Las funciones de la Agencia de Protección de Datos reguladas en el artículo 36, a excepción de las mencionadas en los apartados j), k) y l) y en los apartados f) y g) en lo que se refiere a las transferencias internacionales de datos, así como en los artículos 45 y 48, en relación con sus específicas competencias, serán ejercidas, cuando afecten a ficheros automatizados de datos de carácter personal creados o gestionados por las Comunidades Autónomas, por los órganos correspondientes de cada Comunidad, a los que se garantizará plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido. 2. Las Comunidades Autónomas podrán crear y mantener sus propios registros de ficheros públicos para el ejercicio de las competencias que se les reconoce sobre los mismos, respecto de los archivos informatizados de datos personales cuyos titulares sean los órganos de las respectivas Comunidades Autónomas o de sus Territorios Históricos». Finalmente, destacar que la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid es el primer órgano de estas características que se crea en España por las Comunidades Autónomas, siendo pues la Comunidad Autónoma de Madrid pionera en esta materia.

personal y de la exigencia de un sistema de límites a la utilización de las mismas».

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS APLICACIONES INFORMÁTICAS EN EL SENO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Ya hemos hecho referencia a la decidida apuesta de la LRJPAC por la abierta incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la actividad administrativa y, en especial, a las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones públicas. Esta norma opta de forma clara y específica por la tecnificación de la actuación administrativa frente a las tendencias burocráticas formalistas, terminando así con un evidente fenómeno de disociación entre normativa y realidad: la Administración había integrado los medios y técnicas automatizadas en su funcionamiento, pero la falta de reconocimiento formal de su validez les confería tan sólo un valor instrumental e interno.

Entre todas las previsiones que la mencionada Ley contiene sobre la utilización de técnicas automatizadas destaca el artículo 45 como verdadera piedra angular del proceso de incorporación y validación de dichas técnicas en la producción jurídica de la Administración pública así como en sus relaciones con los ciudadanos.

Pues bien, en desarrollo de este precepto legal se ha dictado el *Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero*, sobre regulación de la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado¹¹.

Como criterio inspirador de la elaboración de esta norma se ha prestado especial atención en establecer un equilibrio estable entre, de una parte, las garantías y derechos de los ciudadanos frente a la Administración cuando ésta utiliza las tecnologías de la información (art. 2) y, de otra parte, favorecer la implantación de tales técnicas en el ejercicio de las competencias y desarrollo de sus actividades, exigiendo cautela o requisitos adicionales a los que, con carácter general o de forma específica, vienen establecidos en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1).

¹¹ Una presentación estructurada de esta disposición reglamentaria fue el objeto de la Segunda sesión, bajo el título «Políticas de confidencialidad», a cargo de MIGUEL A. AMUTIO GÓMEZ en el marco del VIII Congreso de la Seguridad en Tecnologías de la Información y Comunicaciones (SECURMÁTICA), celebrado en Madrid, 15 de abril de 1997.

Por lo que aquí interesa, destaca en primer lugar la serie de definiciones que recoge el artículo 3, según el cual se entiende por:

a) *Soporte*: objeto sobre el cual o en el cual es posible grabar y recuperar datos.

b) *Medio*: mecanismo, instalación, equipo o sistema de tratamiento de la información que permite, utilizando técnicas electrónicas, informáticas o telemáticas, producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones.

c) *Aplicación*: programa o conjunto de programas cuyo objeto es la resolución de un problema mediante el recurso a un sistema de tratamiento de la información.

d) *Documento*: entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que puede ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada.

2.1. Limitaciones y garantías

Los artículos 2 y 4 de este Real Decreto establecen una serie de limitaciones y garantías de la utilización de los soportes, medios y aplicaciones informáticos, a saber:

a) La utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución, la Ley 30/1992 y el resto del ordenamiento jurídico.

b) Dicha utilización respetará el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos y, en especial, se garantizará el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos ajustándose, a tal efecto, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y en las demás Leyes específicas que regulan el tratamiento de la información así como en sus correspondientes normas de desarrollo.

c) La utilización de tales técnicas en ningún caso podrá implicar la existencia de restricciones o discriminaciones de cualquier naturaleza en el acceso de los ciudadanos a la prestación de servicios públicos o a cualquier actuación o procedimiento administrativo.

d) Cuando de dicha utilización se trate, los ciudadanos tendrán el derecho a obtener información que permita la identificación de los

medios y aplicaciones utilizadas, así como del órgano que ejerce la competencia.

e) Se podrán utilizar soportes, medios y aplicaciones electrónicas, informáticas y telemáticas en cualquier actuación administrativa y, en particular, en la iniciación, tramitación y terminación de los procedimientos administrativos, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Real Decreto y en sus disposiciones específicas de desarrollo así como en las normas reguladoras de cada actuación o procedimiento.

f) El empleo de tales soportes exigirá la adopción de las medidas técnicas y de organización necesarias que aseguren la autenticidad, confidencialidad, integridad, disponibilidad y conservación de la información. A este respecto, dichas medidas de seguridad deberán tener en cuenta el estado de la tecnología y ser proporcionadas a la naturaleza de los datos y de los tratamientos y a los riesgos a los que estén expuestos.

g) Las medidas de seguridad aplicadas a los soportes, medios y aplicaciones deberán garantizar:

- La restricción de su utilización y del acceso a los datos e informaciones en ellos contenidos a las personas autorizadas.
- La prevención de alteraciones o pérdidas de los datos e informaciones.
- La protección de los procesos informáticos frente a manipulaciones no autorizadas.

2.2. Aplicaciones para el ejercicio de potestades

Dispone el artículo 5 que «los programas y aplicaciones que efectúen tratamientos de información cuyo resultado sea utilizado para el ejercicio por los órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado de las potestades que tienen atribuidas deberán ser objeto de aprobación y difusión pública».

En este sentido, tales aplicaciones requerirán, en primer lugar, la emisión de los *informes técnicos* preceptivos que se estimen pertinentes y que han de versar sobre los siguientes aspectos:

a) *Legalidad de la aplicación*: adecuación del funcionamiento de la aplicación a los requisitos y trámites del procedimiento.

b) *Seguridad de aplicación*: preservación de la disponibilidad, confidencialidad e integridad de los datos tratados por la aplicación.

c) *Normalización de los medios de acceso*: especificaciones técnicas sobre los medios, códigos y formatos de acceso.

d) *Conservación de los soportes utilizados*: proporción entre la durabilidad de los soportes y el tiempo en que deben mantenerse los datos en ellos incluidos.

En segundo lugar, se requiere la *aprobación* por el órgano competente de las aplicaciones, así como su *difusión pública* a través del BOE. Ello no obstante, no será precisa la aprobación y difusión pública de los programas y aplicaciones cuya utilización para el ejercicio de potestades sea de carácter meramente instrumental, entendiéndose por tales aquellos que efectúen tratamientos de información auxiliares o preparatorios de las decisiones administrativas sin determinar directamente el contenido de éstas¹².

2.3. Comunicaciones: requisitos y validez

La transmisión o recepción de comunicaciones entre órganos o entidades del ámbito de la Administración General del Estado o entre éstos y cualquier persona física o jurídica podrá realizarse a través de soportes, medios y aplicaciones informáticos, electrónicos y telemáticos está sujeta a los siguientes *requisitos*, de acuerdo con el artículo 7.

¹² En el ámbito de la Seguridad Social, sector administrativo pionero en la implantación de las nuevas tecnologías, la *Orden de 3 de abril de 1995* regula la utilización de medios informáticos, electrónicos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación. La Exposición de Motivos de esta disposición general es muy elocuente del protagonismo alcanzado por la informática y sus aplicaciones en el ámbito de la gestión de los servicios públicos. Dice así: «Los artículos 45 y 46 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre («Boletín Oficial del Estado» del 27), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en línea con la exposición de motivos de la misma, consagran e impulsan la apertura decidida de la Ley hacia la mayor tecnificación y modernización de la actuación administrativa, propugnando a este respecto la utilización de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, tanto por parte de las Administraciones Públicas, en el desarrollo y ejercicio de sus actividades y competencias, como por parte de los ciudadanos en sus relaciones con dichas Administraciones Públicas». Dentro de los principios que disciplinan la utilización de dichas técnicas y, en concreto, por lo que se refiere a las aplicaciones para el ejercicio de potestades dispone la norma de referencia que «las actuaciones administrativas relativas a la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores y variaciones de datos de unas y otros, así como a la cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, conforme a la normativa en vigor, podrán realizarse a través de medios electrónicos informáticos o telemáticos, en la forma que determina la Tesorería General de la Seguridad Social, que previamente aprobará los programas, aplicaciones, diseños y estructuras de datos que vayan a ser utilizados a través de dichos medios y difundirá públicamente sus características».

a) La garantía de su *disponibilidad y acceso* en las condiciones que en cada caso se establezcan.

b) La existencia de *compatibilidad* entre los utilizados por el emisor y el destinatario que permita técnicamente las comunicaciones entre ambos, incluyendo la utilización de códigos y formatos o diseños de registro establecidos por la Administración General del Estado.

c) La existencia de *medidas de seguridad* tendentes a evitar la interceptación y alteración de las comunicaciones, así como los accesos no autorizados.

La *validez* de las comunicaciones y notificaciones efectuadas en los soportes o a través de los medios y aplicaciones de referencia se subordina a:

a) La *constancia* de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones.

Y ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.3, párrafo segundo, de la Ley 30/92 en relación a la funcionalidad de los registros generales y auxiliares en el seno de los órganos administrativos. A estos efectos, los sistemas de información que integren procesos de transmisión y recepción podrán constituirse en registros auxiliares cuando recojan todos los datos a que hace referencia dicho precepto y se tenga acceso a ellos desde las unidades encargadas de los registros generales correspondientes.

b) La *identificación fidedigna* del remitente y del destinatario de la comunicación.

En los supuestos de comunicaciones y notificaciones dirigidas a particulares se considerará preferente el soporte, medio o aplicación que éstos hayan señalado para sus comunicaciones con la Administración General del Estado¹³.

c) La *compatibilidad* entre sistemas públicos y privados en las actuaciones o procedimientos que se desarrollen íntegramente en soportes electrónicos, informáticos y telemáticos, en los que se produzcan comunicaciones caracterizadas por su regularidad, número y volumen entre órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado y determinadas personas físicas o jurídicas, debiendo éstas comunicar la forma y código de accesos a sus sistemas de comunicación, los cuales se entenderán señalados con carácter general

¹³ Cfr. artículo 70.1 a) LRJPAC.

como preferentes para la recepción y transmisión de comunicaciones y notificaciones en esta clase de actuaciones¹⁴.

2.4. Almacenamiento de documentos

Partiendo de la posibilidad reconocida de almacenamiento —por medios o en soportes electrónicos, informáticos o telemáticos— de todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas, el artículo 8 señala que toda la documentación producida mediante dichas técnicas podrán conservarse en soportes de esta naturaleza, en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera, siempre que se asegure la *identidad e integridad* de la información necesaria para reproducirlo.

Conceptualmente, por *base de datos* se entiende la colección de registros almacenados en soporte magnético accesibles por ordenador y cuya organización dependerá del tipo de información de que se trate¹⁵ o, bien, el conjunto de informaciones referidas a un determinado sector del conocimiento, organizadas a través de programas informáticos y susceptibles de ser utilizadas en aplicaciones pertinentes¹⁶, en fin, un depósito común de documentación, útil para diferentes usuarios y distintas aplicaciones, que permite la recuperación de la información adecuada para la resolución de un problema planteado en una consulta¹⁷.

¹⁴ La Orden de 3 de abril de 1995 citada dispone a este respecto que «las transmisiones de datos que se efectúen por los medios a que se refiere el artículo anterior en relación a las actuaciones que en el mismo se señalan por parte de quien hayan sido autorizados para ello y en los términos que en cada caso fije la Tesorería General de la Seguridad Social, determinarán, según se trate, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones en relación con las solicitudes de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de que se trate, así como de la presentación de documentos en orden a las obligaciones de cotización y recaudación».

¹⁵ A. FLORY, citado por LÓPEZ-IBOR, VICENTE y GARCÍA DELGADO, *Soosoles, La industria de las bases de datos y su aplicación al Derecho: experiencias en la producción y distribución en el sector eléctrico español*, III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Actas, UNED-Extremadura, Mérida, 1994, vol. II, pág. 746.

¹⁶ PÉREZ LUÑO, *Manual de informática...*, *ob. cit.*, pág. 85.

¹⁷ DAVARA RODRIGUEZ, M. A., *Derecho informático*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 141. Señala el autor que la base de datos contiene «datos» pero debe contestar con «información»: en este sentido, precisa que un dato se convierte en información cuando pasa de ser un dato abstracto en un conjunto de documentos que forman una base a ser una información exacta y puntual que da respuesta o ayuda a resolver el problema planteado en la consulta del usuario. Precisamente, concluye el autor, esta estructuración y organización de la base requiere un estudio de alta calidad del contenido de los documentos, con una notoria carga de creatividad intelectual, que debe ser objeto de protección jurídica.

Una concepción restringida establecida en el campo jurídico-documental es la que define a la base de datos como aquel conjunto de documentos jurídicos básicos (legislación, jurisprudencia y doctrina), almacenados en soportes magnéticos o de cualquier otro material y susceptibles de ser tratados, recuperados y transmitidos de forma total o parcial mediante procedimientos y medios informáticos, que con aplicación de técnicas derivadas de la utilización de la informática jurídica pretenden ser utilizadas con una finalidad divulgadora y generalizada de su contenido.

Se desprende, en consecuencia, que son dos los *elementos* que integran una base de datos:

A) Un *conjunto de datos o documentos* organizados para su uso como fuentes de información en diferentes ámbitos del saber.

B) Un *programa operativo* denominado *sistema de gestión* de la base de datos (DBMS, Data Base Management System) que facilita la comunicación entre ésta y sus usuarios.

Es un hecho objetivo, por lo demás, la peculiar situación que experimenta la vida administrativa actual, presidida por el crecimiento exponencial del volumen de información que utilizan las Administraciones Públicas, situación que se ve favorecida por el desarrollo tecnológico y la progresiva utilización de las técnicas que éste introduce. En este sentido, el tratamiento automatizado de la información a través de las Bases de Datos se ha convertido en el sistema más útil para el manejo de esas ingentes masas de información que abrumaban los edificios públicos: solamente mediante esta fórmula de almacenamiento se consigue un ahorro muy apreciable de las necesidades de espacio físico hasta ahora requeridas para conservar el tradicional soporte físico de información —el papel— y, lo que es más importante, permite una agilidad y fiabilidad en la recuperación de la información deseada que evita los inconvenientes de toda búsqueda manual.

Obviamente, esa documentación almacenada está supeditada a unas garantías expresadas en la necesidad de contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, calidad, protección y conservación de los documentos almacenados y, en particular, aseguren la identificación de los usuarios y el control de accesos. El establecimiento de un *sistema de seguridad* de la información tratada informáticamente se erige de esta manera en objetivo prioritario, pues de lo contrario se acentúan los riesgos derivados de la utilización generalizada de la informática y, más concretamente, del uso perverso

so del tratamiento automatizado de datos que lógicamente enerva la neutralidad teórica de las nuevas tecnologías de la información¹⁸.

2.5. Validez del documento informático

El documento es un soporte que contiene información apto para ser incorporado a un expediente¹⁹. Es decir, básicamente el soporte es un concepto puramente material que se opone a la información, que presenta, por naturaleza, un carácter inmaterial. La expresión jurídica del soporte de información constituiría el documento.

La doctrina tiende, en general, a equiparar documento con escrito y ello estimando que es una consecuencia de una interpretación correcta de los artículos 1.215 del Código civil y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los términos antes expuestos. Ahora bien, el «documento electrónico» —término corrientemente utilizado para designar el más exacto y significativo de «documento informático» o «documento informatizado»— es propiamente un soporte de información: el documento escrito es una de las varias modalidades del soporte de información, aquella en la que la información está representada por los signos del lenguaje. Pero otra modalidad es la constituida por un soporte de información creado mediante un sistema informático: aquí el soporte no es el papel, sino un disquete, una cinta, un disco magnético, etc. y los «significantes» o signos representativos del contenido o «significado» pueden no ser palabras, grafismos o imágenes, sino magnitudes físicas que representan en forma codificada unas nociones o noticias y son susceptibles de registro, proceso y transmisión.

De conformidad con el artículo 55.1 de la LRJPAC es la forma escrita el modo de producción más habitual de los actos administrativos que manifiestan la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo de las Administraciones Públicas. Como resulta evidente, esta forma escrita viene impuesta en la mayor parte de los actos por razones de seguri-

¹⁸ Afirma GALINDO que «la seguridad y la garantía de las comunicaciones electrónicas no es únicamente un problema técnico, es un problema jurídico de gran calado». Y añade: «En verdad afecta a derechos tan fundamentales como el secreto de las comunicaciones, además de (...), al problema de la organización política de la sociedad global» (FERNANDO GALINDO, *Vocabulario criptográfico*, LA LEY, núm. 4465, 26 de enero de 1998, pág. 16).

¹⁹ Seguimos en este punto lo expuesto en nuestro trabajo *El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa*, *ob. cit.*, págs. 543-545. Sobre el régimen jurídico del documento informático, véase DE ASIS ROIG, A.: «Documento electrónico en la Administración Pública», en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Cuadernos de Derecho Jurisdiccional, GGPI, Madrid, 1996, págs. 137 y ss.

dad y constancia, además de porque los actos deben motivarse (art. 54) y notificarse (art. 58), lo que requiere su plasmación escrita.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta el reconocimiento de los documentos generados por medios informáticos en el seno del procedimiento administrativo que establecen los artículos 38.3 y 4 y 45 de la LRJPAC²⁰.

Pues bien, erigiéndose así la Informática en técnica que permite la rápida y segura gestión de la tramitación de los procedimientos del conjunto de las Administraciones Públicas, no cabe duda que uno de los aspectos que despiertan un mayor interés es el referente a la validez del documento informático en cuanto soporte de la información tratada electrónicamente.

A este respecto, es tajante el número 5 del artículo 45 de la LRJPAC al disponer textualmente que: «Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes»²¹.

Por su parte, el artículo 6 del Real Decreto 263/96 precisa que la validez de tales documentos queda condicionada a:

- La acreditación de su integridad, conservación e identidad del autor.
- La autenticidad del autor, mediante la constancia de códigos u otros sistemas de identificación.

²⁰ En este punto, destacar que el Anteproyecto de Ley de Modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 109-1, de 18 de marzo de 1998) da nueva redacción al último párrafo del apartado 4 del artículo 38 de este texto legal con objeto de impulsar el empleo y aplicación de las técnicas y medios informáticos y telemáticos por parte de la Administración y, en este sentido, se prevé que en los convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones Públicas estableciendo sistemas de intercomunicación y coordinación de registros se garantizará, además de su compatibilidad informática y la transmisión telemática de los asientos registrales, la transmisión telemática «de las solicitudes, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros».

²¹ La Orden de 3 de abril de 1995 establece en relación con esta materia que «los actos administrativos realizados por la Tesorería General de la Seguridad Social que se deriven de la citada transmisión de datos, tendrán plena validez y eficacia, generando los derechos y obligaciones establecidos por la normativa en vigor en relación con dichos actos».

Además, este mismo precepto contempla que las copias de cualesquiera documentos públicos gozarán de la misma validez y eficacia que éstos siempre que exista constancia de su autenticidad, integridad y conservación, en correspondencia con lo dispuesto sobre el particular por el artículo 46.3 de la LRJPAC²².

3. TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS

3.1. Concepto. El fichero y su responsable

El Convenio Europeo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981²³, entiende por tratamiento automatizado «las operaciones que a continuación se indican efectuadas en su totalidad o en parte con ayuda de procedimientos automatizados: Registro de datos, aplicación a esos datos de operaciones lógicas aritméticas, su modificación, borrado, extracción o difusión» (art. 2.c).

Por su parte, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), define el tratamiento de datos como «las operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias»

²² Recientemente, la Ponencia de Estudios del Consejo de Estado, ante la previsible reforma de la LRJPAC, ha redactado algunas sugerencias en orden a corregir las deficiencias observadas en el articulado de dicho texto legal y en este sentido, por lo que el apartado de la validez y eficacia de documentos y copias se refiere, ha advertido de los problemas, graves por lo demás, que suscita el reconocimiento indiferenciado de originales y copias tal y como se contempla en el vigente artículo 46.2. Concretamente, se apunta la dificultad, cuando no la imposibilidad, del ejercicio de las potestades disciplinarias de las Administraciones Públicas mediante la retirada del documento acreditativo de un permiso, v.gr. el de circulación, armas, pasaporte, etc. Para remediar tales escollos se considera razonable distinguir los documentos que cumplen una mera función probatoria, respecto de los cuales no existe inconveniente en mantener la regla general de la equiparación de las copias y el original, de aquellos otros que incorporan un derecho y, por ello, cumplen una función legitimadora del ejercicio del mismo, en cuyo caso debe restringirse al original, excluyendo la equiparación a éste de las copias (PÉREZ-TENESEA Y HERRERO DE MIÑÓN, *La Reforma de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común*, LA LEY, núm. 4.396, 16 de octubre de 1997, págs. 1 y 2).

²³ Ratificado por Instrumento de 27 de enero de 1984, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

(art. 3.c). Previamente el artículo 1, al acotar el objeto de la Ley, atribuye a ésta, en desarrollo de la previsión contenida en el artículo 18.4 de la CE, la finalidad de «limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal...»²⁴.

Más descriptiva resulta la definición que ofrece el artículo 2.b) 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 datos²⁵, que define el «tratamiento de datos personales» como «cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción».

El concepto de tratamiento (automatizado) de datos está latente en la definición misma de *fichero de datos*. A este respecto, el artículo 2.b) del Convenio Europeo se refiere al «fichero automatizado» como «cualquier conjunto de informaciones que sea objeto de un tratamiento automatizado»²⁶.

²⁴ Como señala HEREDERO HIGUERAS, en el artículo 1 de la LORTAD la informática figura como parte de un conjunto más amplio, el de las «técnicas y medios de tratamiento automatizado» (*La Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal. Comentarios y Textos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 74).

²⁵ Entre las modificaciones que previsiblemente introducirá en nuestro Derecho la incorporación de esta Directiva se apuntan las siguientes: modificación sustancial de materias que en el momento actual, o se encuentran deficientemente reguladas (fuentes accesibles al público), o se excluyen injustificadamente de la aplicación de la LORTAD (ficheros de información tecnológica o comercial o de partidos políticos, sindicatos, etc.); la incidencia de la no división (fundamental en nuestro Derecho) entre ficheros de titularidad pública y de titularidad privada; el tratamiento de datos personales y libertad de expresión; el hecho de que la información recabada proceda del propio interesado o de persona distinta, entre otras. *Vid. Memoria 1996 de la Agencia de Protección de Datos*, pág. 232. Sobre el tema, véase también MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J., *Implicaciones de la Directiva sobre protección de datos en la normativa*, Actualidad Informática Aranzadi, núm. 20, junio de 1996, págs. 1 a 7; DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *La protección de datos en Europa*, Ed. Asnef-Equifax/ICAI-ICADE, Madrid, 1998, págs. 41 y ss., y, en especial, HEREDERO HIGUERAS, M., *La Directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

²⁶ Subraya HEREDERO HIGUERAS cómo el concepto de fichero constituye una aportación del Convenio Europeo, en sustitución de la expresión «banco de datos electrónicos» que figuraba en las Resoluciones (73) 22 y (74) 29, y en la ley de Luxemburgo de 1979/1992. A partir de la normativa de referencia, el autor propone una definición de fichero como «un conjunto de datos sujetos a un tratamiento» (*op. cit.*, págs. 73 y 71). Por su parte, GAY FUENTES

Por su parte, la LORTAD concibe el fichero como «conjunto organizado de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado, cualquiera que fuera la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso» (art. 3,b). Ahora bien, la propia LORTAD matiza de seguido que tales ficheros no han de ser considerados en una perspectiva estática, como meros depósitos de datos, sino también, en una perspectiva dinámica, «como una globalidad de procesos o aplicaciones informáticas que se llevan a cabo con los datos almacenados».

El apartado c) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE, en una perspectiva más amplia, se refiere al «fichero de datos personales» como «todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica». Finalmente, el Convenio Europeo se refiere al «fichero automatizado» como «cualquier conjunto de informaciones que sea objeto de un tratamiento automatizado» (art. 2,b).

La creación, modificación o supresión de ficheros de titularidad pública se regula en el artículo 18 de la LORTAD, que exige una disposición general como cauce formal para la válida constitución de las mismas y la subsiguiente publicación oficial de dicha disposición general. En todo caso, ésta deberá contener:

- a) La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo.
- b) Las personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos.
- c) El procedimiento de recogida de los datos de carácter personal.
- d) La estructura básica del fichero automatizado y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo.
- e) Las cesiones de datos de carácter personal que, en su caso, se prevean.
- f) Los órganos de la Administración responsables del fichero automatizado.

apunta una cierta confusión en la utilización de los términos «tratamiento de datos» y «fichero automatizado» por parte de la LORTAD, entendiéndose que es el primero es «realmente relevante» en orden a «reconstruir el ámbito de aplicación de la LORTAD» y, en este sentido, señala que «hubiera sido más acorde con la situación tecnológica actual utilizar el término sistemas de información, en referencia a una realidad compleja, integrada tanto por ficheros, en el sentido de depósitos de datos, como por tratamientos» (*Intimidad y tratamientos de datos en las Administraciones Públicas*, Ed. Complutense, Madrid, 1995, págs. 63-64).

- g) Los servicios o unidades ante los que pudiesen ejercitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

Asimismo, en las disposiciones que se dicten para la supresión de los ficheros automatizados se establecerá el destino de los mismos o, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción.

Particular relieve adquiere la figura del responsable del tratamiento o, como señala la LORTAD, *responsable del fichero*, que se define en el artículo 3,d) como la «persona física, jurídica de naturaleza pública o privada y órgano administrativo que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento». El Convenio Europeo habla de la «autoridad controladora del fichero» en referencia a «la persona física o jurídica, la autoridad pública, el servicio o cualquier otro organismo que sea competente a la ley nacional para decidir cuál será la finalidad del fichero automatizado, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y cuáles operaciones se les aplicarán»²⁷.

La Directiva 95/46/CE utiliza la expresión «responsable del tratamiento» para denominar a «la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales».

Discrepa de esta terminología DEL PESO NAVARRO²⁸, por cuanto entiende que la definición que aparece en el precepto de la LORTAD «no se corresponde con el uso que de dicha figura se hace a través de la misma». A este respecto, considera que en la práctica hay que distinguir dos figuras claramente diferenciadas, el *titular del fichero* y el *administrador de los datos*, el primero puede ser una persona física o jurídica, pública o privada; en cambio, el segundo necesariamente ha de ser una persona física.

La LRICM distingue precisamente entre «responsable de fichero», esto es, el órgano administrativo designado en la disposición de creación del fichero, que en el supuesto de no ser posible su determinación en los términos previstos por el artículo 3,d) de la LORTAD, por estar

²⁷ De nuevo se hace eco HEREDERO FIGUERAS de esta aportación original del Convenio que «en su esfuerzo para acotar el "núcleo irreductible" de la protección de datos, se sirvió también en este caso de un término que no figuraba en ninguna de las leyes preexistentes, de tal manera que cubriera todas las posibilidades existentes». La Ley Orgánica 5/1992..., *ob. cit.*, pág. 75.

²⁸ *La figura del responsable del fichero de datos de carácter personal en la LORTAD*, Informática y Derecho, núms. 6-7, 1994, especialmente págs. 258 y ss. Cfr. la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 17 de enero de 1996, sobre control de accesos al sistema informático de la Seguridad Social.

atribuidas a diferentes órganos administrativos las distintas operaciones y procedimientos técnicos en que consiste el tratamiento de datos, se entenderá por tal responsable de fichero al órgano titular de la función específica en que se concrete la competencia material a cuyo ejercicio sirva instrumentalmente el fichero (art. 15), y «administrador de sistemas de tratamiento automatizado», o sea, el titular de la unidad administrativa encargada de la ejecución material de las distintas operaciones y procedimientos técnicos que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, cesión, modificación, bloqueo y cancelación de datos, así como de la tramitación administrativa del ejercicio de los derechos que esta Ley reconoce a los ciudadanos y a quien el responsable del fichero podrá atribuir la responsabilidad derivada de tales operaciones y procedimientos (art. 17).

Junto a estas figuras se encuentra la de los «usuarios de sistemas de tratamiento automatizado», en la que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 de la LRICM, se incluye el personal al servicio de las Instituciones o de la Administración de la Comunidad de Madrid que tenga acceso a los datos de carácter personal como consecuencia de tener encomendadas tareas de utilización material de los sistemas de información en los que se integran los ficheros de datos.

3.2. Datos de carácter personal: concepto

Ahora bien, ¿qué datos o informaciones merecen la protección del ordenamiento jurídico y a tal efecto se promulgan normas específicas? A esta interrogante se responde que los datos protegidos son aquellos que relativos a las personas físicas²⁹, lo que nos lleva de inmediato a considerar el concepto de *datos de carácter personal*, tan común a todas las regulaciones sobre la materia.

En primer lugar, el Convenio Europeo utiliza esta expresión en un sentido amplio para referirse a «cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable» y que la norma denomina «persona concernida» (art. 2,a)³⁰.

La LORTAD, por su parte, se mueve en similares términos de amplitud, definiendo los «datos de carácter personal» como «cualquier

²⁹ Ello no obstante, el Convenio Europeo prevé la posibilidad de que los Estados signatarios del mismo extiendan su aplicación «a informaciones relativas a agrupaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades, compañías o cualquier otro organismo compuesto directa o indirectamente de personas físicas, tengan o no personalidad jurídica» (art. 3.2,b).

³⁰ Un análisis comparativo de la materia en los países de nuestro entorno en DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *La protección de datos en Europa*, ob. cit., págs. 63 y ss.

información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Más descriptivo, el artículo 1.4 del Real Decreto 1332/94 habla de «toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable»³¹.

La Directiva 95/46/CE entiende por datos personales «toda información sobre una persona física identificada o identificable (el «interesado»); considerándose «identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social» (art. 2.a)).

Más precisamente, el bien jurídico protegido en la LORTAD es la *libertad informática* o la *autodeterminación informativa*³², concluyente con la denominada intimidad informática³³, que abarca la reserva y control de la información de carácter personal en aras de la preservación de la propia identidad, dignidad y libertad, en lo que se ha dado en denominar «derechos de la tercera generación»³⁴.

Se distingue —así lo hace la propia Exposición de Motivos de la LORTAD— entre «privacidad» e «intimidad». Dice el párrafo segundo del apartado 1 de dicha Exposición de Motivos que «la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —así, el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que se expresa sus senti-

³¹ El artículo 1.5 del Real Decreto 1332/94 se refiere a la *identificación del afectado* para aludir a cualquier elemento que permita determinar directa o indirectamente la identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social de la persona física afectada.

³² Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 27 y ss.

³³ ROMEO CASABONA, C. M., *Infracciones Administrativas y Penales en Relación con la Protección de Datos*, Informática y Derecho, núms. 6-7, 1994, pág. 372.

³⁴ Los «derechos de la tercera generación» (v.gr., derecho a la paz, derecho a la calidad de vida, derecho a la libertad informática) surgen como respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» («liberties' pollution») y encuentran el marco espacial y temporal de su progresivo reconocimiento en el «Estado constitucional», que representa la tercera generación de Estados de Derecho, precedido del Estado Liberal —marco del reconocimiento de los derechos y libertades individuales— y del Estado Social —que contextualiza la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales—. Véase sobre este tema PÉREZ LUNO, A. E., *Estado constitucional y derechos de la tercera generación*, Anuario de Filosofía del Derecho, vol. XIV, 1997, especialmente págs. 563 y ss.

mientos³⁵, por ejemplo—», en tanto que «la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado»³⁶.

La privacidad, en definitiva, garantiza el círculo de exclusión del conocimiento ajeno y de la intromisión de terceros en el ámbito reservado de las personas: no constituye una mera oposición a la publicidad, sino una verdadera inmunidad a «toda injerencia en el dominio de los hechos relativos a uno mismo que no haya sido consentida o legitimada por justa causa»³⁷. Por su parte, la intimidad se configura como derecho de «dentro hacia fuera», el derecho que asiste a toda persona para comunicar o no comunicar, a quien quiera, partes de su vida o de su pensamiento³⁸. Y formando parte del contenido del de-

³⁵ Sobre la defensa de la intimidad personal frente al tratamiento automatizado de los datos personales en el ámbito de los servicios de telecomunicación, véase MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J., *La intimidad en relación con el sector de las telecomunicaciones*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 7, 1997, págs. 65 y ss.

³⁶ Disiente LÓPEZ-MUNIZ GONZÁLEZ de esta diferenciación a partir de la definición de Georgina BATILLO de la «intimidad», entendiéndolo por tal «el derecho que compete a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella». Para el autor, «los datos son íntimos, privados en su sentido de lo que es propio de cada uno, y solamente cada ciudadano debe señalar cuáles son aquellos que estima no deben trascender a los terceros» (*La Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal*, Informática y Derecho, núms. 6-7, 1994, págs. 98-99. Una exposición sintética acerca de la relación entre el concepto «intimidad» y los conceptos de «privacidad», «secreto», «honor» y «propia imagen» en GARRIDO GÓMEZ, M.ª Isabel, *Datos personales y protección del ciudadano*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 88 (Anuario), 1996, págs. 76-78.

³⁷ SOUVIRÓN MORENILLA, José María, *Privacidad y derechos fundamentales*, en *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 1880-1881. Por su parte, la STC 170/1987, de 30 de octubre, declara que «los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto». A esta noción parece referirse el TC cuando habla de la intimidad como el derecho «que implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana» (SSTC 209/1988, de 10 de noviembre y 143/1994, de 9 de mayo).

³⁸ OTERO PARGA, Milagros, *Consideraciones en torno al derecho a la intimidad*, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas* (XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, vol. I, págs. 697-698.

recho a la intimidad se encuentran las facultades de información de las personas respecto de los datos de esta naturaleza recogidos y archivados por las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias (STC 254/1993, de 20 de julio).

En este contexto se encuentran los datos relativos a las personas que gozan de un nivel especial de protección: son los denominados *datos íntimos o sensibles*. Ya el artículo 6 del Convenio Europeo nos habla de una categoría particular de datos como aquellos de carácter personal «que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual»³⁹.

El artículo 16 de la CE señala que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias», en tanto que el artículo 7 de la LORTAD, al regular los datos especialmente protegidos, relaciona además de las informaciones que la Constitución vincula a libertad ideológica⁴⁰, los datos relativos a los orígenes raciales, la salud⁴¹

Por su parte, SEMPERE RODRÍGUEZ, partiendo de la jurisprudencia del TC, señala que «en todo caso debe destacarse que la intimidad no sólo comprende en su núcleo esencial la protección de datos de la propia persona, sino que alcanza también a la intimidad corporal, íntima a toda indagación o pesquisa sobre el propio cuerpo» (Comentarios al artículo 18, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Óscar ALZAGA), Cortes Generales-Edersa, Madrid, 1997, tomo II, pág. 469).

³⁹ Vid. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 23 de enero de 1981 relativa a la reglamentación aplicable a los bancos de datos médicos automatizados.

⁴⁰ Vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1992 al conocer del recurso interpuesto por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras contra acuerdo aprobatorio del «formulario MSI-02— Cuestionario Personal (Manual de Seguridad Industrial de las Fuerzas Armadas)», «Test» a cumplimentar por trabajadores de empresa contratada por la Administración cuando el trabajo que desempeñan implique el conocimiento o acceso a cuestiones u objetos relacionados con la Defensa Nacional, en el que se formulaban preguntas sobre pertenencia a una Agrupación o Asociación política, sindical o religiosa.

⁴¹ Sobre esta materia puede verse MUNAR BERNAT, Pedro A., *El tratamiento automatizado de datos relativos a la salud. Sus límites en Derecho comunitario y en Derecho español*, Poder Judicial, núm. 45, 1997, págs. 101 y ss. La Memoria de la Agencia de Protección de Datos correspondiente a 1996 hace notar, en este punto, que la LORTAD parece que establece una doble regulación del dato de salud en los siguientes términos: por un lado, cuando se efectúe la recogida y tratamiento del mismo por personas que no tienen la consideración de profesionales de la medicina o en lugares en los que tampoco puede hablarse de centros sanitarios, se aplicará el artículo 7.3 de la misma; mientras que cuando intervenga un profesional o el tratamiento se lleve a cabo en instituciones o centros sanitarios, públicos y privados, el mismo se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 8, 10, 23 y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 85.5, 96 y 98 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, y demás Leyes sanitarias, de acuerdo con lo establecido a este respecto por el artículo 8 de la LORTAD. En todo caso, se parte de la expresión «dato de salud» como comprensiva de todos los datos relativos a la salud de un individuo cualquiera que sea el lugar de su obtención y la persona que proceda a efectuar su tratamiento automatizado (págs. 237 y 238).

y la vida sexual⁴². Por su parte, la LPHE establece reglas especiales en relación con la consulta de los datos de carácter policial, procesal, clínico, a modo de enumeración ejemplificativa, que afectan a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen (art. 57.1.c)⁴³.

También los datos pertenecientes a procedimientos de carácter sancionador o disciplinario tienen carácter de datos sensibles frente a los datos de carácter nominativo, según se colige del artículo 37.3 de la LRJPAC⁴⁴ y del artículo 7 de la LORTAD citado señala que «los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras» (apartado 5).

Puede hablarse entonces de una identidad o equivalencia entre los conceptos de datos íntimos y datos sensibles en cuanto expresión del núcleo irreductible de la personalidad y dignidad humanas.

Es evidente, y así se pone de manifiesto en los Considerandos preliminares de la Directiva 95/46/CE, que en la sociedad actual el tratamiento de datos personales en los diferentes sectores de la actividad económica y social constituye un recurso cada vez más profusamente utilizado y, en este sentido, como apunta HEREDERO HIGUERAS⁴⁵, el fenómeno relativo a la recogida, registro y conservación de información sobre la identidad de las personas o sobre circunstancias que

⁴² La LORTAD adopta en esta materia un alto nivel de protección en comparación con otros países, así la Ley francesa de 6 de enero de 1978, que no incluye en el grupo de datos sensibles los relativos a la salud ni a la vida sexual, pero en cambio sí incluye los referentes a la afiliación sindical. Vid. GAY FUENTES, Celeste, *Intimidad y tratamiento de datos en las Administraciones Públicas*, Editorial Complutense, Madrid, 1995, pág. 62.

⁴³ Dispone este precepto que, en el marco de la consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2, «los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos».

⁴⁴ Especialmente crítico con esta excepción se muestra PARADA VÁZQUEZ, para quien «puede haber la sospecha de que con esta limitación no se está protegiendo al sancionado, cuyo interés en el secreto no debe ser superior al interés público de la transparencia informativa, sino más bien defendiendo del conocimiento público actuaciones administrativas poco claras, sobre todo cuando son negligentes e indulgentes con los hechos investigados» (*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 158).

⁴⁵ *La Ley Orgánica 5/1992...*, ob. cit., pág. 11.

conforman su vida o entorno personal, aun cuando no pueda considerarse nuevo, se ha alterado sustancialmente como consecuencia del uso de las tecnologías de la información en general y de la informática en particular, pues revistiendo esa información de carácter personal la forma de «datos», éstos pueden ser susceptibles de procesamiento sin que la persona a que pertenecen tenga consciencia de ello, jugando a este respecto los procesos de «inferencia automática» un papel destacado.

De donde resulta un doble riesgo para la persona: i) la obtención irregular o ilícita de información (datos) sobre su persona o circunstancias personales y ii) el uso ilícito de la información obtenida o, aunque lícitamente obtenida, destinada a usos o fines distintos de los que justificaron su obtención.

3.3. Principios del tratamiento y de la protección de datos

La actividad consistente en el tratamiento automatizado de datos de carácter personal para ser incorporados a ficheros o bases de datos informatizados ha de estar presidida por la aplicación de los siguientes principios regulados por la LORTAD:

i) Principio de consentimiento

Se advierte de entrada la importancia del consentimiento del afectado como regla general para el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal no sólo tratándose del proceso de su recogida o captación, sino también en el de la cesión de los mismos, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 6.1 de la LORTAD, expresión del denominado principio de autodeterminación o autodisposición informativa⁴⁶, que consiste en el derecho a estar informado del tratamien-

⁴⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995 trata la información y acceso a los libros y registros de sentencias y resoluciones judiciales, distinguiendo entre los interesados y terceros que puedan hacer uso de la información sobre los datos que en el proceso figuran, sin el consentimiento de aquéllos, con ocasión de la solicitud de información y acceso a los libros y registros de sentencias y resoluciones judiciales por empresa dedicada a realizar informes a bancos y Entidades en relación a la morosidad o capacidad económica de sus clientes. La Sentencia declara que si bien «el interés que mueve a la empresa demandante se halla, lógicamente, en plena consonancia con su objeto social al principio enunciado, es decir, con la confección de una base de datos informatizada que permita poner a disposición, como actividad mercantil lucrativa (cuya licitud nadie discute) de Bancos y Entidades financieras aquéllos de carácter económico afectantes a partes intervinientes en

to de datos personales por el propio afectado y a otorgar el consentimiento en aquellas situaciones en que la Ley lo exija⁴⁷.

Sin embargo, la LORTAD no ofrece una definición de este particular consentimiento que, en cambio, sí encontramos en el artículo 2.h) de la Directiva 95/46/CE que define el «consentimiento del interesado» como «toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan».

procesos civiles, para que los destinatarios de la información conozcan las circunstancias de solvencia patrimonial de quienes pueden acudir a aquéllos en demanda de financiación de cualquier clase. Se trata, por tanto, de una actividad mediadora que no guarda conexión singular y concreta con procesos en particular ni con sentencias también concretas y determinadas, sino con la actividad procesal general practicada en los Juzgados Civiles en tanto en cuanto pueda revelar situaciones patrimoniales de las partes a los efectos indicados, por lo que no se cumple el condicionamiento a que aludíamos en el fundamento anterior. De otro lado, y es éste el aspecto más preponderante en la solución adoptada por los Órganos de Gobierno del Poder Judicial, no queda garantizado, con el modo de requerir el acceso al texto de las sentencias que pretende el «Grupo... SA», el respeto al derecho de intimidad personal y familiar de quienes figuran, como partes o en otro concepto, en los procesos finalizados con las sentencias, ni puede obtenerse el previo consentimiento de todos y cada uno de los eventualmente afectados por la salvaguarda de sus derechos fundamentales, lo que ampara la denegación de la información solicitada en el respeto a dichos derechos constitucionales, en cuanto tal, de preferente posición (art. 18.4 de la Constitución), y actualmente trasladada el caso al ámbito de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, en desarrollo del citado precepto constitucional, y cuyo preámbulo destaca que «el progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida», siendo igualmente destacable que el legislador perfila la privacidad como esfera más amplia y global que la intimidad, digna también de la adecuada protección. Pues bien, con arreglo a esta Ley no sería acogible la pretensión actora en el modo en que es formulada, pues conforme al principio de consentimiento y autodeterminación que informa dicha Ley Orgánica (cfr. su exposición de motivos, epígrafe 2, párrafo séptimo), el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal «requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa» (art. 6.1), excepcionándose tal consentimiento previo cuando dichos datos se recojan de fuentes accesibles al público (art. 6.2), principio este del consentimiento que se traslada al supuesto de la cesión de datos a terceras personas (art. 11.1) y que con referencia específica al caso de la «prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y créditos», luce en el artículo 28.1 de la Ley Orgánica de referencia, precepto este a cuyo tenor: «Quienes se dediquen a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar automatizadamente datos de carácter personal obtenidos de fuentes accesibles al público o procedentes de informaciones facilitadas por el afectado o con su consentimiento», siendo así que la obtención de datos por medio del acceso indiscriminado al texto de las sentencias que se pretende, no procede de una fuente accesible al público, pues la LOPJ no abre el derecho de información, que es diverso y más restringido que el de publicidad del proceso y de las actuaciones judiciales según antes razonamos, a todos los ciudadanos o al público en general, sino tan sólo a los interesados, en los términos antes expuestos, por lo que tampoco desde esta perspectiva del respeto a los derechos fundamentales de los intervinientes en los procesos sería atendible la exhibición requerida de los órganos jurisdiccionales».

⁴⁷ Vid. la Memoria 1995 de la Agencia de Protección de Datos, pág. 108.

El consentimiento del interesado opera, pues, con el carácter de autorización que remueve el obstáculo que, en su ausencia, impediría la válida constitución de la relación jurídica de disposición de los datos que le afectan⁴⁸. En efecto, la recogida de datos depende de la voluntad del titular de los mismos —de manera especial y fundamental tratándose de datos íntimos o sensibles, salvo que dicha entrega dependa de la voluntad de la ley, en cuyo caso nos encontraremos ante un deber jurídicamente exigible (v. gr. datos facilitados a la Hacienda Pública).

Ello no obstante, el apartado 2 del artículo 6 de la LORTAD dispone que no será preciso el consentimiento cuando:

- a) los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público;
- b) se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; y
- c) se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.

En consecuencia, cuando las partes —entiéndase, responsable del fichero y afectado— se vinculen en el marco del ejercicio de potestades públicas o por relaciones de carácter negocial, laboral, administrativo o contractual se presume la prestación del consentimiento del afectado por cuanto, se entiende, la concertación de tales relaciones jurídicas implica el previo consentimiento de las partes. Ahora bien, esta presunción no debe considerarse en términos absolutos, ilimitada en cuanto a la naturaleza de los datos que puedan recogerse, pues en todo caso operaría la regla contenida en el artículo 7 de la LORTAD, en virtud de la cual la recogida y tratamiento de los «datos especialmente protegidos» o «sensibles», en los términos que más adelante se explicitan, requiere el consentimiento expreso y por escrito del afectado, previa advertencia acerca de su derecho a no prestarlo.

ii) Principio de calidad o pertinencia de los datos

Sólo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento,

⁴⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, *El derecho de la persona física a disponer de los datos de carácter personal que le conciernen*, Revista Jurídica de Navarra, núm. 22, 1996, pág. 46.

cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido. En su clasificación sólo podrán utilizarse criterios que no se presten a prácticas ilícitas (art. 4 LORTAD)⁴⁹. Concretamente, el número 1 de este precepto dispone que «sólo se podrán recoger datos de carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido». Precepto, y principio que incorpora, que habrá de entenderse aplicable en toda obtención de datos, tanto si tiene lugar en el momento de la recogida, como si se produce en el curso de la secuencia del tratamiento, y si la recogida de los datos es directa o indirecta o si los datos proceden de fuentes accesibles al público⁵⁰.

iii) Principio de veracidad, correlativo de los de rectificación y cancelación

Implica la exactitud y puesta al día de los datos, de suerte que respondan con veracidad a la situación real del afectado. Por ello, en caso de inexactitud, total o parcial, o incomplitud de los datos de carácter personal registrados, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados (art. 4.2 LORTAD). El Convenio Europeo establece que los datos de carácter personal objeto de un tratamiento automatizado «serán exactos y si fuera necesario puestos al día» [art. 5.d)].

Por su parte, el artículo 15 de la LORTAD se refiere a los derechos de rectificación y cancelación en los siguientes términos: «2. Los datos de carácter personal que resulten inexactos o incompletos serán rectificados y cancelados en su caso. 3. Si los datos rectificados o cancelados

⁴⁹ Cfr. artículos 5 Convenio Europeo y 6 Directiva 95/46/CE.

⁵⁰ En este sentido se manifiesta HEREDERO HIGUERAS, no obstante calificar de «poco afortunada» la redacción del precepto en cuestión y ello en la medida en que éste parece distinguir varios momentos o fases (obtención, recogida y tratamiento) y sin embargo no indica una secuencia al respecto (*La Ley Orgánica 5/1992... ob. cit.*, pág. 83). Sobre el carácter de fuentes accesibles al público de los ficheros de colegiados de los Colegios Profesionales véase la Memoria 1995 de la Agencia de Protección de Datos, págs. 126-128, que distingue entre datos básicos del fichero de colegiados y los demás ficheros automatizados de datos personales, no debiendo considerarse a estos últimos fuentes accesibles al público. En cambio, en relación con el primero, se consideran fuentes accesibles al público los datos publicados en forma de listas de personas que incluyan nombres, títulos, profesión, actividad, grados académicos, dirección e indicación de su pertenencia al grupo (cfr. artículo 1 del Real Decreto 1332/94).

lados hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada al cesionario. 4. La cancelación no procederá cuando pudiese causar un perjuicio a intereses legítimos del afectado o de terceros o cuando existiese una obligación de conservar los datos»⁵¹.

La LRICM aborda esta materia regulando un procedimiento de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (arts. 21 a 26), que tiene como notas más destacadas las siguientes: a) la fijación de plazos breves para su materialización (quince días en el caso del derecho de acceso y un mes en el resto); b) la articulación de una única forma para su terminación expresa mediante certificación de si existen o no datos y de cuáles en su caso; y c) el establecimiento de una tasa disuasoria del ejercicio abusivo e injustificado del derecho de acceso.

Como alternativa a la cancelación se presenta el *bloqueo de datos*, definido por el artículo 1.1 del Real Decreto 1332/94 como «la identificación y reserva de datos con el fin de impedir su tratamiento», regulándose su uso por el artículo 16. A destacar que el bloqueo no se configura en la norma como un derecho del afectado⁵², sino como una obligación del responsable del fichero en aquellos casos en que «siendo procedente la cancelación, no sea posible su extinción física, tanto por razones técnicas como pro causa del procedimiento o soporte utilizado». Ello no obstante, no procederá el bloqueo y sí la cancelación mediante destrucción física del soporte en que figuren en el supuesto de datos recogidos o registrados mediante medios fraudulentos, desleales o ilícitos (art. 16.19).

Finalmente, el artículo 10 de la LRICM se refiere a la *destrucción de datos*, disponiendo en este sentido que de ésta, realizada conforme a la normativa de seguridad, solamente podrán ser excluidos «aquellos que, en atención a su necesidad para el desarrollo de la función estadística pública, sean previamente sometidos a un procedimiento de disociación o aquellos otros cuya conservación, en atención a su valor histórico y previos los informes de la Consejería de Educación y Cul-

⁵¹ El artículo 21 LORTAD regula las excepciones, entre otros, a los derechos de rectificación y cancelación, actuando como límite el riesgo para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando, singularmente las relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

⁵² Lo destaca HEREDERO HIGUERAS, *La Ley Orgánica 5/1992... ob. cit.*, págs. 132-133.

tura y de la Agencia de protección de Datos de la Comunidad de Madrid, sea expresamente autorizada por el Consejo de Gobierno».

iv) Principio de *legalidad*

Prohíbe la recogida de datos por «medios fraudulentos, desleales o ilícitos», en términos del artículo 4.7 LORTAD. El artículo 5.a) del Convenio obliga a la obtención y al tratamiento de datos «leal y legítimamente»; por su parte, el artículo 6.1.a) de la Directiva 95/46/CE expresa que los datos sean «tratados de manera leal y lícita»⁵³.

Este principio tiene su correlato en el *derecho de información* regulado por el artículo 5 de la LORTAD, según el cual: «1. Los afectados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación. e) De la identidad y dirección del responsable del fichero. 2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior. 3. No será necesaria la información a que se refiere el apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban»⁵⁴.

Por su parte, el artículo 13 de la LORTAD⁵⁵ establece lo que puede denominarse un «derecho de acceso en sentido amplio»⁵⁶, cumpliendo así la previsión contenida en el artículo 8.a) del Convenio Europeo, según el cual cualquier persona deberá poder «conocer la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, sus finali-

⁵³ Recordemos que en la LORTAD el término «recogida» se incluye en el concepto legal de «tratamiento de datos» [art. 3.e)]. La razón de que el artículo 5 LORTAD contemple la «recogida» diferenciadamente del «tratamiento» obedece al carácter de «fase crítica» que concurre en la primera y así, si el afectado debidamente informado de la existencia de un fichero y de uno o varios tratamientos, deniega el consentimiento para las sucesivas operaciones, sus datos no serán recogidos ni objeto de tratamiento (vid. HEREDERO HIGUERAS, *ob. cit.*, pág. 92).

⁵⁴ Cfr. artículos 8 Convenio Europeo y 21 LRICM.

⁵⁵ En términos análogos se expresa el artículo 23 LRICM.

⁵⁶ HEREDERO HIGUERAS, *ob. cit.*, pág. 126.

dades principales, así como la identidad y la residencia habitual o el establecimiento principal de la autoridad controladora del fichero». El precepto de la norma española se expresa en los siguientes términos: «Cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del fichero. El Registro General será de consulta pública y gratuita», que se complementa con las disposiciones contenidas en los artículos 18.2, 25.1, 26, 28, 29 y 30.

No obstante, el artículo 22.1 de la LORTAD establece una excepción al derecho de información que corresponde a todo afectado cuando dispone que «lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la Seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas»⁵⁷.

v) Principio de *unicidad o de finalidad*

Exige que los datos personales no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos (art. 4.2 LORTAD)⁵⁸. En este sentido, el artículo 5.b) del Convenio establece que los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado «se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalida-

⁵⁷ En relación con el artículo 22 se han interpuesto por el Defensor del Pueblo y por 50 Diputados del Partido Popular los recursos de inconstitucionalidad 201/93 y 236/93, respectivamente. En esencia, se alega que la expresión «funciones de verificación y control» cubre la totalidad de la actividad administrativa, lo que supone una habilitación implícita a la Administración para denegar el derecho a informar siempre que se considere que el ejercicio de éste puede impedir o dificultar gravemente su acción.

⁵⁸ HEREDERO HIGUERAS lo considera «principio básico» de la protección de datos pues los demás están en función de éste (*ob. cit.*, pág. 85). Se advierte la importancia que tienen los ficheros del sector sanitario habida cuenta la incidencia en la vida de los ciudadanos, por su número y práctica habitual así como por tener como objetivo esencial datos especialmente protegidos. En este punto, se constata que ciertos datos de salud se prestan a una utilización con propósitos diferentes a los que motivaron su recogida, con motivos que van desde la publicidad directa hasta la clasificación de riesgo para la emisión de pólizas de seguros o el pago mismo de una indemnización derivada de éstas (Vid. *Memoria 1996*, de la Agencia de Protección de Datos, págs. 95-96).

des»⁵⁹. En similares términos se expresa el artículo 6.1.b) de la Directiva 95/46/CE⁶⁰, que enumera los supuestos en los que es posible el uso de los datos para otras finalidades sin por ello vulnerar este principio: v. gr. fines históricos, estadísticos o científicos.

vi) Principio de *caducidad*

Implica la conservación limitada de los datos, o sea, la cancelación de los datos de carácter personal cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados y registrados (art. 4.5 LORTAD). El artículo 5.e) del Convenio y el artículo 6.1.e) de la Directiva coinciden prácticamente al señalar que los datos se conservarán en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente.

vii) Principio de *seguridad*

Exige del responsable del fichero la adopción de cuantas medidas de índole técnica y organizativa sean necesarias para garantizar la seguridad de los datos y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, etc. Así, es obligatorio no conservarlos en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados. En cambio, será preciso almacenarlos de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del afectado (art. 9 LORTAD)⁶¹. Por su parte, el artículo 7 del Convenio obliga a adoptar cuantas medidas de seguridad resulten apropiadas

⁵⁹ El Tribunal Constitucional, en su reciente Auto de la Sala Primera de 13 de enero de 1998, estima el recurso de amparo interpuesto por un trabajador de RENFE a quien se le descontó las retribuciones correspondientes a su nómina de mayo, pese a no haber secundado las jornadas de huelga convocadas en abril de 1994 por CC.OO. y CGT, práctica esta que afectó a la mayoría de los empleados afiliados a CC.OO. El Auto confirma la sentencia del Juzgado de los Social núm. 25 de Madrid, que condenó a RENFE a indemnizar al trabajador con 100.000 ptas. por lesión de su derecho de libertad sindical. En efecto, se razona que el dato de la afiliación, cedido sólo para que la empresa retuviera del sueldo la cuota sindical y la transfiriera al sindicato, fue objeto de tratamiento automatizado y se usó la correspondiente clave informática para un propósito radicalmente distinto: retener la parte proporcional del salario relativo al período de huelga.

⁶⁰ Anotar que la LORTAD habla de «fines distintos», en tanto el Convenio y la Directiva emplean la fórmula «fines incompatibles».

⁶¹ Cfr. artículo 17 Directiva 95/46/CE.

«contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados»⁶².

Como hemos visto precedentemente, el artículo 8 del Real Decreto 263/1996 se refiere al almacenamiento de documentos utilizados en las actuaciones administrativas, que podrá realizarse por medios o en soportes electrónicos, informáticos y telemáticos que deberán contar con *medidas de seguridad* que garanticen la INTEGRIDAD, AUTENTICIDAD, CALIDAD, PROTECCIÓN y CONSERVACIÓN de los documentos, respecto de cuya *accesibilidad* se deberán adoptar las correspondientes medidas de *control* e identificación de los potenciales usuarios.

Se trata de esta manera de establecer el marco jurídico regulador del funcionamiento y del procedimiento de acceso a las bases de datos existentes en la Administración a fin de conseguir una doble finalidad:

- de una parte, garantizar el funcionamiento interno de la propia base de datos en cuanto a su relación de servicio con los ciudadanos, y
- otra parte, asegurar la necesaria preservación de las condiciones que garanticen la efectiva igualdad de acceso y, al tiempo, proteger la accesibilidad a datos de carácter personal.

La LORTAD regula la seguridad de los sistemas de información con particular incapié en el apartado relativo a la integridad de los datos recogidos introduciendo, frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad pueden suponer la recogida y tratamiento de datos personales por medios informáticos, un elenco de garantías relativas a la seguridad y protección de los datos ya almacenados. Así, el artículo 4 de la LORTAD ya citado, al establecer el principio de la calidad de los datos, enuncia los criterios esenciales de todo sistema de tratamiento de datos: integridad, confidencialidad y disponibilidad⁶³.

Por su parte, el artículo 9, bajo el epígrafe «seguridad de los datos» dispone que «el responsable del fichero deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tra-

⁶² Vid. sobre el tema DEL PESO NAVARRO, Emilio, *La Seguridad de la Información*, y RAMOS, Miguel Ángel, *Auditoría de la seguridad*, ambos trabajos publicados en el número 26 de «Actualidad Informática Aranzadi», enero de 1998.

⁶³ Vid. CUEVA CALABIA, J. L., *La LORTAD y la seguridad de los sistemas automatizados de datos personales*, Actualidad Informática Aranzadi, núm. 13, octubre 1994, págs. 7 y 8.

tamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural». Tales garantías, en la medida en que afectan al régimen de custodia de los datos en sí, se califican como materiales, completándose con otras de naturaleza personal, deducibles del tenor literal del artículo 9 cuando alude a «la seguridad de (...) las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos».

Y reforzando las garantías establecidas en la LORTAD en relación con estas medidas de seguridad respecto de los interesados, el párrafo segundo del artículo 13 de la LRICM dispone que «los titulares de datos personales contenidos en ficheros automatizados podrán solicitar del responsable de fichero la certificación de que los sistemas de tratamiento están sujetos a las condiciones de seguridad reglamentariamente establecidas». Seguidamente el precepto prevé que tanto si la certificación se expide en sentido negativo como si transcurre el plazo que reglamentariamente se establezca para su expedición sin haber recaído acto expreso, «los interesados podrán instar de la Agencia de Protección de Datos el bloqueo de los ficheros hasta tanto sean adoptadas las medidas de seguridad», medidas estas que como se indica en el párrafo primero del precepto de referencia estarán encaminadas a «preservar la confidencialidad, integridad y uso legítimo de los datos».

En este orden de cosas, sin duda que la *Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 17 de enero de 1996*, sobre control de accesos al sistema informático de la Seguridad Social constituye un buen ejemplo a seguir a la hora de establecer los criterios o principios para el control del acceso a las bases de datos de carácter nominativo configuradas como «sistemas de información». Teniendo en cuenta lo establecido en esta norma, así como lo dispuesto en la *Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de julio de 1982* sobre limitación de acceso a la información contenida en las bases de datos fiscales, dichos criterios serían básicamente los siguientes: fines u objetivos del sistema de información, administración del sistema de seguridad, régimen de las autorizaciones para el acceso a la documentación contenida en la base de datos y régimen de utilización de la información obtenida de la base de datos.

1) Fines u objetivos del sistema de información:

a) *Confidencialidad*, esto es, el aseguramiento de la disponibilidad de la información solamente para aquellos usuarios que estén debidamente autorizados para acceder a la misma y que se utiliza exclusivamente por aquéllos para sus cometidos concretos de gestión, en la forma, tiempo y condiciones determinados en la autorización respectiva.

b) *Integridad*, garantizando que únicamente los usuarios autorizados, y en la forma y con los límites de la autorización, puedan crear, utilizar, modificar o suprimir la información.

c) *Disponibilidad*, de forma que los usuarios autorizados tengan acceso a la información en la forma y cuando lo requieran para los exclusivos cometidos de la gestión encomendada.

2) Administración del sistema de seguridad.

La administración corresponderá al órgano o a la entidad encargada y responsable del diseño, construcción y mantenimiento del sistema informático de confidencialidad para el seguimiento y control de los accesos a la información disponible. La administración del sistema comprende:

a) La distribución de las aplicaciones entre otros órganos o entidades vinculadas directamente con el sistema de información, de acuerdo con la responsabilidad funcional de cada una de ellas y conforme a las directrices impartidas por el Centro directivo correspondiente, manteniendo el inventario de las transacciones implementadas.

b) La administración de los perfiles asignados a los distintos usuarios de acuerdo con su respectivo ámbito funcional.

3) Régimen de las autorizaciones para acceder a la información contenida en la base de datos.

— Corresponderá al órgano o a la entidad encargada y responsable del diseño, construcción y mantenimiento del sistema informático de confidencialidad la *autorización inicial de acceso* a cada aplicación a los Administradores de categoría máxima responsables de cada órgano o entidad (Director General o equivalente) quienes podrán designar un suplente a tales efectos.

— Los Administradores máximos podrán *delegar la asignación de nuevas autorizaciones* de acceso y estos Administradores podrán autorizar accesos y transacciones en usuarios de jerarquía inferior, hasta un máximo de cuatro niveles de autorizaciones, concretando las aplicaciones a cuyo acceso se extiende la autorización. Los Administradores del primer nivel podrán, a su vez, designar un suplente que les sustituya a los efectos previstos en este número. Cada uno de los Administradores citados se responsabilizará de la asignación de los perfiles de autorización a cada usuario, que deberán corresponderse con las necesidades concretas de gestión, y vigilará la correcta utilización de las autorizaciones concedidas. También corresponde a estos Administradores de categoría máxima la *titularidad* de los datos disponibles en los *ficheros automatizados*, serán responsables de su utilización, en lo que respecta a la gestión que cada uno de ellos tiene encomendada, conforme a lo previsto en el apartado d), artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre.

— El acceso a las Bases de Datos y las correspondientes transacciones exigirán que en el *usuario* se den las circunstancias acumuladas que se derivan de la aplicación de los criterios de función, funcionario y perfil. A tales efectos:

a) El *segmento función* identificará una Dependencia o conjunto de actividades administrativas perfectamente identificadas y su misión será agrupar a todos los funcionarios que tengan acceso al sistema y estén adscritos a esa Dependencia o conjunto de actividades, así como aquellos otros que por razón de su cargo deban estarlo.

b) El *segmento funcionario* contendrá la información identificativa de cada funcionario asociado a una función.

c) El *segmento perfil* contendrá la relación de transacciones que pueden realizar los funcionarios a los que se asigne ese perfil de trabajo. En tal sentido:

c.1) Se asignará a cada usuario el perfil de las posibilidades de acciones que puede realizar, que estará restringido al ámbito exclusivo y concreto de sus funciones como gestor del sistema.

c.2) Todos los usuarios autorizados a acceder al sistema deberán quedar identificados y autenticados, de forma que en todo momento pueda conocerse el usuario y los motivos por los que se accedió a la correspondiente información contenida en el sistema.

4) Régimen de utilización de la información obtenida de la base de datos.

— El acceso a la información contenida en la base de datos será de *uso exclusivamente reservado* para el cumplimiento de los fines que el ordenamiento jurídico encomienda al organismo o entidad competente, es decir, el acceso deberá estar relacionado con un objetivo concreto de gestión encomendado al usuario, y siempre que el mismo haya sido previamente autorizado para la realización de la correspondiente transacción.

— A tal efecto, cada usuario será responsable de todos los accesos que se realicen mediante el uso de su *contraseña personal* y del *código de acceso* (único para cada usuario o Administrador) que se le haya facilitado como medio de autorización, para lo cual deberá mantener la custodia y secreto de la mencionada contraseña, así como *vigilar*, mediante el sistema de auditoría que se establezca, posibles usos ajenos denunciando cualquier transgresión⁶⁴.

— Con periodicidad al menos mensual se efectuarán *auditorías* de las operaciones realizadas por cada usuario.

Precisamente, serán los Administradores de categoría máxima quienes, a través de la auditoría del sistema, *vigilarán el estricto uso de las autorizaciones de acceso* que se hayan otorgado y adoptarán, en su caso, las medidas correctoras que estimen oportunas, exigiendo las responsabilidades pertinentes en cada caso. También con una periodicidad no superior a un mes se procederá a la revisión y al análisis de los rastros de auditoría proporcionados por el sistema, a fin de verificar la utilización correcta de la información y garantizar la pronta detección del uso indebido de los datos contenidos en la misma.

— En el supuesto de *incumplimiento del régimen de acceso o utilización* de la base de datos y, en concreto, el acceso a la información contenida en aquella por un usuario no autorizado, la realización de transacciones informáticas que no estén relacionadas con un objetivo concreto de gestión, la asignación de perfiles de utilización a otras personas para el uso de transacciones no necesarias para la gestión

⁶⁴ El control del acceso a los denominados «espacios virtuales», como los bancos de datos, encuentra en la actualidad, mediante la aplicación de las tecnologías digitales, fórmulas revolucionarias como la *biometría*: utilización de programas de reconocimiento del rostro (v. gr. el utilizado en Texas por la empresa «Mr. Pyroll», que garantiza la seguridad del pago con cheques bancarios); o de medición —geometría— de la mano (v. gr. el programa Fastgate, que utiliza el aeropuerto internacional de Bermudas) («El País», viernes 23 de enero de 1998).

que tienen encomendada, o la revelación o falta de diligencia en la custodia y secreto de su contraseña de acceso darán lugar a la exigencia de las responsabilidades administrativas o de otra naturaleza en que se hubiese podido incurrir y, en concreto, la establecida en el Título VII de la LORTAD⁶⁵.

En el supuesto de que las actuaciones señaladas hubiesen sido cometidas por un funcionario público, las mismas podrán dar lugar a la incoación del oportuno expediente disciplinario a tenor de lo previsto en el apartado f), letra i) del artículo 7 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 33/1986, de 10 de enero⁶⁶. De igual modo, las conductas señaladas darán lugar a la supresión de la autorización previamente concedida.

Finalmente, los aspectos que requerirán un desarrollo normativo esoeefíco:

- a) Principios y normas técnicas de acceso y utilización de la información contenida en las Bases de Datos Fiscales.
- b) Normas técnicas de utilización del sistema conforme a los programas de seguridad desarrollados por el Centro de proceso de Datos.
- c) Principio de jerarquía y limitaciones al mismo en el acceso y utilización de la información.
- d) Catálogo de autorizaciones e instrucciones operativas.
- e) Normas sobre sustituciones.
- f) Normas sobre utilización de los documentos de salida de las impresoras e identificación de las personas que los han obtenido.
- g) Normas sobre seguridad física del sistema y acceso a locales con equipos informáticos y utilización de dispositivos de impresión de la información.

viii) Principio de secreto

Las autoridades y funcionarios que tengan conocimiento de estos datos por razón de su función deben guardar estricto sigilo⁶⁷. Dicho

⁶⁵ Como se ha indicado anteriormente, la LRICM, en el ámbito de las responsabilidades, y sin menoscabo de las que le incumben al responsable del fichero, vincula en la protección de los datos personales tanto a los administradores de sistemas de tratamiento automatizado como a los usuarios de los mismos (arts. 17 y 18).

⁶⁶ Vid. artículo 20 de la LRICM.

⁶⁷ De conformidad con lo prevenido en el artículo 113.2 de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, las autoridades o funcionarios públicos que por razón de su cargo o función tuviesen conocimiento de esta clase de datos o infor-

en otros términos, la confidencialidad debe presidir todas las operaciones relacionadas con el tratamiento automatizado de datos personales. Dispone el artículo 10 LORTAD que «el responsable del fichero automatizado y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo»⁶⁸. Se trata, en definitiva, de respetar la confidencialidad de los datos.

En este orden de cosas, la particular sensibilidad de los datos que integran los historiales clínicos encuentra un marco legal de protección en el artículo 85.5 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, dispone que «los trámites a que sean sometidas las recetas y órdenes médicas y especialmente en su tratamiento informático, respetarán lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad», añadiendo el artículo 98 que «la información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud es de dominio público salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria y de los datos comerciales de empresas individualizadas, así como el secreto estadístico. Su gestión corresponden a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial y al Estado en la información agregada del conjunto del Sistema Nacional de Salud». Por su parte, el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece el catálogo de derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias y, en particular, «al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical» (apartado 1.º); «a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público» (apartado 3.º)⁶⁹.

maciones, están obligados a guardar sigilo riguroso y observar estricto secreto respecto de los mismos.

⁶⁸ Crítica HERREÑO HIGUERAS la redacción final del precepto en relación con el texto del proyecto legal porque «al añadir un nuevo "personaje" al conjunto de los sujetos del uso de los datos, ha creado confusión, ya que el "titular" del fichero es un concepto que sólo aparece en este artículo y en el 23 —"persona, empresa o entidad titular"— pero que la ley no lo define ni le atribuye un status concreto, diferenciado del del responsable del fichero» (*La Ley Orgánica 5/1992...*, *ob. cit.*, pág. 116).

⁶⁹ En relación con estas cuestiones, en el Curso celebrado entre los días 10 al 14 de agosto de 1998, en San Lorenzo de El Escorial, bajo el elocuente título de «Intimidad y asedio in-

El artículo 19 de la LRICM atribuye el deber de secreto profesional sobre los datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado tanto al responsable del fichero como a los administradores y usuarios que tengan conocimiento de dichos datos.

3.4. Cesión de datos

3.4.1. Recogida de datos

La LORTAD se refiere a las «cesiones de datos» como una de las operaciones y técnicas que integran el tratamiento de datos [art. 3.c)]. En una primera aproximación la cesión de datos, en cuanto operación de resultado⁷⁰, supone la obtención de esos mismos datos y es evidente que, en un sentido amplio, puede entenderse que dicha obtención/cesión es la resultante de la comunicación de dichos datos hecha por el mismo afectado o persona concernida. Nos encontraríamos de este modo ante la recogida/obtención de datos de carácter personal como «situación germinal», en expresión de GONZÁLEZ NAVARRO⁷¹, esto es, aquella que da lugar a la aparición a la vida jurídica de la relación jurídica de disposición de datos de carácter personal.

Se distinguen dos formas de recogida de datos: i) la recogida directa, es decir, aquella en que los datos se obtienen recabándolos directamente de la persona afectada o concernida a través de modalidades tales como las preguntas al interesado, los cuestionarios, el interrogatorio, etc., y ii) la recogida indirecta, cuando la obtención de dichos datos proviene de terceros fundamentalmente, o bien a partir de datos o hechos que revelan otros datos o hechos⁷².

Ahora bien, es patente la necesidad de la información al propio afectado en esta fase del tratamiento de datos personales y ello se explica, entre otras cosas, porque la excepción del apartado 3 del artículo

formático», el Magistrado del Tribunal Supremo RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS y el Fiscal-Jefe de la Audiencia Provincial de Sevilla ALFREDO FLORES, coincidieron en señalar que los historiales clínicos son propiedad del paciente y los hospitales sólo pueden utilizar sus datos para investigaciones u otros fines con el consentimiento expreso del enfermo, apuntándose en este orden de cosas que la elaboración de registros sanitarios con determinados datos de la persona podría ser inconstitucional (referencia tomada del «Diario de Noticias» de LA LEY, núm. 106, 18 de septiembre de 1998, pág. 5).

⁷⁰ HEREDERO HIGUERAS, *ob. cit.*, pág. 75.

⁷¹ *El derecho de la persona física...*, *ob. cit.*, págs. 45 y 34. Señala el autor que la estructura dinámica de las relaciones jurídicas viene determinada por diversas etapas o situaciones, a saber: situaciones germinales, de desarrollo (de normalidad, de modificación y de crisis) y terminales.

⁷² HEREDERO HIGUERAS, *La Ley Orgánica 5/1992...*, *ob. cit.*, pág. 95.

5 de la LORTAD, que exime del deber de facilitar esta información cuando el contenido se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban, ha de interpretarse de modo notablemente restrictivo, ya que un consentimiento consciente e informado por parte del afectado, según la expresión de la Exposición de Motivos de la Ley, se gesta precisamente en el momento de la recogida de datos⁷³.

Concretamente, el artículo 5 de la LORTAD regula este derecho de información en la recogida de datos en los siguientes términos, ya expuestos: «1. Los afectados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación. e) De la identidad y dirección del responsable del fichero. 2. Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible, las advertencias a que se refiere el apartado anterior. 3. No será necesaria la información a que se refiere el apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban».

Derecho éste de información al interesado que también se reconoce en los artículos 10 y 11 de la Directiva 95/46/CE cuando se refieren a dicha obligación de información del interesado, tanto en caso de obtención de datos recabados del propio interesado como cuando los datos no han sido recabados de éste. En el primer supuesto, el responsable del tratamiento o su representante deberán comunicar a la persona de quien se recaben los datos que le conciernen fundamentalmente i) la identidad del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante, y ii) los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos. La misma información se habrá de facilitar en el segundo supuesto, en este caso desde el momento del registro de los datos o, en caso de que se piense comunicar datos a un tercero, a más tardar, en el momento de la primera comunicación de datos.

⁷³ Memoria 1995, Agencia de Protección de Datos, pág. 108.

Esta materia se regula también en el artículo 5 de la LRICM, cuyo contenido es similar a su equivalente de la LORTAD antes transcrito, si bien reforzando estos deberes de información, tanto en la perspectiva de la causa de la cesión de datos (si ésta tiene carácter obligatorio, facultativo o constituye una carga), como en las posibilidades de defensa del ciudadano ante la imposibilidad de negarse a facilitar datos (si la cesión constituye una obligación o una carga, los ciudadanos pueden alegar lo que estimen oportuno en relación a la pertinencia de los datos solicitados), o en la perspectiva de la transmisión de la información al interesado (la exposición en las oficinas públicas donde se proceda a la recogida de datos personales, de forma visible y clara, de advertencia expresiva de las obligaciones de información de la Administración frente al ciudadano; y si la recogida se realiza mediante cuestionarios o impresos, éstos deben contener también de manera visible y clara los derechos que asisten a los ciudadanos al respecto)⁷⁴.

3.4.2. Cesión de datos propiamente dicha

Es, precisamente, en este segundo caso cuando podemos hablar de «cesión de datos» propiamente dicha, en los términos expresados por el artículo 1 del Real Decreto 1332/94, de 20 de junio, cuando define la cesión de datos como «toda obtención de datos de carácter personal resultante de la consulta de un fichero, la publicación de los datos contenidos en el fichero, su interconexión con otros ficheros y la comunicación de los datos realizada por toda persona distinta de la afectada»⁷⁵.

El artículo 3.c) de la LORTAD incluye dentro del concepto legal de tratamiento «las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias». La ambigüedad de esta formulación es patente, en opinión de HEREDERO HIGUERAS⁷⁶: la mera visualización en pantalla (consulta) habría de entenderse en principio dentro de este concepto. Por ello, como señalábamos anteriormente, la cesión debe entenderse como «resultado», es decir, con-

⁷⁴ La Disposición Adicional de la LRICM dispone que en un plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley se procederá a las adaptaciones de las oficinas públicas e impresos para el cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 5 en lo referente a la información a exponer en oficinas públicas y en impresos o cuestionarios.

⁷⁵ Repárese que el artículo 3.c), *in fine*, de la LORTAD señala que las cesiones de datos resultan de «comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias».

⁷⁶ *La Ley Orgánica 5/1992... ob. cit.*, pág. 75.

siste en la obtención de datos a resultas de las operaciones con datos (comunicación de datos realizada por distinta del afectado, consulta del fichero, interconexión del fichero con otros ficheros...) para producir un nuevo almacenamiento en un fichero distinto.⁷⁷

En particular, la cesión de datos entre las Administraciones Públicas se inscribe en el marco del *principio de cooperación* que la LRJPAC proclama como principio general de las relaciones entre las Administraciones Públicas, amén de sujetar su actuación a los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos (art. 3.2)⁷⁷. Este principio se descompone a su vez en una serie de principios o reglas enunciadas en el artículo 4.1 de dicho texto legal, entre los que se encuentra el deber de «facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias» (apartado c). El deber de información recíproca se inscribe también en el marco del principio de coordinación de competencias entre órganos administrativos (art. 18 LRJPAC).

Para el cumplimiento de la reseñada obligación el número 2 del precepto de referencia faculta a las Administraciones Públicas para «solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud». Se hace así referencia implícita al auxilio administrativo —paralelo al auxilio judicial en la esfera de la Administración de Justicia⁷⁸— que ha de presidir las relaciones interadministrativas, expresando de esta manera una fórmula cooperativa que coadyuva al mejor ejercicio de las competencias respectivas y, en este sentido, no hay que olvidar que la cooperación se erige en factor integrativo y simplificador de la organización administrativa⁷⁹. El principio en cuestión es el correlato legislativo del principio constitucional de la eficacia en la actuación administrativa (art. 103.1 CE).

La regulación general de esta materia se contempla en el artículo 11 de la LORTAD, a cuyo tenor «los datos de carácter personal ob-

⁷⁷ Sobre este principio puede verse, en general, MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Ed. Civitas, Madrid, tomo I, págs. 218 y ss., así como el número 240 de la Revista de Documentación Administrativa (octubre-diciembre 1994), monográfico, que lleva por título *Administración y Constitución: el principio de cooperación*.

⁷⁸ Cfr. artículos 284 LEC y 273 LOPJ.

⁷⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Ed. Civitas, Madrid, págs. 214-216. Añaden más adelante los autores que «lo que la LRJPA llama deber de asistencia puede englobar perfectamente el llamado deber de información [art. 1, letra c)], la asistencia en sentido estricto [art. 4.1, letra d)], y el auxilio en la ejecución de sus actos (art. 4.4)» (pág. 222).

jeto del tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado». Dos son los requisitos o condiciones que establece este precepto⁸⁰:

i) En primer lugar, la cesión exige el consentimiento del afectado⁸¹, regla ésta que admite las siguientes excepciones⁸²:

— Aplicables a cualquier fichero:

- Cuando una Ley prevea otra cosa.
- Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público.
- Cuando el establecimiento del fichero automatizado responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho fichero con ficheros de terceros. En este caso la cesión sólo será legítima en cuanto se limite a la finalidad que la justifique.

— Justificadas por el fin legítimo del fichero cesionario:

- Cuando la cesión que deba efectuarse tenga por destinatario el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas.
- Cuando la cesión se produzca entre las Administraciones Públicas en los supuestos previstos en el artículo 19.

— Justificadas por la finalidad de la cesión misma:

- Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero automatizado o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁸⁰ Cfr. artículo 8 de la LRICM.

⁸¹ Sobre la legalidad de las fórmulas de petición del consentimiento previo para la cesión de datos por parte de las entidades bancarias, en relación con lo dispuesto por el artículo 11 de la LORTAD, véase la *Memoria 1995* de la Agencia de Protección de Datos, págs. 110 y ss.

⁸² Seguimos la clasificación propuesta por GONZÁLEZ NAVARRO, *El derecho de la persona física...*, ob. cit., pág. 49.

El consentimiento, además, ha de recaer sobre un cesionario determinado o determinable, y constar con claridad la finalidad de la cesión que se consiente, pues en caso contrario será nulo. Tiene también un carácter de revocable (art. 11.3 y 4)⁸³.

ii) En segundo lugar, la cesión ha de tener un fin legitimador, que no es otro que el de servir al «cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario».

Ello no obstante, el apartado 6 del artículo 11 dispone la inaplicabilidad de lo establecido en los apartados anteriores «si la cesión se efectúa previo procedimiento de disociación», definiéndose éste en el artículo 3.f) como «todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona determinada o determinable». Se trata, en definitiva, de convertir un dato en anónimo, en eliminar la conexión entre el dato y la persona, en «despersonalizar» el dato⁸⁴.

Por su parte, el artículo 19 de la LORTAD dispone que los datos de carácter personal objeto del tratamiento automatizado sólo podrán ser cedidos para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del afectado⁸⁵. En concreto, dispone este precepto lo siguiente: «1. Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán cedidos a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la cesión hubiese sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso. 2. Podrán, en todo

⁸³ Vid. artículos 8.5 y 7 LRICM.

⁸⁴ HEREDERO FIGUEROA, ob. cit., pág. 77.

⁸⁵ También este precepto ha sido objeto de los recursos de inconstitucionalidad números 201/93 y 236/93 interpuestos, como ya sabemos, por el Defensor del Pueblo y por 50 Diputados del Partido Popular, respectivamente. El primero por la razón de permitir la cesión entre órganos y unidades de una misma Administración y haberse eliminado el consentimiento del afectado como condición para aquélla. El segundo, porque entiende vulnera el artículo 53.1 de la Constitución en cuanto la cesión de datos sin consentimiento representa un límite al derecho de intimidad que el propio precepto impugnado autoriza sea impuesto por disposiciones reglamentarias. Comentando estos recursos, subraya GAY FUENTES esta posibilidad de que cualquier disposición administrativa legitime la cesión de datos de una Administración a otra, sin exigirse para ello una norma habilitante con rango de ley; reserva formal de ley que sí se recoge, en cambio, en el artículo 11.2.a) de la misma ley al establecer que no será necesario el consentimiento del afectado para la cesión de datos de carácter personal «cuando una ley prevea otra cosa» (*Intimidad y tratamiento de datos...*, ob. cit., pág. 98).

caso, ser objeto de cesión los datos de carácter personal que una Administración Pública obtenga o elabore con destino a otra. 3. No obstante lo establecido en el artículo 11.2.b) la cesión de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una Ley prevea otra cosa»⁸⁶.

Los supuestos que contempla el precepto transcrito son los siguientes⁸⁷: 1.º) cesión de datos para el ejercicio de las mismas competencias y sobre las mismas materias; 2.º) cesión de datos para el ejercicio de competencias, iguales o diferentes, que versen sobre materias distintas, y 3.º) cesión de los datos que una Administración obtenga o elabore con destino a otra Administración Pública. En los dos primeros casos, la cesión está prohibida salvo que la disposición creadora del fichero —en los términos del artículo 18.2.e)— prevea la cesión de que se trate, previsión ésta que no es necesaria en el tercer caso.

A este respecto, la norma establece condiciones —que se superponen por lo demás a los derechos del afectado sobre calidad de los datos, seguridad y secreto— para que dicha cesión tenga lugar sin mediar el referido consentimiento, a saber: que la información sea necesaria para el ejercicio por las Administraciones de «funciones propias» que figuren «en el ámbito de sus competencias». En consecuencia, debe existir una identidad competencial y material, de lo contrario la cesión no puede producirse⁸⁸.

En cualquier caso, como se indicaba anteriormente al referirnos al principio del consentimiento, es el juego del derecho a la intimidad el que impone limitaciones a este deber de información y, en definitiva, de asistencia y auxilio entre las Administraciones⁸⁹. En efecto, recordemos que el artículo 7 de la LORTAD referido a los datos especialmente protegidos exige el consentimiento expreso y por escrito del afectado para declarar sobre los mismos⁹⁰.

En cualquier caso, debe exigirse a las disposiciones generales reguladoras de los ficheros públicos rigor y precisión en orden a la determinación de aquellas cesiones que se establezcan, así como la de-

⁸⁶ Vid. artículo 8.3 LRICM.

⁸⁷ Siguiendo a HEREDERO HIGUERAS, *ob. cit.*, pág. 155.

⁸⁸ Vid. LUCAS MURILLO DE LA CUBA, P., *Informática y protección de datos personales*, *ob. cit.*, págs. 97-98.

⁸⁹ Vid. GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos...*, *ob. cit.*, págs. 43-46.

⁹⁰ Vid. artículo 8.8 LRICM.

finición puntual de las finalidades que legitiman la cesión pues sólo así es posible un control eficaz sobre la identidad material de competencias entre cedente y cesionario⁹¹.

Algunos ejemplos en los que se contemplan estas cesiones de datos son los siguientes:

A) *Ámbito de la Hacienda Pública*

El artículo 111.1 de la Ley General Tributaria, en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, establece que «Toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas». Más concretamente, el apartado 4 de este mismo precepto dispone que «los funcionarios públicos (...), están obligados a colaborar con la Administración de la Hacienda Pública para suministrarle toda clase de información con trascendencia tributaria de que dispongan».

Ello no obstante, el artículo 113 acoge una importante limitación, ya que los datos, informes o antecedente obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones solamente podrán utilizarse para los fines tributarios encomendados a la Hacienda Pública, sin posibilidad de cesión o comunicación a terceros, salvo en los siguientes supuestos: i) la investigación o persecución de los delitos públicos por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público⁹²; ii) la colaboración con otras Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias; iii) la colaboración con la Tesorería General de la Seguridad Social en orden al correcto desarrollo de los fines recaudatorios de ésta; iv) la colaboración con cualesquiera otras Administraciones en el

⁹¹ En este sentido se manifiesta GAY FUENTES, *Intimidad y tratamiento de datos...*, *ob. cit.*, págs. 100.

⁹² En este contexto se enmarca el Convenio de Colaboración para la cesión de información tributaria a Juzgados y Tribunales de Justicia suscrito el 27 de mayo de 1998 entre el Ministerio de Economía y Hacienda, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y el Consejo General del Poder Judicial para, entre otros fines, fomentar y agilizar la gestión de las demandas judiciales de información fiscal. Véase a propósito MAGRO SERVET, V., *Las relaciones entre la Agencia Estatal Tributaria y los órganos judiciales en la tramitación de los procedimientos civiles*, LA LEY, núm. 4.630, 17 de septiembre de 1998, pág. 1 a 5, donde se subraya la necesaria colaboración que debe existir entre las Administraciones Públicas para la consecución del objetivo de cumplimiento de un principio constitucional, cual es el de la obtención de la tutela judicial efectiva en materia de ejecución de las resoluciones judiciales.

marco de la lucha contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos o de la Unión Europea; y v) la colaboración con las Comisiones Parlamentarias de Investigación.

Por su parte, la Resolución de la Subsecretaría de Economía y Hacienda de 29 de noviembre de 1996, por la que se aprueban las Instrucciones relativas a los accesos a las Bases de Datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se refiere en su Disposición Novena a la «confidencialidad de la información tributaria», subrayando en primer lugar el carácter «exclusivamente reservado» del uso de «los datos e informaciones contenidos en los archivos, registros y bases de datos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cualquiera que sea su soporte, derivados de las declaraciones, actas, actuaciones de investigación, expedientes, denuncias y, en general, de cualquier clase de documentos, sean éstos personales, económicos o estrictamente fiscales o aduaneros, tanto si afectan a personas físicas o jurídicas, o a las entidades sin personalidad jurídica a las que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria» y ello en orden al cumplimiento de los fines que a la Administración Tributaria atribuye el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las cesiones previstas en el artículo 19 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, en el artículo 113 de la Ley General Tributaria en la redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio, citado, y en el artículo 6 de la Orden de 27 de julio de 1994, modificada por Orden de 4 de agosto de 1995.

B) *Ámbito de la Seguridad Social*

Circunscrita a los procedimientos de recaudación en vía ejecutiva, la cesión de datos a la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) está prevista en el artículo 36 la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (concretamente en su artículo 29.11 que modifica la redacción del artículo 36 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), habilitando a la Seguridad Social para recabar datos de cualesquiera Administraciones para el cumplimiento de sus fines, en términos análogos a los expuestos para la Administración Tributaria.

Expresamente, se establece el deber de información por entidades financieras, funcionarios públicos y profesionales oficiales con tras-

endencia recaudatoria. En cuanto a los segundos—incluyéndose los profesionales oficiales en dicho deber— la obligación de colaboración informativa cesará cuando sea aplicable i) el secreto del contenido de la correspondencia y ii) el secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración Pública para una finalidad exclusivamente estadística.

La cesión de los datos de carácter personal realizados en cumplimiento de este deber de información en favor de la TGSS no requerirá el consentimiento del afectado.

Los datos así obtenidos tienen carácter reservado y sólo podrán utilizarse para los fines recaudatorios encomendados a la TGSS, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo a las Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

C) *Padrón municipal*⁹³.

La Ley 4/1996, de 10 de enero, por la que se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el Padrón municipal, da nueva redacción al artículo 16 de ésta disponiendo, entre otras cosas, que los datos del Padrón municipal—que se define como «Registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio»— serán con carácter general objeto de cesión a otras Administraciones Públicas que lo soliciten sin necesidad de que medie el consentimiento previo del afectado. Ahora bien, esta cesión se sujeta a dos condiciones o límites:

a) Únicamente procederá cuando la disponibilidad de los datos solicitados sea necesaria para el ejercicio de las respectivas competencias de las Administraciones solicitantes.

b) La cesión lo es en exclusiva para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes (v. gr. en materia tributaria)⁹⁴.

Ello no obstante, se permite el destino de los datos obtenidos para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico, en los

⁹³ Sobre esta materia véase el reciente trabajo de CASTILLO MARTÍN, F., *La cesión de datos del Padrón Municipal de Habitantes a otras Administraciones Públicas*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 1, 1998, págs. 173-190.

⁹⁴ Cfr. la STS de 12 de noviembre de 1996 sobre comunicabilidad del dato del domicilio de una persona obrante en el Padrón municipal a medio la solicitud del mismo proveniente de una Jefatura Provincial de Tráfico, objeto de particular consideración en el trabajo de CASTILLO MARTÍN citado.

términos previstos en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública.

En relación con esta materia, la Agencia de Protección de Datos⁹⁵ considera conforme a la LORTAD la cesión de datos del Padrón para fines de sanidad y asistencia social, concretamente la cesión, para la puesta en marcha de programas de prevención de enfermedades, de una relación nominativa de las personas comprendidas en un intervalo de edad determinado, junto con sus domicilios, siempre y cuando, eso sí, se soliciten datos imprescindibles, pertinentes y no excesivos⁹⁶ en relación con el ámbito y finalidades para las que se recogieron, y estén asociados a un programa concreto de estudio o investigación epidemiológica; asimismo, la cesión de datos del Padrón para la elaboración de las tarjetas sanitarias por parte de las autoridades sanitarias competentes, conforme al régimen de pertinencia que acaba de señalarse, y limitándose a los datos de aquellas personas que se encuentran dentro de la cobertura de los Servicios Públicos de Salud.

⁹⁵ Memoria 1995, págs. 118-120.

⁹⁶ Cfr. artículo 4 de la LORTAD.

LA EXPROPIACIÓN FORZOSA EN LA LEY DEL SUELO Y VALORACIONES

POR

FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Primera parte: valoraciones. 1. Eficacia retroactiva. 2. Unificación de las valoraciones del suelo. 3. Fecha de valoración. 4. Valoración del suelo: criterio general. 5. La valoración del suelo no urbanizable. 6. Valoración del suelo urbanizable. 7. Valoración del suelo urbano. 8. Valor del suelo sin atribución de aprovechamiento: los sistemas generales en suelo urbano y urbanizable. 9. Sistemas generales en suelo no urbanizable. 10. Deducción de gastos de urbanización pendiente. 11. Valoración de obras y otros bienes y derechos. III. Segunda parte: otros aspectos de las expropiaciones urbanísticas. 1. La legislación urbanística y el procedimiento expropiatorio. 2. Reversión.

I. INTRODUCCIÓN

Vamos a examinar los aspectos más interesantes de la incidencia de la nueva Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998 (en adelante, LSV), en relación con la expropiación forzosa.

Dicha Ley contiene dos títulos de interés para la expropiación forzosa: el título III, de las valoraciones, que, en cuanto al suelo, es, como veremos, aplicable a cualesquiera expropiaciones, y el título IV, de las expropiaciones, que se limita a las llevadas a cabo por razón de la normativa urbanística. A ambos me referiré por separado.

II. PRIMERA PARTE: VALORACIONES

1. Eficacia retroactiva

La LSV dispensa al nuevo régimen un cierto carácter retroactivo, en cuanto la disposición transitoria quinta establece que «en los expedientes expropiatorios, serán aplicables las disposiciones sobre va-

¹ Abogado del Estado (s.e.). Doctor en Derecho.

loración contenidas en esta Ley siempre que no se haya alcanzado la fijación definitiva del justiprecio en vía administrativa», que se produce por el acuerdo del Jurado de Expropiación (o el de las partes), aunque luego se recurra e incluso se modifique la valoración por los tribunales.

En cambio, como señala GONZÁLEZ PÉREZ², «si, habiéndose agotado la vía administrativa, [el interesado] hubiese interpuesto recurso contencioso-administrativo, no se aplicará la nueva normativa sobre valoraciones. El órgano jurisdiccional que conozca del proceso decidirá si el texto administrativo frente al que se dedujo la pretensión es o no conforme al ordenamiento anterior».

La solución adoptada en relación con la aplicación retroactiva de la LSV tiene el inconveniente de que los justiprecios de fincas expropiadas al mismo tiempo podrán regirse por legislaciones diferentes, en función de la fecha del acuerdo del Jurado, con el consiguiente agravio comparativo a que ello puede conducir, pero se justifica en la necesidad de poner fin, cuanto antes, a la incertidumbre creada por la inconstitucionalidad parcial de la Ley del Suelo de 1992, declarada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo³.

2. Unificación de las valoraciones del suelo

Frente a las reglas valorativas de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954 (LEF), para las expropiaciones urbanísticas, se establecieron en la legislación sectorial ciertas normas valorativas respecto del suelo, excluyentes de las generales de la LEF, y, por tanto, también de su artículo 43, que es el que autoriza la utilización de criterios estimativos (STS 20 de septiembre de 1991, Ar. 6.427; y 18 de octubre de 1991, Ar. 7.885), si bien en las expropiaciones no urbanísticas se seguían aplicando los criterios de la LEF, lo que daba lugar a una «lotería expropiatoria», criticándose la injusticia de la aplicación de valores diferentes en función de la naturaleza de la expropiación⁴.

² Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, Ed. Civitas, pág. 829.

³ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *La valoración urbanística tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997*, Actualidad Administrativa núm. 29/1997.

⁴ GONZÁLEZ BERENQUER, *Gestión, financiación y control de urbanismo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, págs. 375 y ss.

Por el contrario, a partir de la Ley 8/1990, de 25 de junio, de reforma del régimen urbanístico y de valoraciones del suelo (LRRU), la distinción entre expropiaciones urbanísticas y ordinarias, a efectos de valoración del suelo, ha desaparecido. Su artículo 73 estableció, al efecto, que «los criterios de valoración de suelo contenidos en la presente ley regirán cualquiera que sea la finalidad que motive la expropiación y la legislación, urbanística o de otro carácter, que la legitime». Y, por si fuera poco claro el referido precepto, la disposición derogatoria de la misma ley, estatuyó que «en especial quedan derogados los preceptos sobre valoración de suelo contenidos en la legislación expropiatoria». Estas mismas normas fueron luego recogidas en el artículo 46 y la disposición derogatoria de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 26 de junio de 1992, así como su disp. transitoria 1.^ª.

La LSV mantiene la aplicación de las normas de valoración del suelo «cualquiera que sea la finalidad que la motive [la expropiación] y la legislación urbanística o de otro carácter, que la legitime» (art. 23 I). Asimismo, el artículo 25 de la nueva Ley establece que «el suelo se valorará... en la forma establecida en los artículos siguientes» y el artículo 36 (ya sólo para las expropiaciones urbanísticas) dispone que «el justiprecio de los bienes y derechos expropiados se determinará conforme a lo establecido en el título III de la presente Ley...».

De acuerdo con ARBIZU⁵, «tratándose siempre de expropiación de suelo... no parece lógico ni justo aplicar criterios de valoración diferentes, en función del carácter urbanístico o no de la expropiación. El dato meramente formal de la legislación que regule el supuesto expropiatorio no debe tener consecuencias a la hora de fijar el equivalente económico del objeto expropiado, cuando éste es el mismo en todos los casos». Ha sido, por ello, generalmente bien recibida la eliminación de la «lotería expropiatoria» a que antes nos referíamos.

De este modo, en lo que concierne al suelo, no son aplicables las normas valorativas de la LEF sino las normas objetivas de la legislación urbanística. En particular, no es procedente la aplicación del principio de libre estimación establecido en el artículo 43 LEF. En este sentido, PAREJO ALFONSO⁶ considera «definitivamente clara la

⁵ ARBIZU LOSTAO, *Alcance derogatorio de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, en relación con la Ley de Expropiación Forzosa*, Actualidad Administrativa núm. 13, 1991.

⁶ PAREJO ALFONSO, *Expropiación forzosa y supuestos expropiatorios en la Ley 8/1990, de 25 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, Documentación Administrativa núm. 222, abril-junio 1990, pág. 120.

inaplicabilidad a la valoración del suelo de cualquier criterio de libre estimación», entendiéndose que la LRRU «ha rectificado el ámbito de aplicación del aludido artículo 43, en el sentido de que la regla extraordinaria de valoración en el mismo expresada ha dejado de tener carácter general, al quedar excluidos de su ámbito de aplicación todos los supuestos referentes a la tierra o el suelo». En realidad, el artículo 43 LEF no resulta derogado ni deja de ser norma general, pero prevalecen las especiales de la Ley del Suelo, que la excluyen en su ámbito.

En esta línea, CHINCHILLA PEINADO⁷ confirma la aplicación de los criterios de valoración urbanística con independencia de la finalidad que legitime la expropiación y, en concreto, «la inaplicación del artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa en lo referente a la valoración de cualquier tipo de terrenos», con cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de mayo de 1995 (Sala de Sevilla).

Desde luego, no podemos compartir la tesis de FERNÁNDEZ PIRLA⁸, cuando afirma que «si el legislador quiere derogar el artículo 43 [LEF] tendrá que derogarlo expresamente», puesto que la derogación puede ser expresa o tácita (art. 2.2 del Código Civil), e incluso la derogación expresa puede no explicitar los concretos preceptos que se derogan.

3. Fecha de valoración

En cuanto a la fecha a la que debe ir referida la valoración de los bienes, el artículo 24 LSV (que reproduce el artículo 136 del Reglamento de Gestión Urbanística) establece que «las valoraciones se entenderán referidas: a) Cuando se aplique la expropiación forzosa, al momento de iniciación del expediente de justiprecio individualizado o de exposición al público del proyecto de expropiación cuando se siga el procedimiento de tasación conjunta».

Ello concuerda perfectamente con el artículo 36.1 LEF, a cuyo tenor «las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio...». Según el artículo 28 del Reglamento de Expropiación Forzosa (REF), el expediente de justiprecio se entenderá iniciado, a

⁷ *Ejecución del planeamiento. Expropiaciones urbanísticas. Implicaciones. Valoraciones*, Revista de Derecho Urbanístico núm. 154, págs. 58-60.

⁸ *Tres cuestiones en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo 1/1996, de 26 de junio*, Revista de Derecho Urbanístico núm. 133, mayo-junio 1993, págs. 157 y ss.

todos los efectos legales, el día siguiente a aquel en que haya adquirido firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de la ocupación, con independencia de la fecha en que la Administración expropiante extienda la correspondiente diligencia de apertura. Pero la jurisprudencia ha negado validez a este precepto por contravenir lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley, que atiende a la fecha real de inicio del expediente de justiprecio, prevaleciendo, pues, la declaración del artículo 36 LEF, por el principio de jerarquía normativa (STS 19-2-1976, Ar. 547; 18-2-1992, Ar. 847; y 10-5-1996, Ar. 4.355).

Hay que tener en cuenta que si bien en las expropiaciones urbanísticas la aprobación del plan lleva implícita la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación (art. 33 LSV), la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene destacando que tal aprobación del plan tiene un carácter genérico, estando necesitada de una ulterior concreción sobre los bienes a expropiar, por lo que aquí es particularmente inadecuado el artículo 28 del Reglamento, que refiere las valoraciones a la fecha del acuerdo de necesidad de ocupación (STS 7 y 22-5-1991, Ar. 5.735 y 4.237).

Hay que señalar también que, a efectos valorativos, no puede tomarse en consideración una clasificación anterior a la vigente a la fecha de la valoración, aunque permitiese un aprovechamiento superior. En caso de alteración del planeamiento, los artículos 41 y 42 LSV prevén de forma limitada las indemnizaciones que fueran procedentes, que no hacen sino especificar el principio general de responsabilidad patrimonial del artículo 106.2 de la Constitución⁹. Para la determinación del justiprecio expropiatorio sólo valdrá la clasificación aprobada definitivamente a la fecha a que se retrotrae la valoración, como ha declarado, reiteradamente, en los últimos años, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 1 de octubre de 1994 (Ar. 8.306), dos de 10 de mayo de 1996 (Ar. 4.355 y 4.356), y 20 de enero, 15 de febrero y 25 de noviembre de 1997 (Ar. 258, 981 y 7.958)¹⁰.

4. Valoración del suelo: criterio general

El proyecto de la LSV aprobado por el Gobierno sentaba, como criterio general de valoración, que «el suelo se valorará con arreglo a su

⁹ CHINCHILLA PEINADO, *Urbanismo y responsabilidad patrimonial*, Revista de Derecho Urbanístico núm. 162, junio 1998, págs. 55 y ss.

¹⁰ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *El justiprecio de la expropiación forzosa*, Ed. Comares, 2.ª ed., 1998, págs. 122 y 123; y CHINCHILLA PEINADO, *Ejecución del planeamiento...*, ob. cit., pág. 33.

valor real». Frente a ello, la redacción definitiva del artículo 25 LSV, ordena, bajo la rúbrica de «criterio general de valoración», que «el suelo se valorará según su clase y situación, en la forma establecida en los artículos siguientes», esto es, se suprime la mención a que el valor sea real.

GONZÁLEZ-BERENGUER¹¹ estima que el proyecto «ha querido eliminar uno de los más graves errores de las anteriores leyes urbanísticas (llevados al paroxismo con la delirante explicación que la exposición de motivos daba al sistema de reducciones del justiprecio inventado por la Ley 8/1990). Se trata del hecho de que en base a la evidencia de que el mercado del suelo es un mercado anómalo en el que se dan plusvalías injustificadas e injustas quiere corregirse tales injusticias pero por el absurdo camino de tasar justiprecios... Tal disparate es corregido por el anteproyecto «que atiende al valor real de los bienes expropiados, si bien luego para el valor del suelo urbano y urbanizable se llega a un «nivel de complicación... muy alto», aunque «lo que se está intentando es la aplicación de los valores de mercado».

Sin embargo, el valor real fue abandonado como criterio general de valoración en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley. Con ello, según GONZÁLEZ PÉREZ¹², «las esperanzas que suscitaba la redacción del proyecto se desvanecieron después de la modificación que se introdujo por la Comisión al eliminarse la referencia al valor real. El legislador ha querido consagrar que no se pagará el valor real. Sino algo distinto».

La supresión de la mención al valor real es fruto de las enmiendas de los grupos nacionalistas vasco y canario, y podría aventurarse que es debido al punto de vista de Administración autonómica (y, por tanto, Administración expropiante) que asumen dichos grupos, como gobernantes en sus respectivas Comunidades Autónomas. Tal como ha quedado, el artículo 25 LSV constituye una redundancia prácticamente inútil, puesto que la regla de que el suelo se valora conforme a los criterios de la propia LSV viene ya establecida por el artículo 23, a lo que sólo se añade que la valoración se hará en función de la clase y situación del suelo, como es, por otra parte, evidente a la luz de los artículos 26 y ss.

¹¹ *El Anteproyecto de la cuarta Ley del Suelo y la Sentencia del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho Urbanístico núm. 153, abril-mayo 1997, págs. 118-120.

¹² *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones*, Ed. Civitas, 1998, pág. 497.

A tenor de los artículos que siguen a este criterio general del artículo 25, la reforma es importante en relación con el suelo no urbanizable, en el que podrá aplicarse un valor de mercado deducido de transacciones de fincas análogas (art. 26), pero no lo es tanto para el suelo urbanizable o urbano. El valor del suelo urbanizable o urbano sigue determinado de acuerdo con criterios objetivos, lo que era reconocido, implícitamente, por el propio proyecto inicial, que reproducía el término valor real al tratar del suelo no urbanizable (art. 26) pero no en relación con el suelo urbano o urbanizable (habiéndose suprimido, luego, como hemos visto, toda referencia al valor real).

Fuera del caso del suelo urbanizable no incluido en ámbito alguno o respecto del cual el planeamiento no establezca condiciones para su desarrollo, en el suelo urbanizable y también en el suelo urbano, la LSV mantiene un sistema de valoración semejante al anteriormente vigente, aunque tal vez más simple, consistente en aplicar al aprovechamiento urbanístico (del que se detrae una cesión máxima del 10%) el valor básico de repercusión, fijado por el Catastro, salvo que ese valor no exista o haya perdido vigencia, en cuyo caso el valor de repercusión será el obtenido por el método residual.

Cuando no sea de aplicación esta última salvedad, seguiremos sin atender a valores reales, puesto que no es cierto, como pretende la exposición de motivos de la LSV, que «el valor básico de repercusión... recogido en las ponencias catastrales... refleja los valores de mercado»¹³.

GARCÍA ERVITI¹⁴ reconoce que «la ruptura con el régimen anterior no resulta finalmente tan radical como de los términos utilizados en la exposición de motivos podría deducirse». Destaca que se suprime la anterior prohibición de tener en cuenta la posible utilización urbanística en la valoración de terrenos apartados todavía del desarrollo urbano pero en el resto de los suelos la discrepancia con los principios valorativos enunciados en la Ley 8/90 y en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 no resulta tan terminante como en un principio podría deducirse del tenor literal de la exposición de motivos de la nueva ley, «ya que en ellos se mantiene el criterio de aplicar los valores

¹³ Así, la Resolución de 15 de enero de 1993 del Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria (hoy Dirección General del Catastro) cifra la diferencia entre los valores catastrales y los de mercado en un 50%, mediante un coeficiente de referencia al mercado (RM) de 0,5.

¹⁴ *Las valoraciones en la nueva Ley del Suelo*, Revista de Derecho Urbanístico núm. 161, abril-mayo 1998, págs. 58 y 59.

resultantes de la normativa de valoración catastral al aprovechamiento edificatorio que en cada caso corresponda, conservándose así la referencia al valor reglado y objetivo recogido en la legislación derogada».

Sigue siendo decisiva, para la valoración del suelo, su clasificación (suelo urbano, urbanizable o no urbanizable), lo que ha criticado GONZÁLEZ PÉREZ¹⁵ por considerar que la clasificación se hace al margen de criterios objetivos, con la máxima arbitrariedad. Ahora bien, se debe tener en cuenta, según constante jurisprudencia, el carácter reglado del suelo urbano, de modo que, como expone la Sentencia de 8 de marzo de 1993 (Ar. 1.590), «ciertamente interesa recordar que la definición con rango legal del suelo urbano constituye un límite a la potestad del planeamiento... Así lo viene declarando reiteradamente la jurisprudencia —SS. 20 marzo y 17 junio 1989 (Ar. 2.243 y 4.731), 5 y 19 febrero y 24 julio 1990 (Ar. 942, 1.322 y 6.676), 14 de abril de 1992 (Ar. 4.042), etc.— que subraya que la clasificación de un suelo como urbano constituye un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador, que ha de definirlo en función de la realidad de los hechos». Así, el Tribunal Supremo ha admitido el justiprecio como suelo urbano del que, sobre el papel de los planes urbanísticos, no alcanzaba dicha clasificación (STS 29-1-1994, Ar. 263; 9-5-1994, Ar. 4.120; y 30-4-1996, Ar. 3.645).

5. La valoración del suelo no urbanizable

Para determinar el justiprecio del suelo no urbanizable, el artículo 26 LSV atiende a los valores de fincas análogas, criterio del valor de fincas análogas que ya establecía el artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa para las fincas rústicas, pero que había sido aplicado restrictivamente por la jurisprudencia.

Dice el artículo 26.1 LSV que «el valor de este suelo se determinará por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas. A estos efectos, la identidad de razón que justifique la analogía deberá tener en cuenta el régimen urbanístico, la situación, tamaño y naturaleza de las citadas fincas en relación con la que se valora, así como, en su caso, los usos y aprovechamientos de que sean susceptibles».

Subsidiariamente, «cuando por la inexistencia de valores comparables no sea posible la aplicación del método» comparativo, se aten-

¹⁵ *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, Ed. Civitas, pág. 362.

derá a la capitalización de las rentas reales o potenciales (art. 26.2), que es el criterio preferente seguido por la Ley de Haciendas Locales para la determinación del valor catastral de las fincas rústicas (art. 68.2), al que se remitía expresamente la anterior legislación urbanística para la valoración del suelo no urbanizable. Por supuesto, la valoración deberá realizarse «conforme a su estado [el de la finca] en el momento de la valoración».

Quizá convendría haber recogido también el criterio subsidiario de la Ley de Haciendas Locales (el conjunto de factores técnico-agrícos y económicos y demás circunstancias que afecten a la finca), pero ello no viene previsto ni autorizado por la LSV, a pesar de la opinión favorable de GARCÍA ERVITI¹⁶ y de que sea cierto, como él comenta, que es difícil la aplicación de los criterios de la LSV a «aquellos suelos que resultan improductivos desde el punto de vista de su utilidad agrícola, forestal, ganadera, cinegética, etc. y, por lo tanto, no producen rentas o no son susceptibles de producir las» así como a «los que resulten expresamente protegidos por el planeamiento en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales... por lo común ajenos al juego de la oferta y la demanda así como al de la producción de rentas».

Volveremos sobre ello más adelante.

La principal innovación, que es importantísima, consiste en que se elimina la anterior norma de que no podía tenerse en cuenta la posible utilización urbanística de la finca. Por tanto, ya no se trata del llamado valor inicial, que era un valor agrícola, sino de un valor que, sobre todo por analogía con los valores de otros terrenos, parece que podrá tomar en cuenta el valor de terrenos cuyo precio de venta es muy superior a su valor agrícola a causa de su potencial urbanístico o incluso a su realidad urbanística discordante con el planeamiento.

En efecto, bajo el imperio de la legislación anterior, se negaba la inclusión de las expectativas urbanísticas en el justiprecio del suelo no urbanizable, pues la valoración debía confeccionarse «sin consideración alguna a su posible utilización urbanística» (art. 49 LS de 1992). Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1992 (Ar. 862) declara que «no es posible, cuando se determina el valor inicial, tomar en consideración valores y rendimientos que tenga relación di-

¹⁶ *Las valoraciones...*, *ob. cit.*, págs. 497 y 498.

recta o indirecta con la posible utilización urbana de los terrenos»¹⁷, como reitera la posterior Sentencia de 21 de octubre de 1997 (Ar. 8.109). Sólo en las expropiaciones ordinarias, no urbanísticas, y antes de la LRRU (que unificó las valoraciones del suelo) era posible la apreciación de expectativas urbanísticas (Cfr. STS 25-10-1997, Ar. 7.944), porque como advierte CHINCHILLA PEINADO¹⁸, con cita de la Sentencia del Tribunal supremo de 2 de febrero de 1995 (Ar. 1088), «en las llamadas expropiaciones ordinarias, al poder aplicar el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, uno de los elementos a ponderar en la determinación del justo precio como forma de obtener el valor de reposición compensatorio del sacrificio patrimonial... lo constituyen las llamadas expectativas urbanísticas».

Seguramente, el sistema anterior era excesivamente rígido e injusto para quienes eran dueños de terrenos no urbanizables de escaso valor agrícola pero bien situados en relación con los núcleos urbanos o los sistemas de comunicaciones, y así GONZÁLEZ PÉREZ¹⁹ opina que «era censurable prescindir de toda consideración sobre la situación de los terrenos, tasando con el mismo criterio los situados en las grandes ciudades y en las proximidades a las vías de comunicación que los situados en el más recóndito rincón». Pero es criticable que no se establezca límite ni cautela alguna. Con esta normativa, parece posible que pueda valer más el suelo no urbanizable que el urbanizable o urbano, cuya valoración se mantiene sujeta a reglas objetivas, y se corre el peligro de que la comunidad sufrague la especulación y el uso del suelo en desacuerdo con el planeamiento.

Para evitarlo, a pesar de que la referencia al régimen urbanístico y a los usos y aprovechamientos de que sean susceptibles se limita, en el nuevo texto, a constituir un requisito de la analogía, una interpretación lógica y sistemática podría fundar que se valore la finca de acuerdo con ese régimen y esos usos y aprovechamientos, esto es, que la

¹⁷ En esta línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de julio de 1995 (Rec. 1.455/93 s. 1.ª) declaró que «al tratarse de suelo con la clasificación de no urbanizable... no es posible, salvo en casos muy excepcionales entre los que no se encuentra el que nos ocupa, tomar en consideración rendimientos que tengan relación directa o indirecta con la posible utilización urbana de los terrenos. Cuestión distinta es tomar en consideración la cercanía de una finca con un gran núcleo de población o con importantes vías de comunicación a los efectos de la posible incidencia que estas circunstancias pudiesen tener para elevar el valor en venta en el mercado de la finca en cuestión, pero no las expectativas urbanísticas de un terreno que por su calificación en los instrumentos de planeamiento no tiene».

¹⁸ *Ejecución del planeamiento...*, ob. cit., pág. 55.

¹⁹ *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones*, ob. cit., pág. 500.

analogía de usos y aprovechamientos no sea sólo un requisito para que se tome como referencia una determinada finca, con el mismo aprovechamiento, sino también que sólo se tome como referencia en cuanto al valor que tiene de acuerdo con ese aprovechamiento. De hecho, la redacción comentada es fruto de las enmiendas de los grupos nacionalistas vasco y canario, que, al igual que en el artículo 25, suprimieron toda referencia al valor real e introdujeron en el artículo 26 la toma en consideración del régimen urbanístico.

Podría aplicarse, además, el artículo 36 de la Ley de Expropiación Forzosa, que ordena que la tasación se efectúe sobre la base del valor que corresponda a los bienes o derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, «sin tener en cuenta las plusvalías que sean consecuencia del propio plan o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación, ni las previsibles para el futuro», pero, *a sensu contrario*, sí habrán de considerarse las plusvalías derivadas de otros planes o proyectos²⁰.

Como método preferente para la determinación del valor del suelo no urbanizable, la LSV atiende al método de comparación con fincas análogas. El criterio de la analogía fue ya acogido por el artículo 39 de la Ley de Expropiación Forzosa para las fincas rústicas, como factor a promediar con la capitalización de la renta rústica, si bien este sistema solía ceder ante la aplicación de los criterios estimativos que admite el artículo 43 de la propia Ley y el precepto ha quedado derogado en virtud de la unificación de las valoraciones del suelo. Además, la analogía ha sido aplicada muy restrictivamente por la jurisprudencia²¹.

GARCÍA ERVITI²² propone la aplicación de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 de noviembre de 1994, sobre normas de valoración de bienes inmuebles para determinadas entidades financieras, que, en su anexo segundo, prevé el método de comparación, basado en el principio de sustitución, para determinar el valor de mercado de los bienes inmuebles. Sin embargo, aunque estas normas reglamentarias, dictadas para una finalidad distinta, puedan utilizarse como orientadoras de la labor del técnico tasador, debe quedar claro que no puede atenderse a ellas como si el valor del suelo no urbanizable a efectos del justiprecio expropiatorio se rigiese por ellas sin

²⁰ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *El justiprecio...*, ob. cit., págs. 123 y ss.

²¹ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *El justiprecio...*, ob. cit., págs. 96 y ss.

²² *Las valoraciones en la nueva Ley del Suelo*, ob. cit., págs. 61 y ss.

más. En particular, aunque la referida Orden parte de la exigencia de suficiente información comparable, razón de ser del método y principal obstáculo para su aplicación, llega a admitir la información sobre simples ofertas, lo que, en contra de GARCÍA ERVITI, estimamos que no es suficiente para la aplicación del artículo 26.1 LSV, que exige valores comparables, esto es, precios ciertos de operaciones perfeccionadas y no simples ofertas contractuales.

En cualquier caso, el citado autor acaba reconociendo que «sólo en ciertos segmentos del mercado... resulta posible encontrar un suficiente número de precios de venta de parcelas vacantes que permita configurar un valor de mercado mínimamente aceptable... Y a todo ello debe añadirse que en el mercado de fincas agrícolas la frecuencia de las transacciones es mucho menor que la experimentada en otros segmentos del mercado inmobiliario».

Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ²³, tras indicar que el criterio de la analogía fue rechazado no sólo por las posibles motivaciones extrañas que pudieran tener las transacciones supuestamente análogas sino, sobre todo, por excluir el pago de expectativas urbanísticas, juzga que, por ello, el método puede ser idóneo para obtener el valor real del suelo. A ello añade el citado autor que, si bien hay que poner de relieve la necesidad de que existan valores comparables en fincas análogas, los primeros no tiene por qué estar ya comprobados documentalmente y bastaría que fueran comprobables por los datos obrantes en organismos públicos e incluso los disponibles por los agentes de la propiedad inmobiliaria; y, si bien subraya que hay que tener en cuenta, por mandato legal, la situación, tamaño y naturaleza de las fincas, rechaza una interpretación tan estricta de las características análogas entre fincas como la hecha por la jurisprudencia anterior. Es más, considera que cabe aplicar el valor de fincas de características distintas (como el tamaño o los usos y aprovechamientos permitidos), con la correspondiente corrección.

Con carácter subsidiario al método de la analogía, se debe atender al de capitalización de rentas, que era el método tradicional de determinación del valor de fincas sin valor urbanístico, a través del llamado valor inicial (arts. 107 LS de 1976, 66 de la LRRU y 48 del Texto Refundido de 1992).

Con todo, a diferencia de la legislación anterior, que se remitía expresamente a las normas sobre valoración catastral (art. 49 LS de

²³ Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, *ob. cit.*, págs. 503 y ss.

1992), la legislación urbanística vigente no efectúa esta remisión, que se entendía hecha a la Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988, que contempla dicho método de capitalización de rentas para determinar el valor catastral de las fincas rústicas, concretamente en su artículo 68.2, a cuyo tenor «el valor de los terrenos de naturaleza rústica se calculará capitalizando al interés que reglamentariamente se establezca, las rentas reales o potenciales de los mismos, según la aptitud de la tierra para la producción, los distintos cultivos o aprovechamientos y de acuerdo con sus características catastrales...».

No es aceptable, desde luego, la aplicación pura y simple de los valores catastrales del suelo no urbanizable a los justiprecios, que no era ni siquiera lo que establecía la legislación anterior, que ordenaba la aplicación de las normas sobre valoración catastral y no los valores determinados por el Catastro²⁴. Por si alguna duda quedase, la LSV ni siquiera hace referencia a las normas de valoración catastral, a diferencia de la legislación precedente.

En principio, pues, como señala LÓPEZ PELLICER²⁵, al aplicar el método de capitalización de rentas, el valor del suelo (V_s) ha de calcularse capitalizando la renta, real o potencial, de la tierra (R_t), al tipo de interés reglamentario (t_i), por lo que en definitiva:

$$V_s = \frac{R_t \times 100}{t_i}$$

La capitalización sería al 3% según la disposición transitoria segunda de la Ley de Haciendas Locales. No obstante, como quiera que la LSV no se remite expresamente a dicha Ley, este porcentaje será sólo orientativo, al igual que el del 4% que fija la Resolución de 15 de julio de 1997, de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, en aplicación de la ya citada Orden de 30 de noviembre de 1994.

6. Valoración del suelo urbanizable

Para determinar el valor del suelo urbanizable no incluido en ámbitos delimitados por el planeamiento o respecto del cual dicho planeamiento no establezca condiciones para su desarrollo, se aplicarán

²⁴ En este sentido FERNÁNDEZ PIRLA, en *Tres cuestiones en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo 1/1996*, de 26 de junio, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 133, mayo-junio 1993, págs. 157 y ss., señalaba que «la ley parece que es suficientemente clara y explícita al decir criterios, que no valores catastrales».

²⁵ *El sistema de valoraciones urbanísticas en la reforma de la Ley del Suelo*, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 126, enero-febrero 1992, pág. 23.

las mismas reglas previstas en el artículo anterior para el suelo no urbanizable (art. 27.1 LSV). Es un suelo cuya urbanización es admisible pero que no se sabe qué aprovechamiento concreto va a tener. Por ello, se valorará como el suelo no urbanizable. Y este supuesto puede producirse con relativa frecuencia dado el criterio de la LSV de considerar como suelo urbanizable todo el suelo no clasificado de otro modo en los municipios con plan (arts. 10 y 11).

Siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ²⁶, en la LSV «la línea divisoria para aplicar o no unos valores no está en haberse aprobado el planeamiento de desarrollo [como sucedía en la legislación anterior], sino que bastará con que el terreno esté incluido en un sector o ámbito delimitado por el planeamiento, aunque sea el general, o se hubieren establecido las condiciones para su desarrollo... Por lo que queda reducido el ámbito de aplicación de los criterios de valoración del suelo no urbanizable a los supuestos [de suelo urbanizable] en que el planeamiento general no haya cumplido las exigencias de delimitar concretamente el suelo, o que se trate de planes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 7/1997, de 14 de abril, en que se mantiene la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado» (distinción suprimida por dicha ley y, antes, por el Decreto-ley de 7 de junio de 1996 que tal Ley sustituyó).

Para GARCÍA ERVITI²⁷, en estos supuestos, a las consideraciones efectuadas en relación con la complejidad de la aplicación del método de comparación en el suelo no urbanizable habrá que añadir las derivadas de la utilización del método de capitalización, pues en muchos casos será difícil la determinación de las rentas de estos suelos, especialmente en el caso de los ya sometidos a la presión del mercado inmobiliario urbano. Pero la Ley impone la aplicación de las reglas expuestas, acudiendo, en su caso, a las rentas potenciales de estos terrenos, aunque carezcan de rentas reales por estar ya apartados de explotación agrícola, ganadera o análoga y a la espera de su futuro desarrollo urbano, y su valor de mercado sea superior en razón de dicha expectativa. Aplicar aquí el método residual, como propone el citado autor sería premiar la especulación.

Fuera del supuesto ya comentado y de forma semejante a la normativa anterior, la LSV, para la valoración del suelo urbanizable y urbano atiende, aunque no lo llame así, al valor urbanístico que, según

²⁶ *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, ob. cit.*, pág. 509.

²⁷ *Las valoraciones...*, *ob. cit.*, págs. 66 y 67.

SERRANO ALBERCA²⁸, es «la expresión en términos monetarios del aprovechamiento urbanístico patrimonializable».

De esta manera, fuera del caso del suelo urbanizable no incluido en ámbito alguno o respecto del cual el planeamiento no establezca condiciones para su desarrollo, en el suelo urbanizable y también en el suelo urbano, la LSV mantiene un sistema de valoración semejante al anterior, aunque tal vez más simple, consistente en aplicar al aprovechamiento urbanístico (del que se detrae una cesión máxima del 10%) el valor básico de repercusión, fijado por el Catastro, salvo que ese valor no exista o haya perdido vigencia, en cuyo caso el valor de repercusión será el obtenido por el método residual. Cuando no sea de aplicación esta última salvedad, seguiremos sin atender a valores reales, puesto que no es cierto, como pretende la exposición de motivos de la LSV, que «el valor básico de repercusión... recogido en las ponencias catastrales... refleja los valores de mercado».

El valor del suelo urbanizable incluido en un ámbito delimitado por el planeamiento o respecto del cual el planeamiento establezca condiciones para su desarrollo «se obtendrá por aplicación al aprovechamiento que le corresponda del valor básico de repercusión en polígono...» (art. 27.2).

Ahora bien, para el cálculo del valor urbanístico no se tiene en cuenta directamente el aprovechamiento objetivo del terreno sino el susceptible de apropiación privada (el subjetivo), ya que no todo el aprovechamiento urbanístico que corresponde a un terreno es apropiable siempre por el titular, hasta el punto en que, como afirma, con acierto, SERRANO ALBERCA²⁹, «el aprovechamiento patrimonializable es, en resumen, el contenido urbanístico del derecho de propiedad». De este modo, se instrumenta la participación de la comunidad, a través de los municipios, en las plusvalías que genere la actuación urbanística de los entes públicos, participación que prescribe el artículo 47 II de la Constitución.

Como razona la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1997 (Rec. 13.660/91), «cualquier propietario, cualquiera que sea el sistema elegido para la ejecución del planeamiento, está obligado tanto a contribuir con los terrenos de cesión obligatoria como a costear la urbanización, pues en cualquier caso se beneficia de las

²⁸ *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*. Ed. Aranzadi, Madrid 1995, pág. 287.

²⁹ *Ob. cit.*, pág. 283.

ventajas derivadas del planeamiento, bien porque se apropia del aprovechamiento bien porque recibe la indemnización correspondiente al aprovechamiento urbanístico de los terrenos expropiados... de manera que... para calcular el aprovechamiento, [se impone] la deducción de los terrenos de cesión obligatoria, cuyo significado no es otro que el de hacer efectivo el principio de equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento».

La LSV mantiene la diferencia entre el aprovechamiento objetivo y el subjetivo en cuanto establece una cesión máxima del 10%, partiendo del reconocimiento de «la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos» (art. 3). En este sentido, el artículo 18.4 LSV enumera, entre los deberes de los propietarios del suelo urbanizable, «ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al diez por ciento del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística», lo que queda amparado por la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97.

Existe, no obstante, alguna Comunidad Autónoma que contempla aprovechamientos susceptibles de apropiación inferiores al 90%, que podrían resultar inaplicables, pues el legislador autonómico sólo puede reducir la cesión, esto es, aumentar el aprovechamiento subjetivo por encima del 90% (siendo de aplicación aquí la prevalencia del Derecho estatal a tenor del artículo 149.3 de la Constitución). Este sería el caso de la Ley andaluza de 18 de junio de 1997 que, con una técnica discutible, aprueba como Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía el contenido de los artículos y disposiciones del Texto Refundido de 1992 declarados nulos como Derecho estatal (y, por ende, la cesión del 15%). Estamos, pues, de acuerdo con SERRANO ALBERCA³⁰ en que «será... inconstitucional, una vez aprobada la Ley, cualquier cesión superior acordada por las Comunidades Autónomas» y «una ley... que establezca valoraciones diferentes para la expropiación debe ser considerada como inconstitucional».

Una vez concretado el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación, el cálculo del valor urbanístico requiere una operación ulterior, que consiste en la determinación del valor fiscal o valor

³⁰ Las decisiones fundamentales de la Sentencia del TC de 20 de marzo de 1997 y su influencia en el proyecto de Ley del Suelo y Valoraciones, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 304, 24 de julio de 1997.

de repercusión, que se multiplicará por el aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación.

En principio, el valor de repercusión «será el deducido de las ponencias de valores catastrales» (art. 27.2), aprobadas de conformidad con el Real Decreto 1.020/93, de 25 de junio de 1993. Para la valoración del suelo urbanizable se toma el valor de repercusión básico en el polígono (de acuerdo con el citado artículo 27.2), puesto que, al no haberse consumado la urbanización, ello es lo más conducente al reparto equitativo de beneficios y cargas entre los propietarios del polígono.

Como reconoce GONZÁLEZ PÉREZ³¹, «si en otras épocas acudir a las valoraciones hechas por la Administración no permitía llegar al valor real, la situación ha cambiado», por «la voracidad fiscal de los entes públicos». No estamos de acuerdo, sin embargo, con LÓPEZ-NIETO³², para el que la remisión a las valoraciones fiscales «probablemente reducirá conflictos en la determinación del justiprecio».

Ahora bien, convenimos con LÓPEZ PELLICER³³ en que «hay que resaltar... las dificultades que plantea la necesidad de instrumentar la relación entre la Administración urbanística —básicamente la municipal— y la Administración tributaria —estatal—, para poder disponer de valores actualizados del suelo. La relación interadministrativa requiere... un funcionamiento coordinado y eficaz de ambas Administraciones y sectores»³⁴.

Sin que debamos esperar tampoco un cambio radical, la situación puede mejorar notablemente en virtud de la Ley 53/1997, de 23 de noviembre (y, antes el Real Decreto-ley 5/1997, de 9 de abril, que sustituye), la cual da nueva redacción al artículo 71.1 de la Ley de Haciendas Locales, que admite que, de oficio o a instancia de la entidad local correspondiente, se proceda a modificar los valores catastrales «cuando... [se] pongan de manifiesto diferencias sustanciales entre aquellos y los valores de mercado de los bienes inmuebles de todo o de parte del término municipal o en alguna o varias zonas, polígonos discontinuos o fincas del mismo». Con ello se puede alcanzar una mayor aproximación a los valores de mercado y, lo que es importante, se permite que las corporaciones locales impulsen ese proceso. Además, para

³¹ Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, *ob. cit.*, pág. 506.

³² LÓPEZ-NIETO Y MALLO, *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*, Madrid, 1995, Ed. Bayer Hermanos, S.A., pág. 146.

³³ *Ob. cit.*, págs. 34 y 35.

³⁴ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *El justiprecio...*, *ob. cit.*, págs. 152-154.

compensar la subida de las bases imponibles, la Ley 53/97 establece unas reducciones de las mismas en relación con las revisiones de valores que la Ley contempla.

Las normas que debe seguir la Administración tributaria para fijar el valor de repercusión son las recogidas en los artículos 66 y ss. de la Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988, relativos a la fijación del valor catastral de los bienes de naturaleza urbana en el impuesto sobre los bienes inmuebles, y, además, el Real Decreto 1020/93, de 25 de junio de 1993, sobre normas técnicas de valoración y cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, que sustituye a la Orden Ministerial de 28 diciembre de 1989.

De acuerdo con el citado Decreto, «el valor de repercusión del suelo en cada polígono... se obtendrá mediante el método residual. Para ello se deducirá del valor del producto inmobiliario el importe de la construcción existente, los costes de la producción y los beneficios de la promoción» (norma 9.2), obteniendo como resultado el valor básico de repercusión (en ptas/m.²) que, multiplicado por la edificabilidad (m² de construcción/m² de suelo) permite conocer el valor unitario básico del polígono (norma 9.3). Algo semejante se realiza para determinar el valor urbanístico, pero, para éste, tomamos sólo en consideración el valor de repercusión, no el unitario (que tiene en cuenta la edificabilidad, la cual tenemos nosotros en cuenta al fijar el aprovechamiento urbanístico).

La indicada deducción, respecto del valor del producto inmobiliario, del importe de la construcción existente, los costes de la producción y los beneficios de la promoción, viene concretada por la norma 16 del Decreto 1020/93 a través de dos coeficientes, un coeficiente fijo de 1,40, representativo de los gastos de la edificación y el beneficio del promotor, y un factor de localización. De este modo, la citada norma expresa la siguiente fórmula:

$$V_v = 1,40 (V_r + V_c) F_l,$$

donde V_v es el valor en venta del producto inmobiliario, 1,40 es el citado coeficiente fijo, V_r es el valor de repercusión, V_c el valor de la construcción y F_l el factor de localización.

A su vez, la Instrucción de 28 de enero de 1997 de la Dirección General del Catastro, en su regla octava, define un llamado factor K , como producto del factor de localización (que la propia Instrucción pondera según los casos) y el coeficiente 1,40, de modo que

$$V_v = K (V_r + V_c)$$

de suerte que, en último término

$$V_r = \frac{V_v}{K} - V_c$$

Una vez obtenido el valor de repercusión, si dicho valor no se ha fijado en el mismo año a que se retrotrae la valoración, ha de computarse con los coeficientes de las leyes de presupuestos, esto es, el incremento de valores fiscales de los bienes inmuebles por dichas leyes que prevé el artículo 69.2 de la Ley de Haciendas Locales (si bien su artículo 69.3, redactado por la Ley 53/1997, de 27 de noviembre, exceptúa de esa actualización los valores catastrales revisados en los términos que la misma contempla).

Luego, dicho valor de repercusión, actualizado, en su caso, se multiplica por los metros cuadrados de la finca, por el aprovechamiento urbanístico y por el coeficiente que corresponda al aprovechamiento urbanístico susceptible de apropiación (que, si es el 90%, supone multiplicar la cantidad correspondiente por 0,9)³⁵.

En algunos casos, sin embargo, las normas de valoración catastral no atienden al valor de repercusión para fijar el valor unitario sino que prevén la determinación directa de éste (norma 9.1). Pero la LSV (al igual que la legislación precedente) no permite nunca atender al valor unitario. Y si no se ha determinado (incluso por que no proceda determinarlo) el valor de repercusión, se fijará *ad hoc* por el método residual.

En efecto, como termina señalando el artículo 27.2 LSV, «en los supuestos de inexistencia o pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales, se aplicarán los valores de repercusión obtenidos por el método residual, conforme a lo dispuesto en la normativa técnica de valoración catastral», método que consiste en deducir del precio final del producto inmobiliario los diversos factores que intervienen en su formación, a excepción del suelo, al que se refiere el citado Real Decreto y ya hemos comentado, si bien en este caso no será aplicado por la Administración tributaria sino, *a posteriori*, mediante una valoración pericial.

³⁵ Por ejemplo, tomando un valor de repercusión en la parcela de 9.000 ptas/m², lo multiplicaríamos por 1,1 y 1,02, como coeficientes de actualización, por 3.400 m² que tuviese la finca, por 0,29 m²/m² (aprovechamiento objetivo) y por 0,9 (pues sólo el 90% del aprovechamiento es apropiable por el propietario).

Aunque el método residual ha sido discutido por alguna sentencia (como la de 21 de octubre de 1986, Ar. 5.276³⁶), ha sido confirmado por el Tribunal Supremo (STS 19 de noviembre de 1984, Ar. 5.782; y 4 de febrero de 1995, Ar. 1.483, entre otras muchas) y ha venido siendo aplicado, con frecuencia, por los tribunales³⁷.

El método residual, en realidad, es de aplicación como regla general. Lo que sucede es que, normalmente, dicho método habrá sido ya aplicado por la Administración tributaria para determinar el valor de repercusión, no alcanzando nunca el valor de mercado, y será a partir del valor fiscal de repercusión del que se obtendrá el valor urbanístico. En cambio, cuando se aplica el método residual sin observar el valor fiscal de repercusión, se parte de un precio por m² construido de mercado, determinado por el perito sobre la base de sus conocimientos o archivos. Desde luego, el resultado será discutible y, probablemente, distinto del que pueda ofrecer el informe de un perito distinto. No se incurre en esta falta de objetividad si se aplican los módulos correspondientes a viviendas de protección oficial pero, con razón, se arguye en contra de tal aplicación cuando estamos ante un suelo urbano destinado a viviendas de precio libre, como veremos al tratar de esta clase de suelo.

Al amparo de la legislación vigente, hay que insistir, en todo caso, que se limita la aplicación directa del método residual (sin tomar los valores previamente determinados por Hacienda con dicho método) a los «supuestos de inexistencia o pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales».

Según MERELO³⁸, sólo en el caso de que se modifique el uso y tipología se debería impedir la aplicación de los valores catastrales. Pero existen otros supuestos en que parece que ha de admitirse. Así ocurrirá, evidentemente, cuando no existan los valores catastrales pero también en caso de pérdida de vigencia de los mismos, como supuesto legal distinto de la modificación de las características urbanísticas del suelo. Hay que tener en cuenta que, aunque en la LSV se ha

³⁶ Según dicha resolución, «el fundamento final de dicha valoración es el precio que de tener lo edificado en esas fincas, para descontar todos los gastos de urbanización, construcción y demás necesarios, llegar residualmente al valor del suelo; pero ese precio de la construcción terminada no está apoyado en dato alguno que justifique su realidad... y no hay posibilidad real de que se determine la aceptación que ha de tener en el mercado; por lo que ha de ser rechazado tal criterio valorativo».

³⁷ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *El justiprecio...*, ob. cit., págs. 157 y 158.

³⁸ *La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo*, Banco de Crédito Local, Madrid, 1991, págs. 67 y ss., ob. cit., pág. 409.

suprimido el supuesto habilitante de inaplicabilidad de los valores catastrales por modificación de las condiciones urbanísticas tenidas en cuenta al tiempo de su fijación, que preveía la legislación anterior, tal supuesto puede subsumirse dentro de la categoría de pérdida de vigencia de los valores³⁹. La Sentencia de 24 de enero de 1997 (Ar. 738)⁴⁰ pone como ejemplo el caso de que el valor catastral se haya determinado para un planeamiento anterior y no haya sido rectificado bajo la vigencia del nuevo plan.

Además, la pérdida de vigencia de los valores catastrales puede producirse por el solo transcurso del tiempo. Entendemos que sería aplicable, al efecto, el plazo de diez años que fija el artículo 70.5 de la Ley de Haciendas Locales (redactado por la Ley 53/1997, de 27 de noviembre), a cuyo tenor «los valores catastrales así fijados deberán ser revisados cada diez años», de suerte que, si no lo son en dicho plazo, habrán perdido vigencia a estos efectos.

7. Valoración del suelo urbano

De la misma forma que en el suelo urbanizable, el valor urbanístico del suelo urbano resulta básicamente de multiplicar el aprovechamiento urbanístico por el valor de repercusión (art. 28).

En cuanto al aprovechamiento urbanístico y, en concreto, el porcentaje del mismo que ha de ser objeto de cesión, hay que tener en cuenta el artículo 14.2, el cual dispone que «los propietarios de terrenos de suelo urbano que carezcan de urbanización consolidada deberán... ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al diez por ciento del aprovechamiento del correspondiente ámbito; este porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística...» (pero no elevado, siendo aquí reproducible lo dicho respecto de la legislación autonómica que reduzca el aprovechamiento susceptible de apropiación, que será inconstitucional).

El aprovechamiento (objetivo) a tener en cuenta será el «resultante del correspondiente ámbito de gestión» si la urbanización no está consolidada, mientras que en el suelo urbano de urbanización consolidada, se toma el aprovechamiento del terreno concreto (art. 28.3),

³⁹ Cfr. GARCÍA G. DE MERCADO, *El justiprecio...*, ob. cit., pág. 161; y GARCÍA ERVITI, *Las valoraciones...*, ob. cit., pág. 70.

⁴⁰ Citada por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones*, ob. cit., pág. 513.

no el de la unidad o sector de gestión, pues ya ha culminado la urbanización y, con ella, la distribución equitativa de beneficios y cargas entre los propietarios, por lo que no es necesario acudir a un aprovechamiento promedio del sector.

Junto al aprovechamiento urbanístico, y al igual que en el suelo urbanizable, el valor del suelo urbano se determina también por el valor de repercusión.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que no existe un único valor de repercusión. Aunque para el suelo urbanizable se toma sólo el valor de repercusión en el polígono (art. 27 LSV), para el suelo urbano pueden aplicarse valores de repercusión más concretos.

En efecto, el valor de repercusión puede ser el básico en el polígono (VRB) o bien el valor de repercusión en la calle, zona o paraje o incluso en la parcela, aplicando ciertos coeficientes correctores que toman en consideración los condicionantes de la calle, zona, paraje o parcela dentro del polígono (normas 8 y 10 RD 1.020/93). Por consiguiente, como pone de manifiesto LÓPEZ PELLICER⁴¹, el valor fiscal del suelo que vamos a tomar para la valoración urbanística ha de fijarse en tres niveles sucesivos: en el polígono, cifrando el valor de repercusión básico en el polígono conforme al uso y tipología edificatorias características del mismo, obtenido por el método residual (normas 8.1 a) y 9.2 RD 1.020/93); en calle, tramo de calle, zona o paraje (VRC); y en la parcela (VRP).

Son impropias las expresiones «valor básico de repercusión más específico» que emplea el artículo 28.1 LSV y «valor básico de repercusión en parcela», pues el único valor básico de repercusión es el valor de repercusión en polígono. Los valores de repercusión en calle o en parcela son más específicos pero no básicos. Sin embargo, hay que entender que la Ley se refiere a éstos, cuando estén fijados, teniéndose por no puesto el calificativo de «básico».

Y también es inadecuada la referencia al «valor... más específico recogido en las ponencias de valores catastrales para el terreno concreto a valorar» (art. 28.1) y al «valor... de repercusión en parcela recogido en las ponencias de valores catastrales», pues el valor de repercusión en parcela no se recoge en dichas ponencias sino que es determinado por el Catastro tras de dichas ponencias y a partir de

⁴¹ El sistema de valoraciones urbanísticas en la reforma de la Ley del Suelo, Revista de Derecho Urbanístico núm. 126, enero-febrero 1992, pág. 31.

ellas. Las ponencias sólo contemplan el valor básico de repercusión en polígono y el valor de repercusión en calle, zona o paraje.

Para obtener el valor de repercusión en calle, tramo, zona o paraje es necesario aplicar al valor básico de repercusión en el polígono los coeficientes correctores, entre otros: 1.º, la localización, respecto de los diferentes focos de atracción, según los usos, 2.º, la accesibilidad y medios de transporte públicos, 3.º, el nivel de desarrollo del planeamiento y calidad de servicios urbanos, 4.º, la dinámica del mercado inmobiliario, y 5.º, incluso, la especificidad de la oferta o moda de la demanda (norma 8.2 a) RD 1.020/93), aunque según GARCÍA ERVITI, en la práctica de la elaboración de las ponencias de valores catastrales no llega a aplicarse ningún coeficiente corrector⁴². Y para extraer el valor de repercusión en la parcela, se aplican otros coeficientes correctores, en relación con el número y longitud de las fachadas (normas 8.3 a) y 10 RD 1.020/93).

Cabe añadir que en esta clase de suelo se admite la utilización de precios de mercado para la determinación del valor del suelo por el método residual, «a diferencia de los terrenos clasificados como suelo urbanizable, en los que resulta más difícil o imposible acudir a otros valores objetivos que no sean los establecidos para las viviendas de protección oficial». En este sentido, cabe citar, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1994 (Ar. 747), 12 de mayo de 1994 (Ar. 4.186), 18 de junio de 1994 (Ar. 5.905), 13 de octubre de 1994 (Ar. 7.408) y 15 de noviembre de 1994 (Ar. 8.818), 4 de febrero de 1995 (Ar. 1.483) y 7 de marzo de 1995 (Ar. 1.872).

Finalmente, todavía por lo que se refiere al valor de repercusión, al igual que en el suelo urbanizable, «en los supuestos de inexistencia o pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales, se aplicarán los valores de repercusión obtenidos por el método residual» (art. 28.4), respecto de lo cual es aplicable lo ya expuesto.

Ahora bien, para el suelo urbano, la nueva Ley (en su artículo 28) prevé tres supuestos distintos: el suelo urbano sin urbanización consolidada, los ámbitos de gestión que tengan por objeto la reforma, renovación o mejora urbana (como los llamados PERI o Planes Especiales de Reforma Interior), y el suelo urbano de urbanización consolidada.

La regla propia del suelo sin urbanización consolidada consiste en la aplicación, al aprovechamiento resultante del correspondiente ám-

⁴² Las valoraciones..., *ob. cit.*, pág. 72.

bito de gestión en que esté incluido el terreno, del valor de repercusión más específico (omitimos, como hemos visto, el calificativo de básico) recogido en las ponencias de valores catastrales, o determinado en aplicación de las mismas, para el terreno concreto a valorar (art. 28.1), esto es, supone la aplicación del valor de repercusión en parcela, si está determinado, o, al menos, en su defecto, el de la calle o paraje, salvo que tampoco éste esté determinado, en cuyo caso se aplicará el valor básico de repercusión en polígono.

«En los ámbitos de gestión que tengan por objeto la reforma, renovación o mejora urbana, el aprovechamiento de referencia de cada parcela, a los solos efectos de su valoración, será el resultante del planeamiento o el resultante de la edificación existente, si fuera superior» (art. 28.2), con lo que, en este caso, se evita que la modificación del planeamiento, en orden a la reforma urbana, perjudique al dueño de suelo urbano. Parece que la aplicación del aprovechamiento de la edificación existente debería limitarse, en caso de ser superior a la permitida por el planeamiento, pero el precepto no establece ninguna excepción, por lo que la Administración urbanística deberá ejercitar las facultades correspondientes para el caso de edificación con exceso de aprovechamiento (si todavía está a tiempo de hacerlo) antes de proceder a la reforma urbana. Desde luego, si el aprovechamiento realmente materializado fuese inferior al admitido por el planeamiento habrá que estar a éste, pues sólo se aplica el primero si es superior, al contrario que lo previsto por la legislación anterior (art. 56 de la Ley del Suelo de 1992), que lo aplicaba en todo caso.

Por otro lado, en el suelo urbano de urbanización consolidada, aparte de no haber cesión alguna, se aplicará siempre el valor de repercusión en parcela, pues, de no estar determinado, se aplicará el de repercusión en calle o tramo de calle corregido en la forma establecida en la normativa técnica catastral (art. 28.3). Así, en el suelo de urbanización consolidada se ha de tomar, en todo caso, el valor de repercusión en parcela, mientras que en el suelo urbanizable se aplica el valor de repercusión en polígono y en el suelo urbano no consolidado, como hemos visto, si no está determinado el valor de repercusión en parcela, se estará al valor en calle, o incluso en polígono si no estuviese determinado el anterior. Además, en este suelo (urbano de urbanización consolidada), como también hemos visto, se toma el aprovechamiento del terreno concreto (art. 28.3).

8. Valor del suelo sin atribución de aprovechamiento: los sistemas generales en suelo urbano y urbanizable

El artículo 29 LSV contempla supuestos en que el terreno concreto afectado por la expropiación carece de un aprovechamiento urbanístico determinado, en cuyo caso hay que atender al aprovechamiento medio del polígono, siendo esta regla de especial aplicación en la expropiación de terrenos para sistemas generales en suelo urbano o urbanizable.

De acuerdo con el artículo 12.1 LS de 1976, los planes generales municipales de ordenación determinarán, entre otros puntos, los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección, los espacios libres destinados a parques y zonas verdes públicos y el equipamiento comunitario. Por tanto, entran dentro de este ámbito las infraestructuras básicas de comunicación, como las carreteras o ferrocarriles, zonas verdes y equipamientos comunitarios, como hospitales o zonas educativas.

En estricta aplicación de los criterios de valoración urbanística se podría llegar a resultados injustos en los terrenos destinados a sistemas generales, pues el aprovechamiento específico del terreno es prácticamente inexistente, pero fijar el justiprecio en atención a tal dato sería inadecuado, pues supondría la práctica confiscación de dichos terrenos mientras que a los colindantes se les abonaría un precio muy superior. Para evitar esta injusticia y por mor del principio de equidistribución de los beneficios y las cargas que consagra la legislación urbanística se acude al aprovechamiento medio⁴³ o tipo.

ROCA CLADERA⁴⁴ pone de relieve que «si partimos de la tesis de que cada propietario lo es, en suelo urbano, de los aprovechamientos precisos que, en virtud a la calificación urbanística, el plan le otorga, deberíamos llegar a la conclusión (debidamente matizada) de que el propietario afectado al uso del sistema lo es del vial, zona verde o equipamiento de que se trate. Y por lo tanto, lo es del valor que dicho uso del suelo adquiere, o es susceptible de adquirir, en el mercado, puesto que son éstos, y no otros, los aprovechamientos que el plan le permite. Reconocer otros derechos fuera de los mencionados representa forzar, descomponer incluso el principio general según el cual

⁴³ Cfr. GÓMEZ-FERRER MORANT, *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1971.

⁴⁴ *La problemática de la valoración urbanística en la Ley del Suelo*, Revista de Derecho Urbanístico núm. 97, págs. 510 y ss.

es el plan el que otorga el contenido urbanístico al derecho de propiedad», por lo que el citado autor propone la aplicación de un aprovechamiento urbanístico potencial (págs. 520 y ss.).

Por su parte, CHINCHILLA PEINADO⁴⁵ advierte que el aprovechamiento lucrativo que hay que tomar como referencia es el atribuido a las parcelas colindantes, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1995 (Ar. 4.610), con la que concuerdan las de 18 de diciembre de 1992 (Ar. 9.879) y 1 de diciembre de 1992 (Ar. 9.787), al establecer que «la valoración [del terreno] ha de ser independiente de su destino a vial en el plan, ya que lo que ha de abonarse es el bien en la situación que el propio plan establece por lo que existiendo éste ha de estarse a lo permitido por él o, en su caso, al aprovechamiento medio fijado a los polígonos o unidades de actuación sujetas a reparcelación, y si en aquél no se fijase aprovechamiento alguno por razón de la calificación de los terrenos expropiados como zona de parques, jardines, o con destino a viales, al de los terrenos colindantes, pues sólo así se cumple el reparto equitativo de beneficios y cargas del planeamiento, ya que la satisfacción del interés público, razón de ser los sistemas generales, como lo es al que sirve la zonificación de parques y jardines o destino a vial, no puede ser a costa del sacrificio singularizado de un particular»; y «si en el procedimiento administrativo previo de determinación del justiprecio y en el posterior proceso contencioso-administrativo no se ha aportado el aprovechamiento que corresponde a los terrenos colindantes, el aprovechamiento que deberá tomarse como referencia vendrá referido por las ponderación de los valores señalados a parcelas o solares afectados por la misma obra y colindantes con los... expropiados...».

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1990 (Ar. 576) explica que «el justiprecio del Jurado de Expropiación parte del error de valorar los terrenos según el valor urbanístico reconocido a los mismos según su consideración en el planeamiento como zona verde (sistema de parques y jardines de nueva creación, de carácter local), sin atender a un criterio básico de distribución de cargas y beneficios del planeamiento en lugar de acudir al aprovechamiento medio, como acertadamente hace el perito procesal». En la misma línea cabe citar las Sentencias de 12 de julio de 1990 (Ar. 5.863), 12 de abril de 1997 (Ar. 3.230) y 16 de julio de 1997 (Rec. 404/92).

⁴⁵ *Ejecución del planeamiento...*, ob. cit., pág. 34.

Por lo expuesto, concluye GONZÁLEZ-BERENGUER⁴⁶ que «el suelo afectado por sistemas generales tiene un aprovechamiento [aunque el artículo 51 R.G. (hoy derogado) dijera de ellos que tiene "aprovechamiento cero"]. Este aprovechamiento se traduce: a) en un justiprecio; o b) en un derecho a edificar... Lo que sucede es que es un aprovechamiento no emplazable en el lugar (en el que va una dotación), sino en otro sito (o bien es indemnizable en dinero)».

Ahora bien, hay que precisar que el sistema expuesto sólo es aplicable si el plan no atribuye un determinado aprovechamiento al suelo destinado a sistemas generales. Como advierte la Sentencia de 6 de febrero de 1997 (Ar. 751), tras reproducir la doctrina antes expuesta sobre la aplicación del aprovechamiento medio, «la valoración de los terrenos dedicados a sistemas generales en función de la edificabilidad obtenida del entorno no es aplicable, pues, cuando el plan tiene prevista una edificabilidad concreta para el suelo de que se trate». Lo confirma el artículo 29 LSV, que limita su aplicación a «los supuestos de carencia de planeamiento o cuando, en suelo urbano o urbanizable, no se atribuya aprovechamiento lucrativo alguno al terreno no incluido en un determinado ámbito de gestión».

Finalmente, si tampoco está determinado el aprovechamiento de las fincas colindantes, será aplicable el aprovechamiento de 3 m³/m² que establecía el artículo 146 del Reglamento de Gestión Urbanística para el caso de que el suelo urbano careciese de plan (y que viene a equivaler a 1 m³/m², para una altura entre pisos de 3 metros). Pero a este último aprovechamiento teórico sólo es posible acudir en último término, por ejemplo cuando no exista plan. Así, para la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1995 (Ar. 4.610), en «actuaciones aisladas en las que existe plan... por tanto no se puede aplicar la regla de tres metros cúbicos por metro cuadrado». A ello cabría añadir, a nuestro juicio, el supuesto en que exista plan pero no prevea suelo urbano colindante ni siquiera próximo al suelo a valorar.

9. *Sistemas generales en suelo no urbanizable*

Se ha discutido si el suelo destinado a sistemas generales y clasificado como no urbanizable ha de ser valorado como tal o bien como suelo urbanizable.

⁴⁶ GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA, *El suelo para sistemas generales no se vede gratuitamente jamás*, Revista de Derecho Urbanístico núm. 135, octubre-diciembre 1993, págs. 75 y ss.

SERRANO ALBERCA⁴⁷ defiende que «cuando se trata de expropiar terrenos que el plan tiene clasificados como sistemas generales, la jurisprudencia ha considerado que la valoración de estos terrenos, aunque no están clasificados como suelo urbanizable y originariamente fueran rústicos, su destino urbanístico en el plan los equipara a los suelos urbanizables». Cita, en apoyo de su tesis, la Sentencia de 29 de enero de 1994 (Ar. 263)⁴⁸ que, en un supuesto de terrenos destinados a «protección de viales» no clasificados expresamente como suelo urbano, urbanizable o no urbanizable, son considerados como urbanizables «por estar [el suelo] destinado a completar el sistema general viario del municipio, y como tal, debe considerarse una obra de infraestructura básica, cuya realización ha de implantarse en suelo urbano o urbanizable, según lo dispuesto por el artículo 12 del Texto Refundido... de... 1976... [porque], al incluir el artículo 12.1 b) del citado Texto Refundido de 1976 entre las previsiones para el suelo urbano y el urbanizable el trazado y características de la red viaria y el desarrollo de los sistemas de la estructura general de ordenación urbanística del territorio, debe llegarse a la conclusión de que... el terreno expropiado... no puede considerarse como suelo no urbanizable».

Pero la citada sentencia trata de un supuesto en que el suelo no estaba clasificado expresamente como urbano, urbanizable o no urbanizable, debiendo proceder a su clasificación a los efectos de su valoración. Como recuerda, además, la Sentencia de 13 de febrero de 1988 (Ar. 9.780), el sistema general puede quedar al margen de la clasificación y calificación del suelo. No obstante, para su valoración deberán encuadrarse en alguna clase de suelo.

La cuestión puede entenderse resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1997 (Ar. 891), ponente Excmo. Sr. XIOL RÍOS⁴⁹. En primer lugar, explica que «en una línea iniciada por las Sentencias de 29 de enero de 1994 (Ar. 263)... y 3 de diciembre de 1994 (Ar. 10.473)... en los casos sometidos a la vigencia de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, hemos declarado que el suelo: a) incluido por el planeamiento en los sistemas generales; b) fuera de los ámbitos delimitados en los planes normativos como suelo urbano, urbanizable y no urbanizable, y c) destinados a completar la infraestructura básica del municipio, debe ser clasificado, a

⁴⁷ *Ob. cit.*, pág. 155.

⁴⁸ En igual sentido, STS 9 de mayo de 1994 (Ar. 4.120).

⁴⁹ Citada por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoración*, *ob. cit.*, págs. 511 y 512.

efectos de su valoración urbanística, como urbanizable, pues aquellas infraestructuras han de implantarse en suelo urbano o urbanizable». Comprobamos así que esta doctrina se refiere a supuestos en que el suelo no ha sido clasificado expresamente y no se comprenden cualesquiera sistemas generales sino la infraestructura básica del municipio, lo que excluye, por lo pronto, los sistemas viarios supramunicipales (como las carreteras autonómicas o nacionales) u otros sistemas generales supramunicipales, como puedan ser los aeroportuarios.

Añade, además, la meritada Sentencia de 6 de febrero de 1997 que, «posteriormente, en la Sentencia de 30 de abril de 1996 (Ar. 3.645)... se ha partido de la premisa de que «la clasificación como no urbanizable del suelo dedicado a sistemas generales en los planes generales municipales no puede hacerse de manera que suponga la singularización y el aislamiento del suelo afectado, pues el trazado y características de la red viaria y el desarrollo de la estructura general de la ordenación urbanística del territorio (arts. 12.2.1 e) y 2.2 a) de la Ley del Suelo, 1976) se incluyen específicamente entre las previsiones para el suelo urbano y el urbanizable, sin perjuicio de la previsión más general acerca de la determinación en los planes generales municipales de ordenación de los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección (art. 12.1 de la Ley), lo que no excluye, lógicamente, que puedan proyectarse también sobre suelo no urbanizable».

En suma, la consideración como suelo urbanizable del destinado a sistemas generales en terrenos clasificados por el planeamiento como no urbanizables se ha de referir a los supuestos en que esa clasificación singularice, aparte o distinga esos terrenos de los de su entorno, esto es, que el sistema general esté enclavado en suelo urbano o urbanizable. Pero en un entorno de suelo no urbanizable, los sistemas generales deberán valorarse como tal. La última sentencia citada corrobora nuestra opinión de que pueden existir sistemas generales en suelo no urbanizable y no adscritos a otra clase de suelo.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 se refería a sistemas generales situados o adscritos en relación con suelo urbano o urbanizable (en sus artículos 59 y 60, declarados inconstitucionales), pero no excluía tampoco el suelo no urbanizable. En semejante sentido, el artículo 29 LSV se refiere a terrenos sin atribución de aprovechamiento sólo en suelo urbano y urbanizable. Tampoco creemos que sea decisiva la referencia legal a los sistemas generales al tratar de las determinaciones del planeamiento en relación con el suelo urbano o urbanizable (Cfr. artículo 12.1 b) LS de 1976), puesto que no se trata

de que, por ejemplo, la red viaria pública sea exclusiva del suelo urbano, sino de que al diseñar el planeamiento del suelo urbano hay que indicar el trazado y características de la red viaria pública.

Negar la posibilidad de sistemas generales en suelo no urbanizable, criterio defendido por SERRANO ALBERCA, lleva al absurdo de que las grandes vías de comunicación, como las autovías o los ferrocarriles, se consideren como suelo urbano allá por donde pasen y deban valorarse como tal en todos los municipios de su trazado, de modo que, por gracia del tiralíneas del Ministerio de Fomento o la Consejería autonómica del ramo, unos terrenos que pueden ser baldíos y lejanos a todo núcleo urbano deban valorarse en precio superior a otros, no urbanizables, mejores tanto desde el punto de vista de potencial agrícola como de potencial de desarrollo urbano.

En realidad, valorar terrenos no urbanizables como urbanizables por el hecho de merecer el paso de un sistema general no sólo prescinde de la clasificación del planeamiento sino que, además, puede ser altamente difícil⁵⁰. No puede valorarse el terreno no urbanizable afectado por un sistema general por su valor urbanístico cuando carezca de aprovechamiento urbanístico no sólo en sí mismo sino tampoco como promedio de la zona, pues no se encuentre en ningún polígono, unidad o sector que lo tenga fijado.

Las prescripciones especiales de los artículos 59 y 60 LS de 1992 (declarados inconstitucionales) derivaban de la necesidad de no discriminar a los propietarios de suelo urbano o urbanizable adscrito a sistemas generales respecto de los dueños de igual suelo pero sin estar adscrito a los sistemas generales, toda vez que el aprovechamiento urbanístico no es, lógicamente, el mismo, y por ello se establecen reglas especiales de aplicación de ciertos porcentajes sobre el aprovechamiento tipo de la zona. Este problema no se plantea en el suelo no urbanizable, puesto que su valoración no se computa el aprovechamiento urbanístico por lo que no se ve afectada, directamente, por la adscripción a sistemas generales.

No compartimos el criterio de SERRANO ALBERCA⁵¹ en el sentido de que «la construcción de un sistema general... produce un beneficio a la comunidad y producirá un enriquecimiento injusto a la Administración expropiante si el suelo no fuera valorado conforme a tal bene-

⁵⁰ Así, la STS de 24 de enero de 1997 (Ar. 738) advierte que no pueden desconocerse las dificultades de determinar el valor del suelo destinado a sistemas generales, no incluido en unidades de ejecución.

⁵¹ *Ob. cit.*, pág. 306.

ficio». Antes al contrario, cuando se produciría un enriquecimiento injusto sería si el propietario de un terreno tuviese que recibir el valor del terreno no por su valor intrínseco sino por el valor, superior, de la utilidad que reportará una vez que se realice la actuación administrativa correspondiente.

Podemos convenir con SERRANO en que «el puro hecho o circunstancia de que una red viaria no esté contemplada en un plan de urbanismo no la priva de su carácter de sistema general»⁵²; pero no vemos el sentido de afirmar que la valoración del terreno destinado a sistemas generales «hace reaparecer el *ius aedificandi* latente como criterio compensatorio del beneficio», ni puede aceptarse que sea una incongruencia o una iniquidad que las expropiaciones de sistemas generales puedan valorarse al valor inicial.

10. Deducción de gastos de urbanización pendiente

El artículo 30 LSV, precepto semejante al del artículo 54 LS de 1992, establece la obligación de deducir de la valoración del suelo urbano o urbanizable los gastos de urbanización pendiente, que deriva de la obligación de «costear y, en su caso, ejecutar la urbanización» que se impone al propietario de suelo urbano que carezca de urbanización consolidada o de suelo urbanizable (arts. 14. 2 e) y 18.6 LSV).

De este modo, si la urbanización no está ejecutada, lo que sucederá normalmente en el suelo urbanizable e incluso en el urbano cuando deba realizarse una nueva urbanización (por ej., por un Plan Especial de Reforma Interior), deberá reducirse el valor del suelo en el coste de la urbanización. Si se aplica el método residual ello se conseguirá deduciendo del valor del m² construido también el coste de la urbanización.

Como explica GONZÁLEZ PÉREZ⁵³, dado que para la valoración del suelo urbano o urbanizable (salvo éste cuando no esté incluido en ámbitos delimitados por el planeamiento o respecto del cual dicho planeamiento no establezca condiciones para su desarrollo) se atiende al aprovechamiento y el valor de repercusión y, debido a que, para el cálculo de este valor de repercusión, se presupone la existencia de urbanización y, por ende, se han tenido en cuenta los costes de la urbanización en su determinación, «cuando la urbanización estuviese in-

⁵² *Ob. cit.*, págs. 160 y ss.

⁵³ *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, ob. cit.*, págs. 524 y 525.

completa, deberán deducirse los gastos que hubiese que realizar para su terminación, y, en su caso, los gastos financieros y de gestión».

Por ello, creemos correcta la deducción pues la parcela sin urbanizar valdrá tanto menos que la urbanizada como el coste de la urbanización. Ahora bien, en la LSV falta una norma equivalente al artículo 50.2 de la Ley del Suelo de 1992 en el sentido de que prevalece sobre el valor urbanístico, en caso de ser superior, el valor inicial o agrícola (art. 50.2), y, de hecho, no parece imposible que el valor agrícola de una finca pudiera ser superior al de la misma como terreno urbanizable pero no urbanizado y escasamente edificable, con lo que se pueden alcanzar valoraciones negativas para suelos urbanos de escaso aprovechamiento y alto coste de urbanización, lo que no es de recibo.

En relación con los gastos de urbanización, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997 (Rec. 4.197/93), de la que fue ponente el Excmo. Sr. GONZÁLEZ RIVAS, parece imponer la carga de la prueba de la falta de urbanización a quien los pretende deducir, al considerar improcedente su deducción debido a que «en ningún momento se ha alegado, ni mucho menos acreditado ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional que la parcela expropiada estuviera sin urbanizar y, en consecuencia, tampoco el presupuesto de esos hipotéticos gastos de urbanización». Pero, si bien es lógico que pruebe el importe de los gastos quien los invoca, quizá no lo es tanto presumir la urbanización de la finca.

En esta línea, GARCÍA ERVITI³⁴ afirma que lo habitual es que la ponencia de valores catastrales haya tenido en cuenta el estado del proceso de gestión y urbanización de los terrenos, descontando los costes de urbanización y gestión que el promotor deba asumir en el futuro, de modo que, como quiera que el artículo 30 LSV previene esta deducción «cuando proceda», «puede concluirse que sólo procederá aplicarla en el improbable supuesto de que el valor de repercusión de la ponencia no haya considerado el estado real de desarrollo de la gestión y urbanización de los terrenos».

Admitimos que, en general, el Catastro tenga en cuenta la urbanización pendiente, aunque pueda haber algún caso en que ello no sea así. Ahora bien, la práctica nos demuestra que, al menos en ocasiones, los peritos que aplican el método residual no han tenido en cuenta esos gastos pendientes, por lo que en tal caso (una vez acreditada la

³⁴ *Las valoraciones...*, ob. cit., págs. 76-78.

pendencia de esos gastos y su desconsideración por el perito) podrá invocarse la infracción del artículo 30 LSV.

Por otra parte, frente al descuento de los gastos de urbanización pendiente, los gastos de la urbanización ya ejecutada deben ser abonados al expropiado. Dice así el artículo 44.1 LSV que «serán en todo caso indemnizables los gastos producidos por el cumplimiento de los deberes inherentes al proceso urbanizador, dentro de los plazos establecidos al efecto, que resulten inservibles como consecuencia de un cambio de planeamiento o por acordarse la expropiación».

Así, GARCÍA ERVITI³⁵ propone la «adición al valor resultante de los costes de gestión y urbanización efectuados desde la fecha de aprobación de la ponencia hasta el momento a que haya de referir la valoración y que incrementan el valor del terreno en relación con la situación considerada en la ponencia» catastral.

11. Valoración de obras y otros bienes y derechos

Para la valoración de obras y otros bienes la LSV se remite, fundamentalmente, a la LEF aunque contiene algunas precisiones, las cuales, obviamente, sólo serán aplicables a las expropiaciones urbanísticas, puesto que la eficacia general de las valoraciones de la legislación urbanística sólo se refiere al suelo.

No tiene sentido que se sigan conservando normas de valoración distintas según la clase de expropiación de que se trate. Al tiempo que el legislador de 1990 derogó las normas de la LEF sobre valoración del suelo, para que se aplicasen sólo las de la legislación urbanística, debió derogar, por coherencia, las normas valorativas de bienes distintos al suelo de la legislación urbanística, para que, en este punto, se apliquen únicamente las normas de la legislación expropiatoria (sin perjuicio de las modificaciones que de ésta procedan). Con todo, la LSV contiene escasas normas distintas a las de la LEF y las mismas suponen más una modulación o especificación que una valoración radicalmente distinta, por lo que, en este ámbito, no parece que se vaya a producir la «lotería expropiatoria» que se denunciaba, antes de 1990, por la diferente valoración del suelo según que la expropiación fuese o no urbanística.

De conformidad con el artículo 31.1 LSV, «las plantaciones, sembrados, obras e instalaciones que existan en el suelo, salvo que por su

³⁵ *Las valoraciones...*, ob. cit., pág. 77.

carácter de mejoras permanentes hayan sido tenidas en cuenta en la determinación del valor del terreno, se valorarán, con independencia del mismo, con arreglo a los criterios de la Ley de Expropiación Forzosa y su importe será satisfecho a sus titulares».

Advierte GONZÁLEZ PÉREZ ⁵⁶ que «los elementos distintos del suelo pueden haberse tenido en cuenta a efectos de la determinación del valor inicial o urbanístico correspondiente al suelo... por ejemplo... en atención a la existencia de un pozo construido en el terreno... [o] la existencia de un acceso rodado construido por el propietario, etc. Cuando así ocurra, cuando unos elementos ya han jugado a efectos de tasación del suelo, no existe razón alguna para que se justiprecien con independencia, abonándose al propietario tal justiprecio, además del que corresponda al suelo». En caso contrario, se justipreciarán con independencia del suelo.

Con todo, la jurisprudencia ha admitido la tasación independiente de elementos que pudieron tenerse en cuenta para la calificación de la finca, distinguiendo entre la existencia misma de esos elementos, que determinó la valoración del suelo, por ej., la existencia de un sistema de riego para valorar una finca como de regadío, y el valor de las instalaciones correspondientes (STS 10-3-1973, Ar. 1.041; 14-11-1979, Ar. 3.985; 9-6-1980, Ar. 2.335; y 2-3-1993, Ar. 1.612).

Por lo que se refiere a las edificaciones, el artículo 31.2 LSV establece que su valor «que, asimismo, se calculará con independencia del suelo, se determinará de acuerdo con la normativa catastral en función de su coste de reposición, corregido en atención a la antigüedad, y estado de conservación de las mismas». Ello supone una remisión al Real Decreto 1.020/93, de 25 de junio de 1993, sobre normas técnicas de valoración y cuadro marco de valores del suelo y de las construcciones para determinar el valor catastral de los bienes inmuebles de naturaleza urbana (en especial, sus normas II a 14). Por otro lado, a diferencia de la Ley del Suelo de 1992, el precepto citado no toma en consideración la conformidad o disconformidad con el planeamiento, lo que nos parece criticable. De esta manera, se premia la vulneración de la legalidad urbanística. Incluso un puro criterio de mercado tendría en cuenta la ilegalidad de la edificación y sus posibles consecuencias.

Según el artículo 31.3 LSV, «las indemnizaciones a favor de los arrendatarios rústicos y urbanos se fijarán de acuerdo con lo previsto

⁵⁶ *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo...*, ob. cit., pág. 527.

en la LEF», que lo que hace es remitirse, a su vez, en su artículo 44, a «las normas de la legislación de arrendamientos».

Y, dentro de ésta, si bien la Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980, sí estatuye, en su artículo 100.1, ciertas reglas de valoración, la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de noviembre de 1994, omite valorar los arrendamientos a efectos expropiatorios. Habrá que estar, pues, a la jurisprudencia, que atiende, fundamentalmente, a la capitalización al 10% de la diferencia entre la renta que se venía pagando y la que habría de satisfacer el expropiado para obtener una vivienda o local de negocio de análogas características, capitalización que supone multiplicar por 10 la diferencia expresada (STS 24-5-1986, Ar. 2.999; 7-10-1995, Ar. 7.839; y 12-2-1996, Ar. 1.073) ⁵⁷.

Resulta, por tanto, cuando menos curiosa la remisión de una Ley recién aprobada a otra, que reenvía la cuestión, a su vez, a otras leyes, una de las cuales guarda silencio sobre la cuestión.

Sobre la valoración de los derechos reales sobre bienes inmuebles, el artículo 32.1 LSV dispone que «la valoración de las concesiones administrativas y los derechos reales sobre inmuebles, a los efectos de su constitución, modificación o extinción, se efectuará con arreglo a las disposiciones sobre expropiación que específicamente determinen el justiprecio de los mismos; subsidiariamente, según las normas del Derecho administrativo, civil o fiscal que resulten de aplicación».

Llama la atención que se atienda a las disposiciones expropiatorias en primer lugar y que la legislación fiscal (sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales) se cite en último lugar, cuando la LEF regula únicamente la valoración de concesiones (art. 41) y, respecto de los demás derechos reales, se remite, pura y simplemente, a la legislación fiscal (art. 42). Aclara esta cuestión PERA VERDAGUER ⁵⁸, el cual, al analizar la remisión de la Ley del Suelo a las disposiciones sobre expropiación, manifiesta que «creemos que este envío no lo es a la Ley de Expropiación, por la sencilla razón de que en ésta, relativamente a la valoración de derechos reales sobre bienes inmuebles, contiene solamente... [una remisión a la] legislación del impuesto sobre derechos reales; si en... la Ley del Suelo se admite igualmente la aplicación de esta legislación de derechos reales, para la práctica de estas mismas valoraciones, pero ello con carácter subsidiario a las normas

⁵⁷ Sobre la valoración de la indemnización a los arrendatarios, Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, *El justiprecio...*, ob. cit., págs. 188 y ss.

⁵⁸ *Expropiación forzosa en la Ley del Suelo*, Barcelona, 1966, pág. 189.

de Derecho administrativo o civil, debe concluirse que nunca podrán anteponerse los preceptos de la legislación fiscal a estos que acabamos de citar, merced a un primer envío hecho por la Ley del Suelo a «disposiciones sobre expropiación». Parece ser que el legislador [urbanístico]... quiso prever la posibilidad de que en algún texto legal o complementario referente a expropiación forzosa pudiera contenerse precepto sobre asignación de justiprecio a derechos reales, y para tal evento incluyó en primera línea... este envío a las disposiciones sobre expropiación que específicamente determinen el justiprecio de los derechos reales».

En realidad, la especialidad de la LSV no es la aplicación preferente de normas expropiatorias especiales, que también prevalecerían sobre la norma general de la LEF sino la inclusión entre las primeras y la legislación fiscal, a la que, igualmente, se remite la LEF, de normas de Derecho administrativo o civil que regulen la institución, normas que, en cambio, no tendrían aplicación preferente en una expropiación no urbanística. En la práctica, el problema no se suele plantear, puesto que el único supuesto que se puede citar, con PERA VERDAGUER, es el de los preceptos del Código Civil sobre redención de censos. GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁹ cita también el supuesto de las normas sobre rescate de concesiones administrativas, pero a éstas ya se refiere el artículo 41 LEF, que da preferente aplicación a las normas especiales sobre valoración de concesiones administrativas en caso de expropiación o rescate. Más valdría, por tanto, remitirse, pura y simplemente, a lo dispuesto por la LEF, y, si se considera oportuno, modificar ésta.

En otro orden de cosas, el artículo 32.2 LSV determina que «al expropiar una finca gravada con cargas, la corporación u organismo que la efectuaré podrá elegir entre justipreciar cada uno de los derechos que concurren con el dominio para distribuirlo entre los titulares de cada uno de ellos, o bien valorar el inmueble en su conjunto y consignar el importe en poder del Juzgado, para que éste fije y distribuya, por el trámite de los incidentes, la proporción que corresponda a los respectivos interesados». Esta opción de la Administración expropiante no es discrecional. El artículo 135 del Reglamento de Gestión Urbanística (vigente aún) precisa que se aplicará el primer sistema cuando el contenido económico de los derechos esté taxativamente determinado, de modo que sólo procederá el segundo (distribución judicial) cuando no sea determinable de forma taxativa.

⁷⁹ *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones, ob. cit.*, pág. 549.

III. SEGUNDA PARTE: OTROS ASPECTOS DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

1. *La legislación urbanística y el procedimiento expropiatorio*

Entrando ya en el título IV de la LSV, sobre las expropiaciones, el artículo 33 dispone que «la aprobación de los planes de ordenación urbana y de delimitaciones de ámbitos de gestión a desarrollar por expropiación implicará la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de ocupación de los terrenos y edificios correspondientes, a los fines de expropiación o imposición de servidumbres» (cuya imposición implica también, realmente, una expropiación, aunque sea parcial, a la vista de los amplios términos del artículo 1 LEF). No obstante, si el plan no contiene una relación de los bienes y derechos concretos afectados por la expropiación, el expediente expropiatorio propiamente dicho no comenzará hasta que se aprueba esa relación (Cfr. artículo 17 LEF).

Los artículos 34 y 35 LSV contienen declaraciones generales que vienen a plasmar reglas que, de uno u otro modo, ya se deducen de la legislación vigente. El primero admite la expropiación por razón de urbanismo para cumplir las finalidades previstas en la legislación urbanística y también por incumplimiento de la función social de la propiedad, con los requisitos de la LEF. Lo primero se halla implícito en el precepto anterior y lo segundo resulta ya amparado por la LEF. Y el artículo 35 LSV se limita a someter la potestad expropiatoria a la LSV y el resto de la legislación urbanística, siendo de aplicación supletoria la LEF.

En relación con la determinación del justiprecio, la LSV prevé, junto al procedimiento expropiatorio general, que denomina de expropiación individualizado y que es el más frecuente, un procedimiento de tasación conjunta (art. 36). A pesar de la denominación de tasación conjunta, que hace referencia a la existencia de un único expediente para distintos propietarios expropiados, el justiprecio se fija de manera individualizada, puesto que debe contener hojas de justiprecio individualizadas y las tasaciones se notifican, y en su caso se impugnan, individualmente (art. 202.1 c), 4 y 7 del Reglamento de Gestión Urbanística). Advierte, por ello, SERRANO ALBERCA⁸⁰ que «lo

⁸⁰ *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Ed. Aranzadi, 1995, pág. 140.

conjunto no es la tasación sino la unión de dos piezas del expediente expropiatorio» (la de necesidad de ocupación y la de justiprecio).

La LSV, además, otorga al procedimiento de tasación conjunta los efectos propios del procedimiento de urgencia, al disponer, en su artículo 38, bajo la rúbrica de «aprobación y efectos del procedimiento de tasación conjunta», que «el pago o depósito del importe de la valoración establecida por el órgano competente al aprobar el proyecto de expropiación habilitará para proceder a la ocupación de la finca y producirá los efectos previstos en los números 6, 7 y 8 del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa [sobre el procedimiento de urgencia], sin perjuicio de la valoración, en su caso, por el Jurado Provincial de Expropiación y de que puedan seguir tramitándose los recursos procedentes respecto a la fijación del justiprecio. Asimismo habilitará para proceder a la ocupación de las fincas la aprobación del documento de adjudicación de las futuras parcelas en que se hubiera concretado el pago en especie...».

Por lo que se refiere a la ocupación e inscripción en el Registro de la Propiedad, el artículo 39 LSV viene a coincidir, en lo sustancial, con el artículo 53 LEF, completado por el artículo 52.7.⁶ para las expropiaciones urgentes. Puede decirse aquí lo mismo que en relación con la valoración de bienes y derechos distintos del suelo. Lo lógico sería reformar la LEF, introduciendo las mejoras y aclaraciones que el artículo 39 LSV contiene.

2. Reversión

Por último, debe destacarse la regulación de la reversión en el artículo 40 LSV.

Como advierten PÉREZ-CRESPO y BERMÚDEZ⁶¹, la regulación de la reversión por parte de la legislación urbanística es parcial, al incluir sólo los supuestos donde procede el derecho de reversión, por lo que esta fragmentaria normativa deberá completarse, en materia de procedimiento exclusivamente, por lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa, de acuerdo con la remisión expresa que realiza, ahora, el artículo 35 LSV. Y estiman que la consideración del derecho de reversión como derecho de configuración legal justifica las matizaciones introducidas respecto a los supuestos de reversión generales contemplados en la LEF.

⁶⁰ *Los interdictos contra la Administración y el derecho de reversión, en La Ley de Expropiación Forzosa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 221.

Aunque el artículo 40.1 LSV parte de la regla de que «los terrenos de cualquier clase que se expropian por razones urbanísticas deberán ser destinados al fin específico que se estableciese en el plan correspondiente», los siguientes apartados del propio artículo 40 LSV introducen una serie de reglas que vienen a limitar la reversión y consagrar supuestos de no reversión.

La justificación de esta limitación a la reversión es explicada del modo siguiente por GONZÁLEZ PÉREZ⁶²: «la obra para la que se expropia un terreno ordenado es la obra de urbanización. Luego, aplicando principios generales, la reversión procederá cuando no se destine a esa obra». En principio, si «se expropió para un plan que preveía una ordenación. Esto supone que, si no se urbaniza según esa ordenación concreta, hay reversión. Por tanto, siempre que se modificara un plan existiría una ordenación distinta y procedería la reversión. Esto supondría el caos. En todos los municipios de España se producirían reversiones continuas. El fin del plan es la urbanización. Lo otro —que el terreno tenga un destino determinado— es accidental».

Lo fundamental aquí es que se admite la alteración del uso que motivó la expropiación sin que ello implique reversión de los bienes expropiados, lo que ha venido admitiendo la legislación urbanística. De este modo el artículo 40.1 LSV parte de la regla de que «los terrenos de cualquier clase que se expropian por razones urbanísticas deberán ser destinados al fin específico que se estableciese en el plan correspondiente», pero el segundo apartado del propio artículo 40 LSV añade que «si en virtud de modificación o revisión del planeamiento se alterara el uso que motivó la expropiación procederá la reversión salvo que concurriera alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el nuevo uso asignado estuviera adecuadamente justificado y fuera igualmente dotacional público. b) Que el uso dotacional que motivó la expropiación hubiese sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años».

Por consiguiente, hay que destacar que la simple modificación o revisión del planeamiento no conlleva la reversión. Es necesario que se modifique el uso. Y, además, que no concurra ninguna de las circunstancias expresadas. Así, PÉREZ-CRESPO y BERMÚDEZ⁶³ precisan que es la modificación del fin asignado en el plan y no la sustitución de éste la que origina el derecho de reversión (STS 23-9-1990, Ar. 7.551; y

⁶² *Comentarios a la Ley sobre régimen del Suelo y Valoraciones*, ob. cit., págs. 679 y 680.

⁶³ *Ob. cit.*, págs. 223 y 224.

18-2-1991, Ar. 721); a lo que añaden, en segundo lugar, que el fin al que se afecta el bien expropiado por razones de urbanismo ha sido interpretado en términos amplios, considerando suficiente el mantenimiento de la finalidad esencial de la expropiación (STS 3-3-1992, Ar. 800), especialmente en aquellos casos en que no se expropió como individualidad sino como parte integrante de un todo, lo que supone una afección genérica y no pormenorizada del uso o destino específico (STS 3-6-1991, Ar. 4.980; y 14-2-1992, Ar. 812). Añaden estos autores que mientras que el primer supuesto contemplado hoy por el artículo 40.2 LSV supone aceptar aún con un alcance muy limitado las expropiaciones por economía (con lo que no estamos de acuerdo, por se mantiene no sólo un fin público sino un fin público urbanístico y, además, de carácter dotacional público), la segunda implica el rechazo de la permanencia necesaria de la *causa expropriandi* (lo que nos parece razonable).

GONZÁLEZ PÉREZ⁶⁴, interpretando el artículo 40.2 LSV, afirma que el segundo supuesto «carece de sentido» y «no tiene justificación» y, en relación con el primer supuesto del mismo, apunta que la nueva norma añade, respecto de la legislación anterior, el requisito de que el nuevo uso esté adecuadamente justificado, y pone de manifiesto que tanto el uso inicial como el nuevo han de ser dotacionales públicos, por lo que quedan excluidos los terrenos expropiados para una dotación de carácter privado (poniendo como ejemplo un centro docente privado), si bien, por contra, si se reputa uso dotacional público el de viviendas de protección pública en suelo de titularidad pública. Y aclara, por lo demás, que «no será necesario que el terreno expropiado hubiese llegado a ser afectado a las dotaciones públicas que fueron la causa de la expropiación».

Por lo demás, el mismo autor⁶⁵ niega que el brevísimo plazo de un mes del artículo 55 LEF, para pedir la reversión, comience a correr el día siguiente de la publicación del cambio de planeamiento sino que, de acuerdo con la jurisprudencia relativa al artículo 55 LEF sería necesario un previo acto de notificación personal o que el reversionista compareciera al efecto ante la Administración.

A continuación, el artículo 40.3 LSV pretende evitar el fraude para el expropiado que podría derivar del aumento en los usos e intensidades, en particular la edificabilidad, de los terrenos expropiados, al es-

⁶⁴ *Comentarios a la Ley sobre régimen...*, ob. cit., págs. 686 y 687.

⁶⁵ *Comentarios a la Ley sobre...*, ob. cit., pág. 697.

tablecer que «procederá la reversión de los terrenos expropiados para la formación o ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo si, como consecuencia de una modificación del planeamiento que no se efectúe en el marco de la revisión de éste, se alteraran los usos, intensidades o aprovechamientos y ello supusiera un incremento de valor de los mismos».

Como pone de relieve GONZÁLEZ PÉREZ⁶⁶, si a los bienes expropiados para la formación o ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo se les diera otro destino, procedería la reversión, de modo que el artículo 40.3 LSV no limita la reversión sino que añade un supuesto nuevo de reversión, y así «trata de evitarse la expoliación que supone para el expropiado justipreciar el terreno por un valor inferior al que constituye el destino de los bienes objeto de expropiación».

Finalmente, los apartados cuarto y quinto del artículo 40 LSV vuelven a conferir una regulación especial al derecho de reversión tal y como está regulado en la LEF, pues se establece un plazo de 10 años dentro del cual debe procederse a la urbanización. Ello se predica de «los supuestos de terrenos incluidos en un ámbito delimitado para su desarrollo por el sistema de expropiación» y «las expropiaciones de terrenos motivados por el incumplimiento de deberes urbanísticos vinculados al proceso de urbanización».

Si no fuera por estas normas, a falta de regulación especial, habría que estar a las reglas generales de la LEF para el caso de inejecución de la obra o no establecimiento del servicio. Con carácter general, al interpretar el artículo 54 LEF, se parte de que no basta, para la reversión, un simple retraso (aunque ello sea luego matizado), lo que sería aquí aplicable también, en principio (Cfr. STS 31-3-1992, Ar. 1.607). Sin embargo, contamos con una norma especial que establece un plazo de 10 años durante el cual puede demorarse la urbanización pero que, una vez culminado, exige que la urbanización haya concluido.

Para GIMENO FELIU⁶⁷ ello supone ampliar el plazo a partir del cual puede ejercitarse el derecho de reversión. Pero al mismo tiempo lo retrasa, pues lo relevante no es tanto que el expropiado pueda pedir la reversión más allá de pasados diez años desde la expropiación sino que no puede pedirla antes, a lo que debe añadirse, no obstante, el ca-

⁶⁶ *Comentarios a la Ley sobre...*, ob. cit., págs. 687 y 688.

⁶⁷ *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Civitas, 1996, pág. 115, nota 248.

rácter esencial del plazo, de modo que la urbanización debe concluirse necesariamente en el mismo.

Según PÉREZ-CRESPO y BERMÚDEZ⁶⁴, no se incluye un plazo para el ejercicio de este derecho, ni el procedimiento a que debe sujetarse, pero la dicción legal no parece compatible con el sistema establecido por el artículo 64.2 REF, previa advertencia y posterior ejercicio transcurridos dos años, pues la causa de reversión impide una ejecución de la urbanización extemporánea, y con anterioridad al plazo legal faltaría el presupuesto normativo que permitiría realizar alguna petición o advertencia al respecto. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ⁶⁵, al igual que respecto del primer supuesto de reversión (por cambio de planeamiento), niega que el brevisimo plazo de un mes comience a correr el día siguiente del transcurso de diez años desde la expropiación sino que, de acuerdo con la jurisprudencia relativa al artículo 55 LEF, sería necesario un previo acto de notificación personal o que el reversionista compareciera al efecto ante la Administración.

Además, GONZÁLEZ PÉREZ⁷⁰ pone de manifiesto que, en el caso de ámbitos delimitados para su desarrollo por el sistema de expropiación, una vez producida la reversión, en principio, los propietarios quedarían sometidos a la posibilidad de nueva expropiación, si bien apunta que, tras la STC 61/97, recobra su vigencia el artículo 119.3 LS de 1976, conforme al cual se prevé que el 60% de los propietarios insten la aplicación del sistema de compensación. No obstante, es dudosa la aplicación del citado precepto, pues aquí partimos de que ya se ha optado por un determinado sistema de ejecución, el de expropiación, por lo que entendemos que el reversionista seguiría quedando expuesto a una nueva expropiación (si bien con la ventaja de que el nuevo justiprecio se regiría por la fecha de inicio del nuevo expediente de justiprecio, conforme a los artículos 36 LEF y 24 LSV).

Por otra parte, en el caso de expropiaciones por incumplimiento de deberes urbanísticos vinculados al proceso de urbanización, el citado autor⁷¹ sostiene que la reversión (por la falta de urbanización en el plazo de diez años) determina la caducidad de la causa que legitimó la expropiación, lo cual entendemos que significa que puede ejercer la reversión y que se abriría un nuevo plazo para el cumplimiento de

⁶⁴ Ob. cit., pág. 222.

⁶⁵ Comentarios a la Ley sobre..., ob. cit., pág. 697.

⁶⁶ Ob. cit., pág. 689.

⁷⁰ Ob. cit., pág. 690.

esos deberes. En estos casos, además, a juicio de GONZÁLEZ PÉREZ⁷², no regiría la regla general del artículo 54 LEF en cuanto establece que el expropiado-reversionista debe abonar a la Administración el valor que tenga la finca en el momento en que solicita su recuperación, sino el corresponde a las facultades urbanísticas que se hubiesen adquirido en el momento en que realizó la valoración, pues la situación en la que debe quedar el expropiado es la que tenía cuando se le expropió.

RELANDO I. Los valores. II. Los procedimientos. 3. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. 4. Dificultad de aplicación. 5. Las causas de reversión de la expropiación. 6. La Ley de Suelo y Valoraciones.

I. INTRODUCCIÓN

Decía recientemente el profesor DE LA OLIVERA SACTIBO⁷³, el Derecho de las Telecomunicaciones es una rama joven del derecho en que una revolución. No podemos silenciar estas palabras, puesto que el desarrollo vertiginoso de las telecomunicaciones, incluso más rápido de lo que puede hacerlo la realidad, ha determinado una legislación de difícil comprensión, incluso para los juristas.

Tanto más, ahora que se ha consolidado la denominación de «Derecho de las Telecomunicaciones», sin embargo, sin mismo término se ha quedado obsoleto. En efecto, las estadísticas publicadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones en el Tratado de Ginebra de 1995 dicen con clara evidencia el llamado Imperio de las Tecnologías de la Información, ya que en ellas se englobaban los datos referentes tanto de las telecomunicaciones como de los sectores tradicionales de servicios de información informática, audiovisual y electrónica.

Por otro lado, es indudable, hoy, que las telecomunicaciones forman de los factores más importantes del desarrollo social de un país. No siempre se puede decir, como en Los Feos, se muestra contrario al de-

⁷² Ob. cit., pág. 690.

... de la Ley de Telecomunicaciones de la Comunidad de Madrid, en el artículo 10, apartado 1, letra a), se establece que el propietario de un inmueble afectado por un plan urbanístico de urbanización que implique la expropiación de la totalidad del inmueble o de una parte sustancial de él, tiene el derecho de solicitar la reversión del mismo a su titularidad original, siempre que el plan urbanístico no implique la expropiación de la totalidad del inmueble o de una parte sustancial de él, y con anterioridad al plazo legal fijado en el presupuesto normativo que permita realizar alguna petición o advertencia al respecto. Por su parte, GONZÁLEZ PÉREZ⁷ al igual que respecto del primer supuesto de reversión (por cambio de planeamiento), niega que el brevísimo plazo de un mes comienza a correr el día siguiente del transcurso de diez años desde la expropiación sino que, de acuerdo con la jurisprudencia relativa al artículo 55 LRP, sería necesario un previo acto de notificación personal o que el reversiónista compareciera al efecto ante la Administración.

Además, GONZÁLEZ PÉREZ⁸ pone de manifiesto que, en el caso de ámbitos delimitados para su desarrollo por el sistema de expropiación, una vez producida la reversión, en principio, los propietarios quedaban sustraídos a la posibilidad de nueva expropiación. El bien apunta que, tras la STC 61/97, retoma su vigencia el artículo 119.3 LS de 1976, con lo que al igual se pensó que el resto de los propietarios intentan la aplicación del sistema de compensación. No obstante, es dudoso la aplicación del citado precepto, pues aquí perdimos de que ya se ha optado por un determinado sistema de reversión, el de expropiación, por lo que entendemos que el reversiónista seguirá quedando expuesto a una nueva expropiación (al igual con la ventaja de que el nuevo justiprecio se regirá por la fecha de inicio del nuevo expediente de justiprecio, conforme a los artículos 36 LRP y 24 LSV).

Por otra parte, en el caso de expropiaciones por interés público de bienes urbanísticos vinculados al proceso de urbanización, el citado autor sostiene que la reversión (por la falta de urbanización en el plazo de diez años) determina la caducidad de la causa que legitima la expropiación, lo cual entendamos que significa que puede ejercer la reversión y que se abre un nuevo plazo para el cumplimiento de

⁷ Ob. cit., pág. 222.

⁸ Comentarios a la Ley sobre Luchas Urbanísticas, pág. 497.

⁹ Ob. cit., pág. 108.

¹⁰ Ob. cit., pág. 192.

TELECOMUNICACIONES Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

POR

SALVADOR VICTORIA BOLÍVAR¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Las telecomunicaciones. 1. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. 2. Derecho Comparado. 3. Las competencias de las Comunidades Autónomas en la Ley General de Telecomunicaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Decía recientemente el profesor DE LA QUADRA-SALCEDO²: *El Derecho de las Telecomunicaciones es una encrucijada del momento en que nos encontramos*. No podemos sino suscribir estas palabras, puesto que el desarrollo vertiginoso de las telecomunicaciones, incluso más rápido de lo que puede hacerlo la sociedad, ha determinado una vorágine legislativa de difícil comprensión, incluso para los juristas.

Verbi gratia, ahora que se ha consolidado la denominación de «Derecho de las Telecomunicaciones», sin embargo, este último término se ha quedado obsoleto. En efecto, las estadísticas publicadas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones en el Telecom de Ginebra de 1995 dieron carta de naturaleza al llamado *Hipersector de las Tecnologías de la Información*, ya que en ellas se englobaban los datos agregados tanto de las telecomunicaciones como de los sectores tradicionales de servicios de información, informática, audiovisual y electrónica³.

Por otro lado, es indudable, hoy, que las comunicaciones son uno de los factores más importantes del desarrollo social de un país. No siempre se pensó así: Platón en *Las Leyes*, se muestra contrario al ac-

¹ Letrado de la Comunidad de Madrid.

² En la presentación del libro de PALOMA LLANEZA: *Telecomunicaciones*.

³ *Las Telecomunicaciones en la Comunidad de Madrid. Estrategias para la competitividad de la industria*. Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, 1998.

ceso al mar (sustituyase por tecnologías de la información) por el riesgo de corrupción que traen consigo los puertos y por el acceso de población de las ciudades marítimas al incorporarse a ellas un gran número de negociantes y mercaderes; por su parte, Aristóteles, en *La Política*, defiende la existencia de puertos y muelles, pero «defendidos por murallas y otras fortificaciones análogas, con el fin manifiesto de que si este estado de cosas reporta algún beneficio lo posea la ciudad, y si algún daño, pueda fácilmente precaverse, indicando y determinando por medio de leyes qué personas deben o no tener tratos unas con otras»⁴.

Junto a esta realidad social y científica dinámica, nos encontramos con otra de carácter jurídico-político en permanente estado de evolución desde hace ya 20 años: las Comunidades Autónomas. Ciertamente, este proceso no ha concluido, si bien cabe afirmar que se ha alcanzado ya una fase de consolidación y plena maduración, máxime tras las últimas reformas estatutarias⁵.

En el presente estudio se pretende analizar la intersección de estas dos realidades en constante proceso de transformación, si bien refiriéndonos a las telecomunicaciones en su sentido constitucional más estricto, es decir, excluyendo los medios de comunicación social.

II. LAS TELECOMUNICACIONES

La Ley 11/98, de 24 de abril, *General de Telecomunicaciones*, ha supuesto un paso más en la transformación del sector, consagrando la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. Su artículo 2 dispone que «las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia. Sólo tienen la consideración de servicio público o están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios regulados en el artículo 5 y en el Título III de esta Ley»⁶.

⁴ Aristóteles, *La Política*. Edición de Pallí Bonet, J. Ed. Bruguera, Barcelona, 1981.

⁵ La L.O. 5/98, de 7 de julio, modificó el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

⁶ La categoría de servicios de interés general es una novedad introducida por la Ley 11/98, y deriva de la subordinación de la riqueza nacional al interés general ex artículo 128.1.º de la Constitución. La Comisión Europea ha incluido en dicha categoría a «las actividades de servicio, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas de servicio público». Comunicación de 11 de septiembre de 1996; COM96 443.

En este sentido, podríamos decir que en Europa se ha ido consolidando el modelo anglosajón de liberalización frente el modelo de servicio público.

El modelo anglosajón, desarrollado especialmente en Estados Unidos, punto de referencia en esta materia, parte del concepto de las *public utilities*, es decir, del carácter privado de la actividad de que se trate, sin perjuicio de la intervención de la administración para garantizar los derechos de consumidores y usuarios; frente a este modelo, el de servicio público, puede declarar, en los casos de monopolio, el carácter público de toda una actividad.

En el modelo anglosajón, la evolución responde a la protección de los intereses generales por la Administración, iniciándose con la sentencia del Tribunal Supremo americano *Munn. Illinois* de 1877, en la que se afirma que algunas actividades de utilidad pública (en este caso los silos de grano) podían someterse a controles de los poderes públicos⁷.

Desde entonces, siguiendo al profesor DE LA QUADRA-SALCEDO⁸, el modelo americano evolucionó a un monopolio de hecho por AT & T, siendo aceptado, por la *Federal Communications Commission (FCC)*; hasta que en los primeros años de la década de los ochenta, las decisiones del Juez GREEN desmantelan dicho monopolio, volviéndose a los orígenes de las *public utilities*⁹.

⁷ *Munn. V. Illinois*, 94 U.S. 113, 1876. En esta sentencia se afirma:

Looking to the common law, from whence came to the right which the Constitution protects, we find that when private property is affected with a public interest, it ceases to be juris privati only. This was said by Lord Chief Justice Hale more than two hundred years ago... Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence, and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use; but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.

(Volviendo la vista al *common law*, de donde proviene el Derecho que la Constitución protege, encontramos que cuando la propiedad es afectada por un interés público, cesa de ser sólo *ius privati*. Esto fue dicho por Lord Chief Justice Hale hace más de doscientos años... La propiedad se ve investida con un interés público cuando es usada de modo que tiene repercusiones públicas y afecta a la comunidad en general. Cuando, por tanto, una persona dedica su propiedad a un uso en el que la comunidad tiene un interés, él, de modo efectivo, está garantizando al público su interés y debe aceptar ser controlado por el público por el bien común... Mientras mantenga la actividad, debe someterse al control.)

⁸ De la QUADRA-SALCEDO, T., *Telecomunicaciones y Derecho público*; en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones*, editada por la Ley-Actualidad y el Ministerio de Fomento, Madrid, 1997.

⁹ *Asuntos United States v. American Telephone and Telegraph Co.*, y *United States v. West-*

En Europa, en la que se había seguido el modelo de servicio público, se inicia de un modo general la liberalización del sector (con el precedente del Reino Unido) tras el *Libro Verde* de 1987, introduciendo la competencia en el mercado. Ello no es óbice para el mantenimiento de poderes de la Administración que garantice un servicio universal, la regulación de las infraestructuras de interconexión o los derechos de los usuarios.

Es por ello que ciertos autores defienden la tesis de que lo que se ha producido es una evolución del concepto de servicio público (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ)¹⁰.

No procede en este lugar un mayor estudio de estas cuestiones. Lo que parece innegable es la existencia de una intervención administrativa.

1. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

En materia de telecomunicaciones concurren dos títulos competenciales, cuyos ámbitos han sido delimitados por la Jurisprudencia constitucional:

- Por un lado, el artículo 149.1.21 C.E. que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones y radiocomunicación.

tern Electric Co., que desembocaron en el acuerdo denominado *Consent Decree o Modified Final Judgement (MFJ)*, efectivo a partir de enero de 1984.

¹⁰ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A. J., *Liberalización servicio público, ¿dos conceptos opuestos? El caso de la Ley 11/98, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*. Aranzadi administrativo; boletín mensual de julio de 1998.

Conforme a esta última tesis, la calificación de servicio público (que es negada expresamente de forma general por el artículo 2 de la Ley General de Telecomunicaciones), es compatible con la liberalización, hablándose entonces de *servicios liberalizados*, respecto de los que la Administración aún se reserva ciertas facultades de intervención (v. gr., reversiones, rescates del servicio, potestad tarifaria, remisiones a la LCAP, etc.), de modo que autores como PARADA O MORELL OCAÑA, entre otros, hablan en estos casos de «relaciones jurídicas semicontractuales».

Asimismo, el profesor DE LA QUADRA-SALCEDO, en su artículo *Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam* (Boletín mensual de Aranzadi Administrativo, n.º 4, junio 1998), analiza la evolución de la jurisprudencia comunitaria en relación con los servicios de interés económico general, admitiéndose cada vez más, y en especial tras el artículo 7.D. del T. de Amsterdam, la existencia de excepciones a la prohibición de monopolios (v. gr., S. TSJE de 25 de marzo de 1998) compatibilizando las liberalizaciones de sectores con la imposición de un servicio universal o la imposición de obligaciones complementarias de servicio público.

- Y por otro lado, el artículo 149.1.27 C.E., que atribuye al Estado la legislación básica del régimen de prensa, radio y televisión, correspondiendo a las CC.AA. Las facultades de desarrollo y ejecución.

La *STC 168/93, de 27 de mayo*, que resolvió una serie de recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987, delimitó, por primera vez, los ámbitos competenciales diciendo:

En definitiva, todos estos aspectos y otros de la radiodifusión conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el artículo 149.1.27 CE a efectos de la distribución de competencias.

En cambio, aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven —las ondas radioeléctricas o electromagnéticas— quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal ex artículo 149.1.21 CE para ordenar el dominio público radioeléctrico.

Esta misma distribución la encontramos en las *SS.TC 244/93, 127/94, de 5 de mayo, y 127/93, de 27 de mayo*.

Como puede observarse, un concepto clave para delimitar las competencias del Estado ex artículo 149.1.21 es el *dominio público radioeléctrico*.

Esta noción tiene su origen en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se apartó, como destaca FERNANDO PABLO¹¹, del Consejo Constitucional francés, que eludió la cuestión al decir «sea cual fuere la naturaleza del espacio radio eléctrico» (Decisión 217/86, de 18 de septiembre); como de la Corte Constitucional italiana, que simplemente se refiere a las características del «bien público».

El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias del año 1982 (12/82, 74/82 y 79/82) vino a decir:

¹¹ FERNANDO PABLO, M. M., *Sobre el Dominio Público Radioeléctrico: espejismo y realidad*, en *RAP*, n.º 143, mayo/agosto 1997.

«El hecho de que la emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que debe ser calificado como dominio público...»¹².

La legislación lo incorporó con la *L.O.T. de 1987*, que lo definió como «el espacio por el que puedan propagarse las ondas radioeléctricas». Utilizado en diversas leyes (televisión por ondas o televisión por satélite), ha sido regulado por el Título V de la *L.G.TT.CC.*, que también ha introducido el concepto de *Espacio Público de Numeración*.

Según FERNANDO PABLO, este concepto supone, o bien la desmaterialización del dominio público, similar a la seguida por la propiedad, con el fin de servir de matriz institucional para la gestión, no de bienes, sino de recursos; o bien, simplemente, la reserva *ex* artículo 128 C.E. de un recurso, pero sin que ello implique su demanialización (opción ésta por la que se inclina el citado autor)¹³.

Para finalizar con la cuestión relativa a la distribución competencial, hay que destacar que la STC 168/93 consideró que dado el carácter más expansivo del apartado 21.º respecto del 27.º, ambos del artículo 149.1 de la C.E., debía ser interpretado restrictivamente, para evitar una «exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión» (F.J. 4.º).

Posteriormente estudiaremos con mayor profundidad el reparto de competencias en materia de radio y televisión.

¹² En relación a la naturaleza de este concepto, han sido múltiples y diversas las teorías doctrinales. DE LA CUÉTARA Y MOLINA DEL POZO se refieren a su falta de adecuación al régimen demanial. GARCÍA DE ENTERRÍA considera que el espacio radioeléctrico, más que una cosa pública, es una *res communis omnium*. CHINCHILLA afirma que el objeto demanial es la energía radioeléctrica. (Vid. FERNANDO PABLO, *ob. cit.*)

¹³ Vid. *ob. cit.* De FERNANDO PABLO sobre la falta de conexión necesaria entre demanialización y reserva *ex* artículo 128 C.E. Esta falta de equivalencia ha sido admitida por la STC 227/88 en relación con la Ley de Aguas.

El dominio público radioeléctrico se configuraría como una *res communis omnium*, sin demanialización y sin atribución de titularidad alguna. Ello lo confirma el artículo 61 L.G.T.T. que atribuye al Estado la administración, gestión y control del mismo, pero no su titularidad.

Esta consideración del dominio público radioeléctrico, como reserva de uso de una *res communis*, implica que las concesiones administrativas del artículo 63 L.G.T.T. no tengan contenido concesional real, sino que constituyen autorizaciones de exclusiva de actividad.

La atribución de facultades de gestión, no de titularidad, se ha producido también respecto del Espacio Público de Numeración (art. 30 L.G.T.T.), reservándose el Estado su disponibilidad: los derechos de numeración no son derechos o intereses patrimoniales legítimos a efectos expropiatorios (art. 31.4.º); no implican la adquisición de propiedad intelectual o industrial (art. 32.2.º), y sólo pueden transferirse con autorización expresa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

2. Derecho Comparado

En *Estados Unidos*¹⁴, de acuerdo con su Carta Magna, la competencia legislativa en materia de telecomunicaciones corresponde al Congreso de los Estados Unidos y a las Cámaras Legislativas de cada uno de los cincuenta Estados de la Unión; al primero le competen las telecomunicaciones de ámbito supraestatal y las segundas tienen competencia sobre las telecomunicaciones de ámbito intraestatal.

Los primeros textos normativos en materia de telecomunicaciones provinieron de las Cámaras Legislativas de *Connecticut* y *Missouri*, en 1879, creando organismos de control y regulando los servicios de telecomunicaciones en sus respectivos ámbitos territoriales. Paulatinamente, los distintos Estados fueron aprobando sus propias normativas y creando órganos administrativos reguladores.

El desarrollo del sector motivó la necesidad de una regulación a nivel federal: la *Radio Act* de 1912, la *Communications Act* de 1934, que creó la *Federal Communications Commission (FCC)*, la *Communications Act* de 1962, las *Cable Acts* de 1984 y 1992, y la *Telecommunications Act* de 1996.

Al igual que ocurre con la potestad legislativa, también se halla dividida la competencia reguladora de los servicios de telecomunicaciones entre las distintas Administraciones.

De este modo, corresponde a la *FCC* la regulación de los servicios de telecomunicaciones interestatales e internacionales. Mientras que se reserva a los Estados las competencias sobre los servicios de ámbito intraestatal. En cada Estado, las *State Public Utilities Commissions* son los órganos con competencia en la materia.

No obstante, la dificultad de diferenciar entre los ámbitos interestatal e intraestatal a efectos del servicio de telecomunicaciones, determinó que la *Communications Act* crease la existencia de comisiones mixtas de representantes federales y estatales para evitar conflictos competenciales que, no obstante, sí se han producido.

El Tribunal Supremo Americano, en el asunto *Loussiana Public Services Commission v. Federal communications Commission*, en 1986, determinó que la regulación federal sólo prevalece sobre la estatal cuando sea necesario para el cumplimiento de los fines en el ámbito de la *FCC*, y únicamente respecto de las materias en que no sea posible separar los aspectos interestatales e intraestatales.

¹⁴ Vid. *Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en los Estados Unidos* de MEDINA ORS, G. en *ob. cit. Derecho de las Telecomunicaciones*.

La *Telecommunications Act* de 1996 ha supuesto una primacía de la regulación federal sobre la estatal, y consecuentemente de la FCC, facilitando el acceso de nuevos competidores¹⁵. No obstante, las autoridades estatales conservan ciertos poderes como la facultad de imponer aquellos requisitos que, siguiendo el principio de neutralidad regulatoria, consideren necesarios para preservar y promover el servicio universal, proteger la seguridad y el bienestar público, asegurar la calidad de los servicios de telecomunicaciones y salvaguardar los derechos de los usuarios. Asimismo se modificó la *Public Utilities Holding Company Act* de 1935, autorizándose a las empresas de servicios públicos participar en el mercado de las telecomunicaciones.

En relación con el servicio universal, la *Telecommunications Act* creó la *Federal-State Joint Board on Universal Service* (Sección 254 de la Ley), como comisión conjunta de la FCC y las *State Public Utilities Commissions*, cuyas competencias son la definición de los principios generales del servicio universal y de las directrices para su desarrollo. Asimismo, un Estado puede establecer normativas que no sean inconsistentes con las de la Comisión para preservar y avanzar el servicio universal (secc. 254.f).

En cuanto a Alemania, las competencias han sido definidas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en interpretación del artículo 5 de la Ley fundamental¹⁶.

De todas ellas, considera especialmente relevante para este estudio la *Sentencia de 28 de febrero de 1961*.

En la citada sentencia se analiza el proyecto de 25 de julio de 1960 de crear una *Deutschland-Fersehen-GmbH* (una sociedad de responsabilidad limitada de Alemania en el ámbito televisivo), correspondiendo su capital social a la Federación alemana y atribuyéndose al Gobierno Federal la competencia para nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración. Los *Länder* Hamburgo, Hessen, Niedersachsen y Bremen cuestionaron ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad del referido proyecto.

¹⁵ En los años 80, la FCC adoptó diversas decisiones de mayor rango que la normativa estatal como 82 FCC 2hd 178 (1980), ratificado en *New York State Commission on Cable Television v. Federal Communications Commission*, 669 F. 2nd 58 (2nd Cir. 1982); *Earth Satellite Communications Inc.*, 55 R.R. 2nd 1427 (1983), recon. desestimado: FCC 84-206 (14 de mayo de 1984), ratificado en *New York State Commission on Cable Television v. Federal Communications Commission*, 479 F. 2nd 804 (D.C. Cir. 1984). En cada caso la FCC afirmó que la prevalencia federal era necesaria para el desarrollo de las tecnologías de la información.

¹⁶ Vid. RAINER ARNOLD, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre los servicios de difusión*, en la obra colectiva *Derecho de las Telecomunicaciones*, ob. cit.

El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del proyecto sobre la base de dos argumentos: el federalismo y la libertad de radiodifusión.

En relación con el federalismo, el Tribunal utilizó un argumento que a algunos puede resultar curioso: *la actividad de radiodifusión se enmarca dentro de concepto de cultura, que es competencia exclusiva de los Länder*. Esta competencia, por otro lado, no se extiende simplemente a la programación o contenido, sino que alcanza a la forma del programa y a la organización del ente que prepara y emite el mismo.

Los *Länder* no tienen atribuida expresamente la competencia en materia de cultura, si bien les corresponde la misma, al no estar expresamente atribuida a la Federación.

No obstante, corresponde a la Federación la competencia relativa a la técnica de la telecomunicación ex artículo 73.7.º de la Ley Fundamental, que le atribuye competencia en materia de telecomunicaciones, y que comprendería la atribución de gama de ondas, la instalación de los emisores y la determinación de la potencia de las emisoras.

Por otro lado, la libertad de radiodifusión exige que se garantice el pluralismo y la independencia en los entes gestores de la radiodifusión.

En Canadá¹⁷, desde finales de los años 20 se acepta que el sector de las telecomunicaciones es un monopolio natural de cada provincia, que crean sus propias corporaciones locales (*Crown Corporations*). En 1989, el Tribunal supremo declaró que la competencia para regular las telecomunicaciones corresponde al Gobierno Federal y no a las provincias, con excepción de los *carriers* o portadores provinciales de propiedad pública. Es por ello que a partir de ese momento las *Crown Corporations* pasaron al ámbito regulatorio federal, y se inició una sucesiva privatización de las mismas.

3. Las competencias de las Comunidades Autónomas en la Ley General de Telecomunicaciones

Conforme a lo expuesto en el apartado primero, la competencia en materia de Telecomunicaciones es exclusiva del Estado, por lo que las referencias de la L.G.TT.CC. a las CC.AA. no son relevantes, si bien cabe destacar las siguientes:

¹⁷ CREMADES, J., *Reflexiones sobre el marco regulatorio de las telecomunicaciones en Canadá*; ob. cit. *El Derecho...*

3.1. *Distribución de competencias.* El artículo 1 de la Ley recoge la distribución competencial de la que ya nos hemos ocupado anteriormente, diferenciando entre las competencias del Estado ex artículo 149.1.21 CE de las incluidas en el artículo 149.1.27¹⁸.

3.2. *Prestación de servicios.* A tenor del art. 7, 3.º, segundo inciso, la prestación o explotación en el mercado, de servicios o de redes de telecomunicaciones, por las Administraciones Públicas o sus Entes públicos, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, requerirá la obtención del título habilitante.

La Ley establece en estos casos ciertas cautelas que eviten la distorsión de la libre competencia, como es la autorización por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; y se prevé que la prestación o explotación se realice por la Administración o el ente habilitados, con la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. Con todas estas medidas se pretende garantizar la libre competencia en el sector liberalizado, de modo que los empresarios privados no se vean perjudicados por los posibles privilegios de la Administración en la concurrencia de prestación de servicios.

Sin embargo, se establece una excepción a las citadas cautelas en el primer inciso del artículo 7, 3.º, al no exigirse título habilitante cuando la prestación o explotación por parte de las AA.PP. o entes públicos dependientes sea en régimen de autoprestación y sin contraprestación económica de terceros, para la satisfacción de sus necesidades, y sin perjuicio de la obtención de la afectación demanial cuando se ocupe el dominio público radioeléctrico.

La exención de título habilitante no es la única que establece la Ley para la prestación de servicios anteriormente referidos. El art. 73, 7.º¹⁹ prevé la exención de las AA.PP. por la reserva de frecuencias del dominio público radioeléctrico para la prestación de servicios de interés general sin contraprestación de terceros. Si la Administración tiene por misión constitucional *servir con objetividad los intereses generales* (art. 103 C.E.), entonces, la autoprestación de servicios para satisfacer

¹⁸ Respecto de estas últimas se especifica en el artículo 1 *in fine*: No obstante, las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, estarán sujetas a lo establecido en esta Ley y, en especial, a lo dispuesto sobre interconexión y acceso, respecto a la provisión de redes abiertas, en el capítulo IV del Título II.

¹⁹ Desarrollado por el artículo 28 del Real Decreto 1750/98, de 31 de julio, por el que se regulan las tasas establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones.

sus necesidades, siendo éstas cumplir la misión antedicha, deben incluirse dentro de la exención de tasas.

Por último, en cuanto a las posibilidades prestación de servicios por las CC.AA., resulta de singular importancia la previsión del art. 5, 5.º de la Ley, que regula la asunción de la gestión directa de ciertos servicios o la explotación de redes para garantizar la seguridad pública y la defensa nacional, o en caso de incumplimiento de obligaciones de servicio público. El segundo párrafo del apartado dispone:

«Los acuerdos de asunción de la gestión directa del servicio y de intervención de éste o los de intervenir o explotar las redes a los que se refiere el párrafo anterior, se adoptarán por el Gobierno por propia iniciativa o a instancia de una Administración pública territorial. En este último caso, será preciso que la Administración pública territorial tenga competencias en materia de seguridad o para la prestación de los servicios públicos afectados por el mal funcionamiento del servicio o de la red de telecomunicaciones. En el supuesto de que el procedimiento se inicie a instancia de una Administración distinta de la del Estado, aquélla tendrá la consideración de interesada en el mismo y podrá evacuar informe con carácter previo a la resolución final.»

Esta previsión legal tiene una especial importancia, porque las CC.AA. tienen atribuidas importantes competencias respecto la seguridad pública o la protección civil, o sobre algunas de las materias relacionadas con las obligaciones de servicio público.

En referencia a las primeras, la seguridad pública o la protección civil, el propio texto legal así lo reconoce, al prever expresamente en el apartado 3 del artículo 5 que el Ministerio de Fomento cooperará con el Ministerio del Interior y con los órganos competentes de las CC.AA. con competencia en la materia, cuando éstas lo soliciten.

Asimismo, las obligaciones de servicio público, que regula la Ley en su Título III, también pueden afectar a materias de la competencia de las CC.AA., adquiriendo especial relevancia en lo relativo a la prestación del servicio de atención de urgencias 1-1-2, cuya prestación corresponde a las CC.AA. en virtud de lo dispuesto en el R.D. 903/97, de 16 de junio. Por otro lado, el art. 42 permite imponer obligaciones de servicio público para extender el uso de nuevos servicios y tecnologías en la sanidad, la educación o la cultura, materias todas ellas que son de titularidad autonómica, o están siendo transferidas en este sentido.

3.3. *Obligaciones de Servicio Público*. El Título III de la Ley regula las obligaciones de servicio público en las explotaciones de servicios y explotaciones de redes de telecomunicaciones, estableciendo el art. 36 tres categorías:

1. El servicio universal de telecomunicaciones.
2. Los servicios obligatorios de telecomunicaciones.
3. Otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general.

Este Título III de la Ley ha sido desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1736/98, de 31 de julio.

En relación con la primera de las categorías, el *Servicio Universal de Telecomunicaciones*, no existen referencias directas de interés para las CC.AA.; sin embargo, cabe destacar las alusiones a cuestiones territoriales, lo que, de forma mediata, sí afecta a las mismas.

Es importante la referencia al componente geográfico que hace el artículo 24 del Real Decreto 1736/98, en cuanto que uno de los componentes del coste del servicio universal es su prestación a zonas no rentables, es decir, a demarcaciones geográficas de prestación de los servicios que un operador eficiente no cubriría a precio asequible, atendiendo a razones exclusivamente comerciales.

Como complemento de lo anterior, el segundo apartado dispone que para calificar a una zona como no rentable se atenderá a su nivel de desarrollo económico, el grado de dispersión y densidad de la población y su carácter de zona rural o insular.

El hecho insular también es tenido en cuenta al exigir que el servicio universal sea *accesible y asequible* (art. 37 de la Ley)²⁰.

Los *Servicios Obligatorios de Telecomunicaciones* son clasificados en dos categorías por el artículo 40,2.º de la Ley²¹.

²⁰ Esta consideración de las zonas no rentables que hace la Ley y el Reglamento, puede entenderse en cumplimiento del artículo 139,1.º de la Carta Magna, al decir: «El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución velando por el establecimiento de un equilibrio, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.»

²¹ El artículo 40,2.º dispone que podrán incluirse en esta categoría de servicios: a) Los servicios de télex, los telegráficos y aquellos otros de características similares que comporten acreditación de la fiabilidad del contenido del mensaje remitido o de su remisión o recepción, así como los servicios de seguridad de la vida humana en el mar y los que afecten, en general, a la seguridad de las personas, a la seguridad pública y a la protección civil. b) Los servicios de líneas susceptibles de arrendamiento o de transmisión de datos, los avanzados de telefonía disponible al público, los de red digital de servicios integrados y los que

De la primera categoría destaca, desde la perspectiva autonómica, los servicios de llamadas de urgencia, especialmente el 1-1-2, por cuanto es éste un servicio gestionado por las CC.AA.²²

En efecto, y sin profundizar excesivamente, el Estado permitió a través del *Real Decreto 903/97, de 16 de junio*, que las CC.AA. asumieran la gestión del precitado servicio²³. La Comunidad de Madrid, mediante la *Ley 25/97, de 26 de diciembre*, ha sido una de las pioneras en su regulación e implantación; el servicio es prestado en régimen de gestión indirecta, a través de una empresa pública, en forma de sociedad anónima²⁴, bajo la dirección y control de la Consejería de Presidencia.

La financiación de este servicio correrá a cargo de la Administración obligada a prestarlo (art. 41.b de la L.G.TT.CC.); en todo caso, el servicio de llamadas de emergencia será gratuito para los usuarios, cualquiera que sea la Administración Pública responsable de su prestación y con independencia del tipo de terminal que se utilice (art. 40.4.º L.G.TT.CC. y artículo 54 del R.D. 1736/98).

Por otro lado, en cuanto a los servicios obligatorios previstos en la segunda categoría del artículo 40.b de la L.G.TT.CC., cabe destacar que, cuando tales servicios tengan un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma, será necesario, con carácter previo, el informe favorable de la misma (art. 41.2.A. L.G.TT.CC.), que deberá emitirlo en el plazo de un mes²⁵.

faciliten la comunicación entre determinados colectivos que se encuentren en circunstancias especiales y estén insuficientemente atendidos y, en especial, los de correspondencia pública marítima, con la finalidad de garantizar la suficiencia de su oferta.

²² Art. 38, último inciso, de la L.G.T.

²³ El artículo 5 del R.D. dispone:

1. La prestación del servicio de atención de llamadas de urgencia 112 se llevará a cabo por las Comunidades Autónomas que establecerán los correspondientes centros de recepción de llamadas de urgencia y las redes que, en su caso, fuera necesario instalar para establecer otros puntos de atención de los servicios públicos que hubieran de proporcionar la asistencia objeto de las llamadas de urgencia. A tales efectos, las Comunidades Autónomas deberán comunicar al Ministerio de Fomento su decisión de constituirse en entidades prestatarias del servicio, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto.

2. En ningún caso podrán producirse solapamientos territoriales entre los ámbitos que correspondan a entidades prestatarias de servicios de atención de llamadas de urgencia 112. A estos efectos, las Comunidades Autónomas deberán controlar las formas de gestión del citado servicio para que queden claramente diferenciados los distintos ámbitos de atención del mismo.

²⁴ Autorizada su constitución por Decreto 168/96, de 15 de noviembre.

²⁵ Art. 41.1. *in fine* del Real Decreto 1736/98.

La implantación de las redes de servicios se realizará en distintas fases, atendiendo a dos criterios, según el artículo 41.3.º del R.D. 1736/98:

- La cohesión territorial, con especial consideración a las zonas de menor desarrollo económico. Estas zonas de menor desarrollo económico van a coincidir, la mayoría de las veces, con las zonas no rentables a que se hace referencia en el artículo 24, en relación con el servicio universal de telecomunicaciones.
- Los mecanismos de financiación, entre los que se incluyen las ayudas previstas de las AA.PP. distintas de la del Estado. Fácilmente se comprende, que las CC.AA. serán las primeras en colaborar para la extensión de la red en sus territorios, como factor de desarrollo económico.

Para finalizar el estudio de las obligaciones de servicio público, la tercera categoría legal es la prevista en el artículo 42 de la Ley, bajo la rúbrica de *Otras Obligaciones de Servicio Público*.

Dichas obligaciones podrán ser impuestas por el Gobierno por necesidades de la defensa nacional o la seguridad pública, por razones de cohesión territorial, o de extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías en la sanidad, la educación y la cultura. Teniendo en cuenta que la competencia sobre estas últimas materias está siendo transferida paulatinamente a las CC.AA., deberá evitarse que la extensión de los nuevos servicios y tecnologías (aspecto técnico-instrumental) no rebase el ámbito de las competencias autonómicas (aspecto material).

Sin embargo, y pese a lo que acabamos de exponer, el artículo 42 del R.D. 1736/98 excluye este supuesto del previo informe favorable de las CC.AA., lo cual no es digno de alabanza desde el punto de vista de la coordinación competencial, sobre todo, porque para su financiación se prevén nuevamente las ayudas previstas por AA.PP. distintas del Estado (por remisión al artículo 41).

3.4. *Derechos y Obligaciones de los operadores*. En lo que a este estudio interesa, podemos incluir en este apartado, en primer lugar, los derechos previstos en el Capítulo II del Título III de la Ley (arts. 43 y ss.), en favor de los operadores sujetos a obligaciones de servicio público. Estos derechos son los de ocupación del dominio público, el de ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa, y el establecimiento a su favor de servidumbres y otras limitaciones de la propiedad.

Estos derechos de los operadores presentan una especial problemática, por cuanto representan la colisión, en cuanto a su regulación, entre competencia estatal y la correspondiente a las Comunidades Autónomas y Entes Locales.

En relación con las CC.AA., la Ley General de Telecomunicaciones parte del reconocimiento y respeto de sus competencias en materia de ordenación del territorio, diciendo, al referirse a la expropiación forzosa (art. 46.4.º):

4. Las competencias de la Administración del Estado a las que se refiere este artículo se entenderán sin perjuicio de las que correspondan a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio.

Y el segundo inciso del artículo 44.2.º dispone:

Con carácter previo a la aprobación del proyecto técnico, se recabará informe de la Comunidad Autónoma competente en materia de ordenación del territorio, que habrá de ser emitido en el plazo máximo de quince días desde su solicitud. No obstante, previa solicitud de la Comunidad Autónoma, este plazo será ampliado hasta dos meses si el proyecto afecta a un área geográfica relevante.

Sin embargo, y pese a este reconocimiento expreso, las competencias autonómicas son recortadas mediante diversos procedimientos de dudosa constitucionalidad.

El artículo 44 regula el derecho a la ocupación del dominio público. En el mismo se limitan las competencias autonómicas tanto en el plano general (debiendo someterse al informe declarativo de las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones, en la elaboración de los diferentes instrumentos de planificación territorial), como en el individual (se condiciona el otorgamiento de las autorizaciones de ocupación del dominio público²⁶ al informe previo del Ministerio de

²⁶ La L.G.T. utiliza el término *autorización*, en lugar de *concesión*, para referirse a la ocupación del dominio público, en contra del uso tradicional de estos términos. El empleo del término *autorización* se justifica por la falta del carácter exclusivo en el uso y aprovechamiento del dominio público, puesto que el artículo 47 prevé su uso compartido, como luego veremos.

En relación con la exclusividad del dominio público: M. GARCÍA PÉREZ, en *La utilización del dominio público marítimo terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*, Madrid, 1995, pág. 127; VILLAR PALASI, en la voz *concesión administrativa* en la *Nueva Enciclopedia*

Fomento sobre la existencia de licencia y validez del proyecto técnico).

Llegados a este punto, debemos preguntarnos en virtud de qué título competencial el Estado limita las competencias en materia de ordenación del territorio, que corresponden exclusivamente a las CC.AA.

La concurrencia del título competencial «Ordenación del Territorio» con otros títulos competenciales atribuidos al Estado es relativamente frecuente en la legislación y en la jurisprudencia constitucional.

De este modo, la determinación del alcance de la competencia en materia de ordenación del territorio la encontramos, desde la perspectiva de la jurisprudencia más reciente, en la STC 149/98, de 2 de julio (Pon. Sr. Jiménez de Parga, al tratar de la Ley Vasca de Ordenación del Territorio, Ley 4/90, de 31 de mayo):

Este Tribunal ha elaborado al respecto una consolidada doctrina jurisprudencial, cuyo recordatorio resulta, por tanto, oportuno y conveniente. En una primera aproximación global al concepto de ordenación del territorio, ha destacado que el referido título competencias «tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que puede destinarse el suelo o espacio físico, territorial» (SSTC 77/1984 y 149/1991). Concretamente, dejando al margen otros aspectos normativos y de gestión, su núcleo fundamental «está constituido por un conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador cuyo objeto consiste en la fijación de los usos del suelo y el equilibrio entre las distintas partes del territorio del mismo» (SSTC 36/1994 y 28/1997). Sin embargo, también ha advertido, desde la perspectiva competencial, que dentro del ámbito material de dicho título, de enorme amplitud, no se incluyen todas las actuaciones de los poderes públicos que tienen incidencia territorial y afectan a la política de ordenación del territorio puesto que ello supondría atribuirle un alcance tan amplio que desconocería el contenido específico de otros títulos competenciales, no sólo del Estado máxime si se tiene en cuenta que la mayor parte de las políticas sectoriales tienen una incidencia o dimensión espacial (SSTC 36/1994, 61/1997 y 40/1998). Aunque hemos precisado igualmente que la ordenación del territorio es en nuestro sistema constitucional un título competencial específico

jurídica, tomo IV, Barcelona, pág. 698; S. MARTÍN REYORTILLO BAQUER, en *Derecho de aguas*, Madrid, 1997, págs. 247 y 266.

que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, actuaciones por otros títulos; ordenación del territorio que ha de llevar a cabo el ente titular de tal competencia, sin que de ésta no se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo territorio (SSTC 149/1991 y 40/1998).

La multiplicidad de actuaciones que inciden en el territorio requiere la necesidad de articular mecanismos de coordinación y cooperación, pero no su incorporación automática a la competencia de ordenación del territorio, de manera que el competente en esta materia, al ejercer su actividad ordenadora, estableciendo los instrumentos de ordenación territorial, deberá respetar las competencias ajenas que tienen repercusión sobre el territorio coordinándolas y armonizándolas desde el punto de vista de su proyección territorial (SSTC 149/1991 y 36/1994). Así pues, la exclusividad con la que las Comunidades Autónomas, como es el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, han asumido la competencia en materia de ordenación territorial no autoriza a desconocer las que, con el mismo carácter, vienen reservadas al Estado en virtud del artículo 149.1 CE (SSTC 56/1986 y 149/91), cuyo ejercicio puede condicionar ciertamente la competencia autonómica (STC 61/1997). Como hemos afirmado en esta última sentencia, recogiendo precedentes pronunciamientos de este Tribunal, «el Estado tiene constitucionalmente atribuidas una pluralidad de competencias dotadas de una clara dimensión espacial en tanto que proyectadas de forma inmediata sobre el espacio físico, y que, en consecuencia, su ejercicio incide en la ordenación del territorio (v. gr., artículos 149.1.41 13, 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 28 CE)... con la ineludible consecuencia de que las decisiones de la Administración estatal con incidencia territorial, adoptadas en el ejercicio de tales competencias condicionen la estrategia territorial que las Comunidades Autónomas pretendan llevar a cabo» (fundamento jurídico 22, recogiendo la doctrina de las SSTC 149/1991 y 36/1994; también, STC 40/1998, fundamento jurídico 30).

El ejercicio de la competencia sobre ordenación territorial resultará, por tanto, condicionado por el de las competencias estatales que afectan al territorio, aunque desde estos ámbitos competenciales no podrá llevarse a cabo una ordenación de los usos del suelo (STC 36/1994). Para que ese condicionamiento legítimo no se transforme en usurpación ilegítima es indispensable, como hemos declarado en la STC 149/1991, «que el ejercicio de esas otras competencias se mantenga den-

tro de los límites propios sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse», debiendo atenderse en cada caso para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de aquel condicionamiento a cuál es la competencia ejercida por el Estado y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera.

En suma, la actividad de planificación de los usos del suelo, así como la aprobación de los planes, instrumentos y normas de ordenación territorial se insertan en el ámbito material de la competencia sobre ordenación del territorio, cuyo titular deberá ejercerla sin menoscabar los ámbitos de las competencias reservadas al Estado *ex* artículo 149.1 CE que afecten al territorio teniendo en cuenta los actos realizados en su ejercicio y respetando los condicionamientos que se deriven de las mismas (STC 36/1994).

Posteriormente, la misma sentencia vuelve a insistir sobre la necesidad de establecer mecanismos de cooperación, diciendo:

En este sentido, es necesario insistir, una vez más, en orden a una adecuada articulación de las competencias autonómicas sobre la ordenación del territorio y de las competencias estatales sectoriales que afecten al uso del territorio, en el establecimiento de fórmulas de cooperación, que resultan «especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1988 y 36/1994), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc.» (STC 40/1998). Sin embargo, es posible que esos cauces o fórmulas de cooperación resulten en algún caso concreto insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir, habiendo declarado este Tribunal Constitucional que en tales supuestos el «Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma» (STC 56/1986).

La apelación a la cooperación interadministrativa la encontramos, también, en relación con otras materias, en las que existe una concurrencia competencial en un mismo espacio físico. Por ejemplo, la STC

118/98, de 3 de julio (Pon. Sr. Gabaldón López), dictada en conflicto de competencia en relación con el Reglamento de la Administración Pública del Agua de la Planificación Hidrológica, en la que se afirma en su Fundamento Jurídico 12.º:

Debe recordarse al respecto que la proyección sobre un mismo espacio físico o, como en este caso, sobre un mismo recurso natural de títulos competenciales distintos en favor del Estado o las Comunidades Autónomas impone, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar con carácter general y de resaltar en particular, en materia de aguas, la cooperación entre las Administraciones públicas implicadas mediante la búsqueda o creación de instrumentos que permitan articular su actuación aunque sin alterar la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación (SSTC 77/1984; 76/1983; 227/1988 y 214/1989). En este sentido, el reproche que se dirige a los preceptos impugnados no puede ser entendido sino como invocación de lo que exigiría en los supuestos en aquellos previstos el principio constitucional de cooperación, principio que efectivamente debe ser respetado.

Este principio de cooperación impone que se arbitren mecanismos o cauces de colaboración mutua a fin de evitar interferencias y, en su caso, dispersión de esfuerzos e iniciativas perjudiciales para la finalidad prioritaria (SSTC 13/1988 y 102/1995), aunque, por lo general, «no prejuzga cuál debe ser la correcta técnica a través de cuya mediación dicha coparticipación se articule» (STC 68/1996), si bien hemos entendido que el mismo puede satisfacerse generalmente, «ya dando entrada a representantes o comisionados de las Comunidades Autónomas en los órganos del Estado va integrando a las Comunidades Autónomas en el curso de los procedimientos públicos que ejecuten la legislación estatal» (STC 146/1992). Así pues, este Tribunal ha venido reconociendo un margen de discrecionalidad en la determinación de los específicos mecanismos cooperativos, lo que no implica que dicho margen se conciba como un espacio totalmente inmune al control jurisdiccional, pues la, en principio, amplia esfera de libertad aludida «puede eventualmente comprimirse en función de la relevancia del ámbito de la política autonómica concernido en cada caso» (STC 68/1996).

En el mismo sentido, podemos citar la STC 110/98, de 21 de mayo, en relación con la Ley de Pesca Fluvial de Castilla-León.

Hemos visto que el Tribunal Constitucional admite un cierto margen de discrecionalidad sobre cuáles son los mecanismos de cooperación interadministrativa. Asimismo, se ha ocupado de diferenciar entre la cooperación y la colaboración; a este respecto, citaremos la STC 109/98, de 21 de mayo, al juzgar la constitucionalidad de sendas leyes catalanas que regulaban el Plan único de obras y servicios de Cataluña:

Cierto es que refiriéndonos a las relaciones interadministrativas de las Corporaciones Locales, ya hemos tenido ocasión de señalar que *las facultades de coordinación —a diferencia de las técnicas de colaboración, basadas en la participación voluntaria y, por ende, en una situación más nivelada de los entes cooperantes— conllevan «un cierto poder de dirección consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado» (STC 214/89)*. Y siendo, consiguientemente, la imposición una de las principales notas distintivas de la coordinación *frente a la voluntariedad que caracteriza a las fórmulas cooperativas*, es claro que el que ostenta atribuciones de aquella índole está legitimado, en línea de principio, para establecer unilateralmente medidas armonizadoras destinadas a la más eficaz concertación de la actuación de todos los entes involucrados. Desde esta perspectiva, puede en verdad afirmarse que la coordinación «constituye un límite al pleno ejercicio de las competencias propias de las corporaciones locales» (STC 27/87)... en cualquier caso los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen libre de decisión o de discrecionalidad a favor de las Administraciones sujetas a la misma, sin la cual no puede existir verdadera autonomía.

Profundizando aún más en estos conceptos, la STC 110/98 afirma, en relación con estas fórmulas de colaboración:

No obstante, la norma autonómica que ahora examinamos excede del marco competencial, así como del ámbito de colaboración y cooperación interadministrativa anteriormente descrito, *pues el informe de la Comunidad Autónoma se configura no sólo como preceptivo, sino, además, como vinculante para el Organismo de cuenca, lo que supone la imposición unilateral del criterio autonómico en un ámbito de decisión materialmente compartido por proyectarse sobre un mismo espacio físico...*

En esta línea de razonamiento, y aplicando la jurisprudencia constitucional que hemos venido citando, resulta que la previsión del art. 44.3.º de la L.G.TT.CC. no es una buena muestra de colaboración entre las Administraciones del Estado y las CC.AA., por cuanto éstas deberán limitarse a recoger en los instrumentos urbanísticos, los informes del Estado sobre necesidades de establecimiento de redes públicas, sin que haya previsto alguna forma de colaboración, tal como indica el Tribunal Constitucional, de modo que *se niega un mínimo margen de discrecionalidad a las Administraciones autonómicas*, lo que supone la *imposición unilateral* (STC 110/98) del criterio estatal, en un ámbito en el que concurren materialmente competencias autonómicas.

Para el caso de que los operadores necesiten de la ocupación de bienes de propiedad privada, podrán «exigir» su expropiación forzosa o la declaración de servidumbre forzosa de paso de infraestructura de redes públicas de telecomunicaciones (art. 46).

La aprobación del proyecto técnico, que lleva implícita la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios, requiere de informe previo de la Comunidad Autónoma competente en materia de ordenación del territorio. El carácter no vinculante del informe, unido a la posibilidad de continuar el procedimiento si no es emitido en plazo ex artículo 82 de Ley 30/92, determina en su carencia de virtualidad práctica.

El art. 47 regula el uso compartido de los bienes de titularidad pública o privada objeto de ocupación, siendo desarrollado por los artículos 48 y 49 del Reglamento, que introduce ciertas matizaciones. Este uso compartido plantea algunas cuestiones de interés.

La L.G.TT.CC. prevé un plazo de 20 días, previo a la resolución del órgano competente que autorice la ocupación del dominio público o privado, con objeto de que los operadores de redes manifiesten su interés por la cointerización. Este anuncio previo será necesario en los supuestos previstos en la Orden que apruebe el M.º de Fomento, a tenor del artículo 49 del Reglamento.

La utilización compartida, subordinada a su viabilidad económica y al abono de un precio a la entidad titular de un derecho de ocupación, se regulará libremente por las partes interesadas en sus aspectos técnico y comercial, y en su defecto, por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, cuya resolución será *reproducida* por el órgano competente para permitir el derecho a la ocupación del bien. El Reglamento ha sustituido el término *reproducida* por la expresión eufemís-

tica *deberá recoger*. También se prevé que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones pueda imponer condiciones de explotación, cuando ello permita eliminar obstáculos a la competencia del mercado.

De este modo, nos encontramos con la circunstancia de que la Administración titular de un bien de dominio público, cuando sea necesario ocuparlo para el establecimiento y explotación de redes públicas de telecomunicaciones, deberá autorizarlo, previo informe del M.^o de Fomento, debiendo recoger, en caso de explotación, las condiciones libremente pactadas por las partes, o impuestas por la comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. De forma similar podemos hablar en los casos de expropiación forzosa.

A mi modesto entender, la regulación no es respetuosa con las competencias de las AA.PP. distintas del Estado, y especialmente con las CC.AA., máxime si entendemos²⁷ que la utilización compartida es una forma de reducir al mínimo el impacto urbanístico o medio ambiental del establecimiento incontrolado de redes de telecomunicaciones, puesto que en ambos casos la competencia corresponde a las CC.AA.

Como complemento de lo anterior, el art. 16.3.^o de la L.G.TT.CC. dispone como obligación de los titulares de licencias individuales:

3.^o La observancia de los requisitos específicos establecidos en materia de protección del medio ambiente, de ordenación del territorio y de urbanismo, incluidas, en su caso, las condiciones para la ocupación de bienes de titularidad pública o privada y para el uso compartido de las infraestructuras.

Otra cuestión a la que quiero aludir es la naturaleza de la autorización de ocupación de dominio público. Ya hemos indicado que se trata de autorizaciones, no de concesiones, puesto que carecen del carácter de exclusividad, nota ésta que, teniendo su origen en los reglamentos, define y diferencia a la concesión.

¿Qué ocurre si tras el anuncio previo no hay interés en la explotación? ¿la autorización de ocupación se transmuta automáticamente en una concesión, al adquirir el carácter exclusivo? La respuesta a estas cuestiones excede del objeto principal de este estudio, si bien va a depender de la existencia o no de la posibilidad de explotación pos-

²⁷ Así lo hace URÍA FERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de las Telecomunicaciones*, Revista *La Ley*, n.º 4635, de 24-IX-98.

terior a la autorización, lo cual no se prevé ni en la Ley ni en el Reglamento.

Por otro parte, si admitiésemos una posible explotación posterior, ¿procederá algún tipo de indemnización a favor del titular de la autorización? Podría entenderse que el uso compartido es una carga que conlleva la autorización, y que sólo afecta al equilibrio de las obligaciones en la forma dispuesta en el artículo 45 del Reglamento, lo cual, además, resulta conforme con la última línea jurisprudencial del Tribunal Supremo (*S. 16 de enero de 1997*; Ar. 531)²⁸.

También en relación con las infraestructuras, el art. 53 regula las redes de telecomunicaciones en el interior de los edificios, lo que ha sido objeto de un desarrollo reglamentario independiente a través del RD Ley 1/98, de 27 de febrero.

La Ley, una vez más abusando de la cláusula *sin perjuicio de las competencias de las CC.AA.*, vuelve a regular cuestiones *ultra vires* a la competencia estatal.

En efecto, las CC.AA. son titulares de diversos títulos competenciales en relación con la normativa técnica básica de edificación como vivienda o en materia de protección de incendios, que permite la aprobación de una normativa propia, distinta de la estatal, para disgusto del M.^o de Fomento y de los Colegios Oficiales de Arquitectos²⁹.

Por último, debemos mencionar que el art. 54 de la Ley regula los derechos de los usuarios. Este precepto legal recoge diversas previsiones que, en lo que a nosotros nos interesa, determinan ciertas competencias de control o supervisión del Estado³⁰. La cuestión que cabe plantearse en este punto es, si a la luz de la distribución de competencias que determinó la STC 15/89, en virtud de la cual, las competencias en materia de defensa de los consumidores que corresponden al Estado vienen delimitadas, salvos en algunos aspectos concurrentes con

²⁸ Vid. Comentario de la S.T.S. por MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO en REDA n.º 99, julio-sept 1998.

²⁹ El M.^o de Fomento ha organizado una Comisión de Coordinación con objeto de lograr una normativa única en todo el territorio nacional.

Los problemas a que hemos aludido se han planteado, *verbi gratia*, en relación con el proyecto de Reglamento de Prevención de Incendios de la Comunidad de Madrid, que supondría, asimismo, la derogación de la O.P.I. del Ayuntamiento de Madrid.

³⁰ Tales previsiones se refieren al sometimiento voluntario de las controversias entre operadores y usuarios a las Juntas Arbitrales de Consumo, y en su defecto, al órgano que, reglamentariamente, determine el M.^o de Fomento; o la posibilidad del M.^o de Fomento o de la Comisión del Mercado de las TT.CC. de introducir cláusulas modificativas en los contratos que eviten abusos para los usuarios.

otros títulos competenciales, por las que hayan asumido las CC.AA. en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Las CC.AA. han asumido, al menos, competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de defensa de los consumidores y usuarios. Ello nos obliga a cuestionarnos si las competencias que se ha reservado el Estado no tienen una naturaleza marcadamente ejecutiva, de modo que no se ha reservado a las CC.AA. un mínimo margen de actuación, contraviniendo lo que, en la determinación de bases, afirma la STC 66/98.

Todas las CC.AA. han ido dictando sus respectivas leyes de protección de los consumidores³¹. En ellas se han regulado diversos organismos de mediación y arbitraje en materia de consumo, los cuales han sido obviados por la L.G.TT.CC., que, incluso, si no hay sometimiento a las Juntas Arbitrales, crea un organismo al cual someter las controversias, de naturaleza administrativa, cuyas resoluciones serán impugnables en la vía contencioso-administrativa.

Tal vez la explicación a esta regulación es la consideración de la defensa de los usuarios como un aspecto meramente instrumental de la competencia en materia de telecomunicaciones. Sin embargo, esta conceptualización es muy peligrosa, porque la materia de protección de los consumidores perdería la sustantividad propia que, sin embargo, sí le ha otorgado nuestra Carta Magna en el artículo 51; de esta forma, la regulación de cualquier materia atraería la competencia en defensa de los usuarios respecto de la misma³².

3.5. *Evaluación de la conformidad de equipos y aparatos.* El Título IV de la Ley regula la evaluación de los equipos y aparatos.

El art. 58 de la Ley, bajo la rúbrica de «Competencias compartidas», dispone que la competencia de evaluación de la conformidad de los equipos y aparatos corresponde al M.^o de Fomento, *sin perjuicio* de las competencias que correspondan a otros Ministerios o a las CC.AA. En materia de industria respecto de la normalización, homologación y certificación.

En consecuencia, habrá que considerar las competencias de las CC.AA. En materia de industria.

³¹ V. gr. Ley vasca de 18-noviembre-1981; Leyes catalanas de 8-enero-1990 y 5-marzo-1993; Ley andaluza de 8-julio-1985; Ley balear de 10-marzo-1998 o la Ley madrileña 9-julio-1998.

³² Entraríamos en un debate similar al que se ha suscitado respecto del concepto de obra pública en la STC 65/98.

El artículo 12.5.º de la Ley 21/92, de 16 de julio, de Industria establece:

5. Los Reglamentos de Seguridad Industrial de ámbito estatal se aprobarán por el Gobierno de la Nación, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas, con competencia legislativa sobre industria, puedan introducir requisitos adicionales sobre las mismas materias cuando se trate de instalaciones radicadas en su territorio.

En materia de normalización industrial, el artículo 12 de la Ley de Industria ha sido desarrollado por el RD 2200/95, de 28 de diciembre, que aprobó el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial.

El artículo 11 de esta norma establece diversas obligaciones de los organismos de normalización en relación con el órgano de la Administración que los reconoció³³, como el de remitir una relación de las normas técnicas aprobadas, aunque no su texto, salvo requerimiento específico.

Por ello, V. ÁLVAREZ GARCÍA ha hablado de capacidad normativa de los sujetos privados, por cuanto se ha producido un *reenvío flexible* a las normas técnicas que aprueben los organismos de normalización, en detrimento, no sólo de las competencias del Gobierno de la Nación, sino también de las CC.AA., en la medida que el reconocimiento de un ente como órgano de normalización es una actividad ejecutiva que constituye competencia exclusiva de las CC.AA.³⁴ Así resulta de la propia doctrina del Tribunal Constitucional que en la S. 243/94, y ha reiterado recientemente en la S. 179/98 al juzgar la Ley de Seguridad Industrial de Castilla y León, expresó:

Desde el punto de vista del reparto de funciones sobre este ámbito material, en la citada STC 203/1992 llegamos a tres conclusiones: primera, que el Estado tiene atribuida la potestad normativa —podrá dictar normas «por razones de seguridad industrial», que sin embargo no excluyen la posibilidad de que la Comunidad Autónoma, que posea la competencia exclusiva

³³ El único organismo existente es AENOR, reconocido por el M.^o de Industria en 1986.

³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, M., considera que tal remisión es ilegal, por contrariar el artículo 12.5.º de la Ley de Industria, en relación con el artículo 20.3.º de la Ley 50/97 y el artículo 13.2.º de la Ley 30/92.

Vid. Su estudio en La capacidad normativa de los sujetos privados, en REDA n.º 99.

en la materia de industria, «sin perjuicio de lo que determinen (esas) normas del Estado», pueda dictar también disposiciones complementarias de las del Estado, siempre que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal. (STC 243/94)

También se refiere a las competencias autonómicas el art. 60 de la L.G.TT.CC., que regula las condiciones de los instaladores, pues el Reglamento de desarrollo deberá respetar las competencias de las CC.AA. en cuanto al otorgamiento de autorizaciones y llevanza del Registro.

La antedicha STC 243/94 vino a decir a este respecto, en relación con la llevanza de registros:

En tercer lugar concluimos que esta ausencia de funciones estatales de ejecución no obsta a que el Estado pueda establecer los Registros que estime necesarios para ejercer sus competencias, aunque el régimen jurídico de dichos Registros deba respetar las competencias de ejecución que puedan haber asumido las Comunidades Autónomas.

(...) Pero el Estado debe respetar las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en las actividades que configuran la seguridad industrial y que, sin duda, abarcan las facultades de autorización, denegación de la autorización en caso de incumplimiento de los requisitos exigidos, inscripción en el registro y cancelación, que son todas ellas de naturaleza estrictamente ejecutiva y no normativa; y, en general, todas aquellas que afectan a la efectiva llevanza del Registro por las Comunidades Autónomas.

3.6. *Dominio Público Radioeléctrico.* La gestión, administración y control del dominio público radioeléctrico corresponde en exclusiva al Estado (art. 61).

La única referencia del Título V de la Ley a las CC.AA. se produce al tratar de las potestades de inspección, control y sanción, que se atribuyen a las mismas respecto de las concesiones para la prestación de servicios de comunicación social que otorguen.

En la actualidad, dichas potestades se ejercen únicamente respecto de la concesión de emisoras de ondas radioeléctricas en frecuencia modulada.

Teniendo en cuenta que las regulaciones autonómicas se remitían, en cumplimiento del principio de legalidad, al catálogo de infraccio-

nes y sanciones de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, el mismo deberá ser sustituido por el revisto en la Ley General de las TT.CC.

El traspaso de competencias del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de radiodifusión que se produjo por R.D. 2369/94, de 9 de diciembre. En virtud de dicha disposición, la Comunidad asumía las funciones relativas a la concesión, renovación, registro, inspección y sanción de las emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia.

En el ejercicio de las funciones transferidas, la Comunidad de Madrid aprobó el Decreto 57/97, de 30 de abril, por el que se regula el régimen de concesión de emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia, la prestación del servicio por parte de los concesionarios e inscripción en el registro de las empresas concesionarias.

Volviendo a la cuestión sancionadora, el incumplimiento de las condiciones esenciales de la concesión³⁵, es considerado infracción grave por el art. 41,2.º del Decreto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33,2.º,e) de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (Ley 31/87).

El precepto citado de la Ley 31/87, ha sido derogado por la Ley General de Telecomunicaciones. Sin embargo, consideramos que tal circunstancia no afecta la tipificación de la infracción (sin perjuicio de que se haga necesaria la adaptación del Decreto, lo cual ya se encuentra en fase de elaboración), porque el art. 79,12.º de la L.G.T., tipifica como infracción grave el incumplimiento de las condiciones determinantes de la adjudicación; es por ello que debemos entender que toda condición esencial de la concesión, ha sido determinante de la adjudicación, si bien, asumiendo que este último concepto es más amplio que aquél.

3.7. *Administración de las Telecomunicaciones.* El Título VI de la Ley regula la Administración de las Telecomunicaciones, detallando las competencias del Gobierno de la Nación, del M.º de Fomento y de la Comisión del Mercado de las TT.CC.

También se prevé (art. 70) un Consejo Asesor de las TT.CC., como órgano asesor del Gobierno en esta materia, cuyo seno se configura

³⁵ Entre las condiciones esenciales se incluyen, *verbi gratia*, la frecuencia, la potencia, cota, sistema radiante, denominación de la emisora, altura del mástil, etc.

con diversos representantes de distintos sectores sociales, así como de las Administraciones estatal, autonómica y local.

Por último, el art. 68 expone las actividades de fomento, investigación y desarrollo que llevará a cabo el M.º de Fomento, sin perjuicio de las competencias propias de otras A.A.P.P. y Ministerios.

3.A. *Servicios de Empleo*. Ya explicamos al inicio de este trabajo que no entraba tanto en el estudio de los servicios de redistribución y re-
 lación. Sólo quiero referirme a la Disposición Transitoria 6.^a que declara la vigencia provisional de los artículos 25 y 26 y la Disp. Adic. 2.^a de la Ley 31/87 de Ordenación de las Telecomunicaciones. Así hay que mirar el artículo 36.2.^o del mismo texto legal, conforme la Disp. Derogatoria de la Ley.

COMENTARIOS

Esta vigencia provisional del artículo 25 de la Ley 31/87 de Ordenación de las Telecomunicaciones se refiere a la concesión de servicios de redistribución sonora en áreas metropolitanas mediante el uso de frecuencias de radio, así como las potencias autorizadas respecto de las mismas.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO PARA EJERCER POLÍTICAS PÚBLICAS. FOMENTO DEL EMPLEO ESTABLE Y CONTRATACIÓN CON EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

POR

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ y EDUARDO MELERO ALONSO¹

SUMARIO: I. Antecedentes. II. La introducción de cláusulas sociales en los criterios de adjudicación de los contratos administrativos. 1. La promoción de políticas sociales a través de los contratos administrativos. 2. Formas de adjudicación de los contratos administrativos. 3. Instrumento jurídico necesario para introducir las cláusulas sociales. III. La propuesta de contratación a través de empresas de trabajo temporal por las administraciones públicas.

I. ANTECEDENTES

Partiendo del texto de nuestra Constitución, de su artículo 40.1 se deriva el deber de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica y especialmente orientada al pleno empleo. Corresponde al Gobierno tomar las medidas de política de empleo dentro del marco de su política económica². La orientación de esas medidas que persiguen alcanzar unos niveles óptimos de empleo y promover el progreso social y económico ha ido variando necesariamente en estos últimos años.

¹ Este artículo se divide en dos partes bien diferenciadas que se corresponden con dos enfoques también distintos, el administrativo y el laboral. La primera se refiere a la introducción de cláusulas sociales en la contratación de las Administraciones Públicas, ha sido realizada por Eduardo MELERO ALONSO, becario de Investigación del Área de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. La segunda, sobre la contratación de las Administraciones Públicas con Empresas de Trabajo Temporal, ha corrido a cargo de Maravillas ESPÍN SÁEZ, becaria de Investigación en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid.

² Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, artículo 1.^o (BOE 250, de 17 de noviembre).

En el año 1994 se acomete una de las grandes reformas del ordenamiento laboral intentando flexibilizar³ al máximo el mercado de trabajo en favor de la creación de empleo, regulando en ese momento modelos de contratación temporal para el fomento del empleo, así como Empresas de Trabajo Temporal, etc. En aquel momento también la Administración Pública se benefició del nuevo régimen de contratación temporal, aumentando sobre todo, el número de contratos laborales de interinidad y de eventualidad⁴. Del mismo modo la Administración actuó como una empresa usuaria más de los servicios de las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante ETTs). La regulación de estas últimas se contiene en la Ley 14/1994, de 1 de junio⁵, desarrollada por el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero⁶.

Se está ante empresas cuyo objeto es la contratación de trabajadores para su posterior cesión temporal a otras empresas, denominadas empresas usuarias. Hasta 1994 tal actividad había sido considerada dentro de nuestro ordenamiento como una práctica ilegal⁷, ante el temor de que se convirtiera en un tráfico de mano de obra. Sin embargo, dentro de las iniciativas para crear empleo a través de la flexibilización de la regulación laboral, varía la tradicional orientación y se legaliza la cesión de trabajadores siempre que se realice dentro del marco legal y exclusivamente por las empresas autorizadas sometidas a determinados controles⁸. Con ello se pretende canalizar un volumen importante de empleo, sobre todo en el sector servicios, que por su especialización e inmediatez en la respuesta no puede ofrecerse a través de los mecanismos tradicionales. Se considera también una vía de acceso del trabajador a la actividad laboral, que además le posibi-

³ Albert RUCTÓ, *Trabajo, personas, mercados*, ICARIA, Barcelona, 1997, págs. 161-171.

⁴ Recordar en este punto, que la contratación de personal de las Administraciones Públicas ha de quedar subordinado a los principios de mérito y capacidad que aseguran la igualdad de acceso a aquellas, tal y como queda establecido en el artículo 103.3 de nuestro texto constitucional.

⁵ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. BOE 131, de 2 de junio.

⁶ Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE 27, de 1 de febrero).

⁷ El antiguo artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores prohibía el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, así como la utilización de los servicios de esos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan. Sin embargo, si se admitían otras fórmulas de descentralización de la actividad laboral y del concepto tradicional de empresa como en el caso de las contrataciones y subcontratas, a que hace referencia el artículo 42 del propio Estatuto de los Trabajadores.

⁸ Manuel GARCÍA FERNÁNDEZ, *La contratación de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal*, Actualidad Laboral, n.º 1, enero de 1996, págs. 7 y ss.

lita una cierta diversificación profesional y una formación polivalente. Así, la vocación de la norma era la de satisfacer las necesidades coyunturales⁹ de las empresas usuarias, a través de la puesta a disposición de trabajadores de ETTs, y fomentar el acceso al empleo, aun temporal, de esos trabajadores.

La incidencia de la reforma de 1994 no fue la deseada: el paro se mantiene, la precariedad aumenta escandalosamente acompañada de una alta rotación del empleo, se hacen evidentes los efectos del uso abusivo de la contratación temporal y de las ETTs¹⁰.

En respuesta a la situación, en el año 1996, las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal alcanzaron el «Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo» dentro de un debate sobre en qué medida la recuperación económica puede verse acompañada de una mejora del funcionamiento del trabajo que permita responder conjuntamente a los problemas del paro, la precariedad y la alta rotación del empleo. Los datos que mueven este debate son los del desempleo (22 por 100 de la población activa), así como los de temporalidad (34 por 100 de los contratados), que unidos al problema de la rotación de la contratación laboral generan graves efectos sobre la población trabajadora, el crecimiento económico, el funcionamiento de las empresas y el sistema de protección social. Desde ese Acuerdo se persigue atender una patente demanda social, la de potenciar la capacidad generadora de empleo, y de un empleo estable¹¹. El fomento de esa estabilidad demandada corresponde a los poderes públicos y se pusieron de manifiesto en los Reales Decretos 8 y 9, de 1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contra-

⁹ El artículo 6 de la Ley 14/1994 enumera dentro de los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición entre la Empresa de Trabajo Temporal y la empresa usuaria, los de carácter enteramente coyuntural como son los casos de realización de una obra o servicio determinado, cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es, en principio, de duración incierta; para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa (eventualidad); para sustituir a trabajadores de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo (interinidad); para cubrir de forma temporal un puesto de trabajo permanente mientras dure el proceso de selección o promoción (interinidad). Véase que su contenido coincide con el previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores para los contratos de duración determinada.

¹⁰ George STANDING, *La flexibilidad laboral ¿causa o remedio del desempleo?*, Zona abierta, 41, octubre 1986, págs. 43-85.

¹¹ Esa necesidad de fomento del empleo estable se pone de manifiesto en lo establecido en el propio Estatuto de los Trabajadores en su artículo 17.3 inciso final, y a nivel europeo en el 14.º Protocolo de Política Social del Tratado de la Unión Europea.

tación indefinida y de regulación de los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, y en las correspondientes Leyes 63 y 64, de 26 de diciembre del mismo año¹². El año 1997 supone un punto de inflexión en la tendencia flexibilizadora iniciada por la reforma de 1994, hacia otra dirigida a la estabilidad general, como pone de manifiesto la nueva redacción del artículo 17 del ET que en su inciso final establece:

«Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido»¹³.

En este contexto, durante el año 1998 se abren dos procesos de relevancia a los efectos de este estudio. Por un lado, se presenta el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). El Anteproyecto mantiene la actual redacción del artículo 87 de la LCAP introduciendo un apartado tercero sobre ofertas desproporcionadas o temerarias, disponiendo respecto a los criterios para la adjudicación del concurso lo siguiente:

«1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otras semejantes, de conformidad a las cuales el órgano de contratación acordará aquella.

Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden de importancia y por la ponderación que se les atribuya.

3. En los contratos que se adjudiquen por concurso podrá expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, qué proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

¹² Publicadas en el BOE 312, de 30 de diciembre.

¹³ Apartado redactado por RD Ley 8/1997, de 16 de mayo, de Medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida.

Para la tramitación de las respectivas proposiciones y garantía a constituir se estará a lo dispuesto para las subastas en el artículo 84 de esta Ley».

La contratación con Empresas de Trabajo Temporal se introduce como novedad, a través de una nueva redacción del artículo 198.3.

«Los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que tengan por objeto actividades concertadas para la colaboración con la Administración con la participación y dirección de ésta, y consistan en el desarrollo de trabajos eventuales podrán ser adjudicados a empresas de trabajo temporal. En tal supuesto, vencido el plazo al que se refiere el artículo 199.3, no podrá producirse la consolidación como personal de las Administraciones Públicas de las personas que procedentes de las citadas empresas realicen los trabajos que constituyan el objeto de los contratos, sin que sea de aplicación a tal efecto lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal».

Sobre este Anteproyecto, el Pleno del Consejo Económico y Social (CES) aprobó, en su sesión ordinaria de 27 de mayo, el Dictamen 5/1998. En él, y respecto al objeto de estudio que nos concierne, el CES¹⁴ plantea la posibilidad de incluir entre los criterios enumerados en el artículo 87 del Anteproyecto una cláusula social que pueda ser valorada junto con el resto en el propio pliego, teniendo en cuenta el número de puestos de trabajo en la actividad contratada, la adopción de medidas de seguridad en el trabajo, la condición de empresa de economía social, etc., propuesta de la que el grupo segundo del CES, formado por las organizaciones empresariales, discrepa en voto particular. También se recoge, en cuanto al artículo 198.3, el voto particular de los consejeros de UGT, CCOO y CIG, planteando la necesidad de supresión del mismo.

Paralelamente, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, los interlocutores sociales y el Gobierno alcanzaron el 30 de julio de 1997 un Acuerdo Marco para apoyar la estabilidad y la calidad del empleo. Las actuaciones a realizar por parte de la Administración de la Comunidad de Madrid para alcanzar los fines de aquel Acuerdo se aprueban

¹⁴ Téngase en cuenta que el CES es un órgano meramente consultivo del Gobierno, en materia socioeconómica y laboral, de acuerdo con el artículo 1.2. de la Ley 21/1991, de 17 de junio, por la que se crea el CES.

con el Acuerdo de 18 de junio de 1998¹⁵, del Consejo de Gobierno, que recoge las propuestas emitidas en dictamen por el Consejo de Estado y decide, en cuanto nos interesa, en su acuerdo segundo:

«Respecto de la contratación administrativa, se utilizará la vía convencional mediante la aprobación por el órgano de contratación correspondiente de los oportunos Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares en la contratación de las obras, servicios y suministros que se lleven a cabo por la Comunidad de Madrid, en los que figuren como criterios objetivos para la adjudicación de los referidos contratos, tanto los que se refieren a la creación de empleo estable en el Acuerdo Marco, como los relativos a la estabilidad de la plantilla de las empresas concursantes.

La puntuación que debe otorgarse a los citados criterios será del 20 por 100 de la total baremación establecida en cada caso concreto».

En el Acuerdo Marco recogido en el Anexo del Acuerdo del Consejo de Gobierno, en su punto quinto, inciso final, se acuerda que:

«La Administración Autonómica, los Entes, Organismos Autónomos, Agencias, Consorcios y Empresas Públicas, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, se comprometen a no utilizar Empresas de Trabajo Temporal para resolver sus necesidades laborales.

Por otro lado, se establecerá un control y seguimiento de las Empresas de Trabajo Temporal, estableciendo planes que garanticen los derechos de los trabajadores en misión en las empresas usuarias y la causalidad en este tipo de contratación».

Ante estos antecedentes este trabajo va a centrarse en el análisis de dos cuestiones fundamentales:

1. La introducción de las llamadas cláusulas sociales en los criterios de adjudicación de los contratos administrativos.
2. La posibilidad de contratación a través de empresas de trabajo temporal por las Administraciones Públicas.

A los problemas que plantean ambas cuestiones se dedican las próximas líneas.

¹⁵ BOCM 158, de 6 de julio de 1998.

II. LA INTRODUCCIÓN DE CLÁUSULAS SOCIALES EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. La promoción de políticas sociales a través de los contratos administrativos

La contratación pública es una forma de actuación administrativa y, como tal, se encuentra sometida al interés público. Este interés público, hasta ahora, sólo se ha considerado en relación con el objeto directo del contrato, es decir, con la obra, la prestación del servicio o el suministro que constituyen las concretas obligaciones que el contratista se compromete a realizar. Prueba de ello es que el criterio de distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración se basa en el objeto directo del contrato (art. 5 Ley 15/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas LCAP). Desde una interpretación restrictiva podría incluso negarse la posibilidad de incluir cláusulas sociales en los contratos administrativos, ya que éstas no están vinculadas con el objeto directo de los contratos, sino con la consecución de unos objetivos más amplios.

El contrato administrativo está estrechamente vinculado con el contrato civil, figura que le precede históricamente¹⁶. Las cláusulas sociales son totalmente ajenas al esquema del derecho privado. El contrato administrativo, sin embargo, tiene que dar cabida a esta cuestión, porque los intereses públicos que están detrás de estas cláusulas merecen ser considerados, y porque es un problema que ya se está planteando en la práctica. Así lo demuestra, como después veremos, la Ley Foral 10/1998 de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, la Orden de la Ministra de Medio Ministerial de 14 de octubre de 1997, el Acuerdo de 18 de junio de 1998 de la Comunidad de Madrid, o el Dictamen 5/1998 del Consejo Económico y Social.

En mi opinión hay que ir más allá del tenor literal de la LCAP, interpretándola desde el contexto constitucional en que se desenvuelve. El artículo 3.1 del Código Civil reconoce que hay que interpretar las normas desde la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

La contratación administrativa debe considerarse también como un instrumento de fomento de políticas de empleo, medioambientales, sociales... Se trata de introducir aquí la idea del ordenamiento ju-

¹⁶ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 33 y 47-49.

rídico como ordenamiento con función promocional, idea propia del Estado social-asistencial¹⁷. Nuestra Constitución reconoce, por ejemplo, que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y, en especial, realizarán una política orientada al pleno empleo (art. 40.1) o que velarán por la utilización racional de los recursos naturales (art. 45.2).

Hay que partir de que España es un Estado social (art. 1 CE). La Constitución reconoce la existencia de unos principios rectores de la política social y económica (capítulo tercero del Título I). Estos principios no son directamente aplicables, pero vinculan a los distintos poderes del Estado. El legislador goza de gran libertad conformadora a la hora de desarrollarlos: carecen de contenido esencial (art. 53 CE) y su reconocimiento en la Constitución es muy general. Sin embargo pueden limitar la discrecionalidad legislativa. Son, por otra parte, parámetros para una interpretación conforme a la Constitución de la legalidad. Buscando siempre la interpretación más favorable a la efectividad de estos principios¹⁸.

El valor interpretativo de los principios rectores tiene aquí el sentido de introducir en la figura del contrato administrativo otros intereses públicos que trascienden el objeto directo de cada contrato individualmente considerado. Se trata de concebir la contratación administrativa, gracias a la inclusión de cláusulas sociales, como un instrumento para llevar a cabo políticas públicas transversales. Los principios rectores obligan a integrar la contratación administrativa con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos.

El fomento del empleo estable a través de los contratos administrativos ya se ha tratado en la Ley Foral 107/1998, de 16 de junio, de

¹⁷ Esta función promocional está detrás de la Orden de la Ministra de Medio Ambiente de 14 de octubre de 1997, que fija los criterios que han de regir en la contratación del Ministerio de Medio Ambiente para incluir la valoración ambiental. Su finalidad es «potenciar la progresiva adaptación de las empresas a las nuevas exigencias medioambientales».

¹⁸ Sobre «La función promocional del derecho», véase el artículo de Norberto Borroa, publicado con ese nombre, en *Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990, págs. 371-385.

Siguiendo la distinción de este autor entre premio y facilitación (pág. 382), las cláusulas sociales corresponderían a la segunda categoría, ya que no se refieren a comportamientos ya realizados (premio), sino que tratan de favorecer comportamientos que todavía están por realizarse.

¹⁹ Sobre la eficacia normativa de los principios rectores del Capítulo tercero de la Constitución véase Miguel SATRÚSTEGUI, *Derechos de ámbito económico y social*, en la obra colectiva: *Derecho Constitucional. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 413-415.

Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra¹⁹. En su artículo 62.7 se establece que «Los pliegos de cláusulas administrativas particulares incorporarán, con carácter general, entre los criterios de adjudicación el de la situación laboral de las empresas, de forma que se valore y puntúe positivamente a aquellas empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica tengan en su plantilla un número de eventuales no superior al 10 por 100», como se verá después, no es necesario que se recoja expresamente la posibilidad de primar a aquellas empresas cuyos trabajadores sean principalmente contratados indefinidos, sino que la actual Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite concretar la política general de fomento del empleo estable en materia de contratación administrativa.

2. Formas de adjudicación de los contratos administrativos

Las principales son la subasta y el concurso²⁰. Aunque hay que citar también el procedimiento negociado y los contratos menores como supuestos excepcionales. En la subasta el criterio de adjudicación es exclusivamente monetario: la oferta con el precio más bajo gana (83.1 LCAP), de forma automática. Este automatismo se produce porque las ofertas son absolutamente idénticas, salvo en el precio²¹.

En la subasta por procedimiento restringido la Administración contratante sí puede tener en cuenta otros criterios objetivos, aunque su valoración se realiza en un momento previo. En el procedimiento restringido la Administración contratante realiza una selección de los empresarios que podrán presentar sus proposiciones (art. 74.3 LCAP). Los criterios objetivos de esta selección deberán establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 92.1.a LCAP).

En el caso del concurso el criterio de adjudicación no es exclusivamente el precio, sino que se tiene en cuenta la proposición más ventajosa para el interés público en su conjunto. En la adjudicación, la

¹⁹ BOE 221 de 15 de septiembre de 1998.

²⁰ Tanto la subasta como el concurso pueden realizarse o bien por el procedimiento abierto o bien por el procedimiento restringido.

²¹ Miguel SÁNCHEZ MORÓN y Jesús GARCÍA TORRES, *Actuaciones preparatorias, tramitación del expediente de contratación y adjudicación de los contratos*, en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 380.

Administración goza de discrecionalidad decisoria²². El límite de esta discrecionalidad se encuentra en que los criterios de adjudicación deben ser objetivos. El artículo 87 señala como criterios a tener en cuenta: el precio, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otros semejantes. Estos criterios son meramente ejemplificativos y no vinculantes²³.

Los criterios para la adjudicación del concurso deben indicarse por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les otorgue (art. 87.2 LCAP). La Administración es libre a la hora de fijar estos criterios, siempre que se haga de forma motivada y los criterios estén al servicio del fin público que se trata de satisfacer con el contrato²⁴. En el concurso, siempre le queda a la Administración la posibilidad de declararlo desierto (art. 89.2 LCAP).

En principio la subasta es la forma general de adjudicación y el concurso exige la concurrencia de los requisitos del artículo 86 LCAP²⁵. Sin embargo, en la práctica, la Administración puede optar con gran libertad entre ambas formas de adjudicación, debido a la amplitud del supuesto de hecho de dicho artículo²⁶.

El procedimiento negociado es un sistema que se aplica en casos excepcionales o de muy escasa cuantía²⁷. En él la Administración debe pedir ofertas a un mínimo de tres empresas antes de decidir (art. 93 LCAP). Aquí predomina la voluntad del órgano administrativo competente para adjudicar el contrato, quien decide libremente²⁸.

Por último, hay que citar los contratos menores (art. 57 LCAP). En este supuesto solamente existe un acuerdo de voluntades, como en la

²² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 686.

²³ Pablo MAYOR MENENDEZ, *Artículo 87*, en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Justicia, Ministerio de Fomento y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, pág. 319.

²⁴ Pablo MAYOR MENENDEZ, *ob. cit.*, pág. 319.

²⁵ La adjudicación a través de concurso es regla general en el contrato de gestión de servicios públicos (art. 160.1 LCAP) y en el contrato de suministro (art. 181.2 LCAP).

²⁶ Miguel SÁNCHEZ MORÓN y Jesús GARCÍA TORRES, *ob. cit.*, pág. 384.

²⁷ Arts. 140 y 141 contrato de obras, artículo 160 contrato de gestión de servicios públicos, artículos 182 y 183 contrato de suministros y artículos 210 y 211 contratos de consultoría, asistencia y servicios. En determinados supuestos la ley obliga a hacer pública la licitación.

²⁸ Miquel VINYOLÉS I CASTELLES, *La adjudicación de los contratos públicos. La nueva ley de Contratos de las Administraciones Públicas y normativa comunitaria*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 175.

contratación entre particulares, que debe ser documentado²⁹. Son contratos menores: los de obras cuya cuantía no exceda los 5 millones (art. 121), y los de suministros (art. 177), consultoría y asistencia, de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración (art. 202) cuya cuantía no exceda de 2 millones.

La conclusión es que sólo se pueden introducir cláusulas sociales en el concurso y en la subasta por procedimiento restringido. Son las únicas formas de adjudicación de contratos donde la Administración dispone de poder discrecional para introducir valoraciones propias de la política social y económica.

Si se introducen cláusulas sociales, éstas afectarán a todos los contratos que celebre la Administración, tengan naturaleza privada o administrativa, en virtud de la doctrina de los actos separables. Las normas sobre preparación y adjudicación de la LCAP también son obligatorias para los contratos privados de la Administración, salvo que una ley administrativa especial diga lo contrario (art. 9.1 LCAP).

3. Instrumento jurídico necesario para introducir las cláusulas sociales

Según el artículo 87.1 LCAP los criterios objetivos de adjudicación del concurso se establecen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares³⁰. Las cláusulas administrativas particulares son una parte del expediente de contratación (art. 68.1 LCAP). Su alcance se limita al contrato al que se refieren. Incluyen los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato (art. 50.1 LCAP), y rigen los efectos de los contratos (art. 95 LCAP)³¹.

El contenido mínimo de los pliegos de cláusulas administrativas particulares debe ser: objeto, presupuesto de la licitación o precio máximo propuesto por la Administración, duración del contrato, procedimiento de adjudicación, criterios de valoración del concurso, y los

²⁹ RAMÓN PARADAS, *Derecho Administrativo. I. Parte general*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 302.

³⁰ Las cuestiones tratadas en este punto son trasladables a los criterios objetivos de selección de empresarios en las subastas por el procedimiento restringido, ya que estos criterios han de fijarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 92.1.a LCAP).

Aquí también será posible dictar instrucciones u órdenes de servicio que impongan la obligación de tener en cuenta criterios de fomento del empleo estable en la selección de los empresarios.

³¹ Junto con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sus disposiciones de desarrollo, y los pliegos de cláusulas administrativas generales.

criterios de ejecución del contrato³². La aprobación de los pliegos de cláusulas particulares corresponde al órgano de contratación competente (art. 50.2 LCAP)³³.

Los pliegos de cláusulas generales suponen la redacción estable de las cláusulas de contratación en determinados ámbitos materiales, siendo potestativo su establecimiento³⁴.

El contenido se define en el artículo 37 del Reglamento de Contratación del Estado. Este artículo, sin embargo, no se refiere a los criterios de adjudicación, sino al régimen jurídico de los contratos ya adjudicados. Por eso se limita a recoger la ejecución, los derechos y obligaciones de las partes, las modificaciones, la resolución y la conclusión del contrato. Los pliegos de condiciones generales los aprueba el Consejo de Ministros (art. 49.1 LCAP).

El problema que plantean los pliegos de cláusulas generales es su carácter no normativo. Su fuerza vinculante deriva de su inclusión en los contratos concretos, y sus términos pueden ser modificados por los pliegos de cláusulas particulares (art. 51 LCAP).

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares son, en principio, el instrumento jurídico adecuado para establecer los criterios para la adjudicación del concurso (art. 87.1 LCAP). Sin embargo, sólo tienen efectos en el concreto contrato administrativo en que aparecen (art. 68.1 LCAP). No parece posible que puedan establecerse criterios de adjudicación con ámbito general por medio de los pliegos de condiciones generales, ya que este aspecto no se menciona en el artículo 37 RCE, y este artículo se refiere a los contratos ya adjudicados.

El establecimiento de cláusulas sociales, con eficacia vinculante para todos los contratos administrativos, podría realizarse por medio de un reglamento aprobado por el Consejo de Ministros. Esta norma tendría su fundamento en el artículo 87 LCAP. A través de este reglamento la Administración ejercitaría con carácter general la potestad

³² Este contenido se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 50.1 y 87 LCAP y 35 y 82 del Reglamento de Contratación del Estado. María Luisa BARO PAZOS: «Las actuaciones preparatorias», en *Contratación administrativa II*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, pág. 117.

³³ Son órganos de contratación los Ministros y los Secretarios de Estado, en el ámbito de la Administración General del Estado. También lo son los representantes legales de los Organismos autónomos y demás entidades públicas estatales, y los Directores generales de las distintas entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social (art. 12.1 LCAP).

³⁴ Joaquín TORROS MAS, *Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración*, en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, ob. cit., págs. 267-268.

discrecional que le otorga el artículo 87 LCAP. La discrecionalidad no se ejerce sólo por medio de actos administrativos concretos sino también de una manera general³⁵. La discrecionalidad no se desarrolla, sino que se aplica. Por tanto, no sería un reglamento ejecutivo en sentido estricto, sino un reglamento *intra legem*, dictado en aplicación de la ley.

El Consejo de Estado, en su Dictamen de 4 de junio de 1998, considera que el acuerdo entre la Comunidad de Madrid y los sindicatos debería realizarse a través de un reglamento, ya que no se limita a aplicar el derecho vigente, sino que crea derecho nuevo (consideración V).

El texto del Acuerdo Marco en este punto es el siguiente (acuerdo segundo):

«En la contratación de obras, servicios y suministros que desde el Gobierno Regional, Unidades Administrativas, Empresas Públicas y Organismos de él dependientes se lleven a cabo, se establecerá como criterio preferente, la creación de empleo estable en la obra o servicio contratado, valorando igualmente la estabilidad de la plantilla de la empresa concursante, de manera que se priorice a aquellas con un peso mayoritario de trabajadores indefinidos.

En el caso de nuevas contrataciones vinculadas a la ejecución de la obra o el servicio, se valorará el compromiso de que éstas tengan carácter indefinido o en su defecto, la garantía de contratación causal, priorizando la figura del fijo de obra.

Se priorizará que la ejecución directa de la obra o servicio se realice con trabajadores de plantilla de la empresa, siendo de carácter excepcional la realización de algunas tareas específicas por otros trabajadores y

³⁵ La contraposición entre el ejercicio individual de la discrecionalidad (*individuelle Ermessensausübung*) y su ejercicio de forma general (*generelle Ermessensausübung*), puede verse en HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, München, 1997, págs. 124-125.

La aplicación de esta doctrina a nuestro derecho significa que la discrecionalidad puede ejercitarse tanto a través de actos administrativos como de disposiciones de carácter general. Hay que tener en cuenta que el criterio abstracto-general frente al individual es clave en el derecho alemán para la distinción entre acto y norma (*cf.* págs. 179-180).

Como ejemplo, en nuestro ordenamiento, del ejercicio de la discrecionalidad por medio de normas pueden citarse los Reales Decretos: 789/1989, de 30 de junio (BOE de 5 de julio), 296/1990, de 2 de marzo (BOE de 6 de marzo), y 134/1994, de 4 de febrero (BOE de 18 de febrero). Los tres se dictan en aplicación del artículo 56 de la Ley de Aguas, y regulan la adopción de medidas excepcionales para el aprovechamiento (o abastecimiento) de recursos hídricos.

siempre que se justifique la imposibilidad de realización con medios propios.

Por todos estos criterios, vinculados a la estabilidad del empleo, los pliegos de condiciones incorporarán cláusulas de las que resulte una puntuación del 20% del total de la baremación».

Como la Comunidad de Madrid carece de competencias de desarrollo normativo en materia de contratos administrativos (art. 27 del Estatuto), no podrá dictar tal reglamento. Lo que sí podrá hacer es, por vía convencional, aprobar pliegos de cláusulas administrativas (consideración IX).

Estos pliegos serán los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que habrán de aprobarse contrato por contrato. El Consejo de Estado niega así la posibilidad a la Comunidad de Madrid de introducir cláusulas sociales con carácter general. En mi opinión, la Comunidad sí sería competente para dictar tal reglamento. El título que la habilita es el reconocimiento de la función ejecutiva «para la administración, gestión o inspección de todos los servicios cuya titularidad legislativa o reglamentaria corresponda a la Comunidad Autónoma» (art. 25.3.a Estatuto de la Comunidad de Madrid). La Comunidad de Madrid no estaría desarrollando el artículo 87 LCAP, sino que estaría aplicando el margen de discrecionalidad que tal norma le otorga; es decir, ejerciendo su función ejecutiva en relación con la contratación administrativa.

Los órganos administrativos de la Comunidad de Madrid también podrán dictar instrucciones u órdenes de servicio en esta materia. Las instrucciones son, aunque el Consejo de Estado no las tenga en cuenta, disposiciones administrativas de carácter general. Hay que considerar que el Acuerdo de 18 de junio de 1998 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid tiene naturaleza de instrucción.

Los criterios de adjudicación también pueden establecerse con carácter general por medio de instrucciones u órdenes de servicio del artículo 21 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Las instrucciones no se encuentran sometidas al procedimiento de elaboración de los reglamentos (art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, *sensu contrario*). Tienen, por tanto, la ventaja de su mayor flexibilidad a la hora de variar los criterios integrantes de las cláusulas sociales.

El fundamento de las instrucciones se encuentra en el poder de dirección. En este caso, el superior ejerce su poder jerárquico sobre los órganos de contratación competentes para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Los órganos de contratación subordinados deberán incluir, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cada contrato, los criterios de valoración fijados en las instrucciones del superior jerárquico.

Aquí también hay que tener en cuenta que en la adjudicación de los concursos, la Administración está ejerciendo una competencia administrativa discrecional. Las circulares sobre la discrecionalidad garantizan una aplicación de la discrecionalidad única e igual, por parte de los distintos órganos administrativos³⁶. Estas directrices refuerzan así, a través de la garantía del principio de igualdad, la objetividad que debe regir la adjudicación de los concursos (art. 87 LCAP).

Con esta finalidad social ha sido dictada la Orden de la Ministra de Medio Ambiente, de 14 de octubre de 1997, que fija los criterios de modificación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares que han de regir en la contratación del Ministerio de Medio Ambiente para incluir la valoración ambiental como exigencia objetiva de resolución de los concursos que se convoquen³⁷.

No nos encontramos aquí ante una verdadera norma reglamentaria, sino ante una circular de la Administración, ya que como se afirma expresamente en el propio texto, la Orden se dicta «con el alcance de instrucciones y órdenes de servicio a que alude el artículo 21 de la Ley 30/1992».

La Orden tiene como origen la disposición adicional tercera de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases. Disposición que obliga a las Administraciones Públicas a promover el uso de materiales reutilizables y reciclables en la contratación de obras públicas y suministros. Según el propio texto de la Orden «Esta previsión legal conduce necesariamente, en aplicación del artículo 87 de la Ley 13/1995... a incluir criterios medioambientales en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras, suministros y servicios que se convoquen por el Ministerio de Medio Ambiente y organismos públicos de él dependientes».

De esta manera se está introduciendo una cláusula social, en relación con la protección del medio ambiente. La Orden de 14 de octubre

³⁶ HARTMUT MAURER, *ob. cit.*, págs. 592-593.

³⁷ BOE 259, 29 octubre 1997, Aranzadi n.º 2549 (1997).

de 1997 se plantea como objetivo que «se hace necesario potenciar la progresiva adaptación de las empresas a las nuevas exigencias medioambientales».

La Orden establece que habrá de incluirse el criterio calidad ambiental, como criterio objetivo de adjudicación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que se elaboren en el ámbito del Ministerio de Medio Ambiente³⁸. La calidad ambiental de las ofertas que se presenten a la Administración se valorará en un 20%, distribuyéndose el 80% restante entre los demás criterios de adjudicación que figuren en el pliego de cláusulas administrativas particulares³⁹.

III. LA PROPUESTA DE CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una de las novedades que incluye el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, es el previsto en el artículo 198.3, referido a la adjudicación de trabajos eventuales a Empresas de Trabajo Temporal.

Esta innovación se lleva a cabo, como se explicaba anteriormente, en un contexto de promoción general del empleo estable, con lo que las respuestas críticas a la misma no se han hecho esperar. Los sindicatos han mostrado su más rotunda disconformidad atendiendo a una realidad en la que las ETTs constituyen un factor de temporalización y precarización de nuestras relaciones laborales, factor que se trata de trasladar legalmente al ámbito de las Administraciones Públicas, donde ya el grado de temporalidad es de los más elevados⁴⁰. Su oposición quedaba patente, como se veía, en uno de los votos particulares del Dictamen 5 del Consejo Económico y Social del 27 de mayo de 1998 y también en otros documentos como el Informe al Consejo Confederal de la Secretaría General de CC OO de 13 y 14 de octubre de 1998 donde, sin embargo, se señala la obtención de un compromiso inicial del

³⁸ La Orden también se aplica a los organismos públicos dependientes del Ministerio (apartado cuarto).

³⁹ El porcentaje del 20% corresponde a los contratos de suministros, servicios y de consultoría y asistencia técnica. Mientras que en los contratos de obras, la calidad ambiental solamente se valora en un 10%. Se cumplen así, de manera impecable, las exigencias de ponderación del artículo 87 LCAP.

⁴⁰ Enrique LILLO y Marta PUIG DE LA BELLACASA, *Prestamismo laboral en la Administración Pública*, El País, lunes 26 de octubre de 1998.

gobierno para eliminar lo previsto en el apartado 3 del artículo 198 del Anteproyecto, acompañado de la modificación del artículo 87 del mismo con el fin de priorizar la contratación con empresas que fomenten la estabilidad laboral.

En este contexto se ha de analizar el citado precepto con el fin de entender su naturaleza, su viabilidad y los efectos que su institución puede producir, y a ese análisis se va a dedicar esta parte del trabajo.

Análisis de los problemas que se plantean: Uno de los problemas ante el que se encuentra el legislador al realizar su labor, es el de integrar la norma en un ordenamiento con vocación de coherencia, donde no encuentre ni oponga disgregaciones que den lugar a la inseguridad o desprotección de los ciudadanos como tales, o más concretamente en este caso, como trabajadores. ¿Cuál es la orientación del ordenamiento en que se pretende integrar el artículo 198.3 del Anteproyecto de la LCAP?

Ya se observaba cómo la orientación de la política económica y de empleo del Gobierno había variado desde 1994, cuando se legisla tratando de favorecer la creación de empleo a través de la contratación temporal de forma directa o a través de las Empresas de Trabajo Temporal, hasta 1997, momento en el cual se promulgan las ya mencionadas leyes 63 y 64/1997, de 26 de diciembre, tendentes al fomento de la creación de empleo estable, que junto a lo expresado en el artículo 17 del ET⁴¹ dan una clara idea de la tendencia al fomento de la estabilidad general del empleo⁴².

Por otro lado, el ordenamiento recoge en la Ley 14/1994, de 1 de junio, el régimen de funcionamiento de las Empresas de Trabajo Temporal, con una finalidad clara: poner a disposición de la empresa usuaria los trabajadores necesarios para satisfacer las necesidades coyunturales que surjan en su actividad. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto cómo en la realidad las ETTs, escapando su uso en la prác-

⁴¹ Ver en este mismo sentido y a nivel europeo lo que en materia de estabilidad en el empleo establece el 14.º Protocolo de Política Social del Tratado de la Unión Europea.

⁴² Un argumento más que demuestra la tendencia al fomento del empleo estable. Como se veía en los Antecedentes, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, de 18 de junio de 1998, cuyo fin es apoyar la estabilidad y calidad del empleo, da respuesta por parte de los interlocutores sociales y del Gobierno de Madrid, a las deficiencias originadas en la intervención de las ETTs en el tráfico jurídico, dando lugar a una reorientación de su actividad desde la propia Administración Pública principalmente a través del impulso de un control y seguimiento mucho más estrictos y eficaces que los establecidos hasta ahora.

tica de su finalidad original, se han convertido en un factor generador de temporalidad y precariedad dentro de nuestro mercado de trabajo. La práctica, como tantas veces, ha variado respecto al fin de la norma, de manera que se ha terminado utilizando los servicios de los trabajadores cedidos para colmar necesidades no precisamente temporales de las empresas usuarias⁴³. Su estancia temporal en las mismas se ha conformado en la realidad, al igual que la de los contratados temporalmente de forma directa por la empresa, en verdaderos periodos de prueba, al final de los cuales normalmente no se incorpora el trabajador a su plantilla. Las Empresas de Trabajo Temporal se han constituido en un foco de temporalidad y precarización de nuestras relaciones y presenta importantísimos porcentajes de rotación de la contratación. En cualquier caso, su intervención en el tráfico, estableciendo relaciones triangulares entre empresa usuaria y cedente y empresa cedente-trabajador, ha introducido un importante grado de complejidad en el mismo de difícil seguimiento hasta para los tribunales. Todo ello reclama una reforma legal que vuelva a encaminar su actividad a su fin original de atención a verdaderas necesidades urgentes a través de trabajadores formados⁴⁴ y especializados, beneficiando así tanto a los trabajadores como a las empresas usuarias.

De ello se obtiene una primera conclusión, la contratación con ETTs por las Administraciones Públicas, tal y como establece el artículo 198.3, va en contra de la tendencia generalizada a la promoción de la estabilidad en el empleo.

El Anteproyecto de Ley trata de poner límites a la intervención de estas empresas al concretar las actividades a realizar por las mismas: trabajos eventuales; y el tiempo de duración de sus tareas: un máximo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga⁴⁵. Trata de ajustarse a la vocación de la Ley reguladora de las

⁴³ En la práctica y dada la fragmentación de las actividades de las empresas es difícil distinguir qué es «actividad habitual» de la misma o no.

⁴⁴ El artículo 12.2 de la Ley 14/1994 prevé que las Empresas de Trabajo Temporal destinen el 1 por 100 de la masa salarial a la formación de los trabajadores que van a ser cedidos temporalmente a las empresas usuarias. Sin embargo, esa formación no está siendo suficiente para prestar el servicio especializado que se deseaba originariamente en la ley. De hecho, la falta de formación de estos trabajadores está provocando una importante insatisfacción en las empresas usuarias que a veces tienen que dedicarse a formar a estos trabajadores para realizar el trabajo que necesitan, así como un alto nivel de siniestralidad en este sector del empleo.

⁴⁵ El artículo 199.3 se refiere a la duración de los contratos con empresas de trabajo temporal y establece que: «Los contratos con empresas de trabajo temporal a que se refiere el

Empresas de Trabajo Temporal: la atención a necesidades urgentes de las usuarias y por tiempo definido.

Sin embargo, y al igual que en otros supuestos previstos legalmente, se ha de establecer un control de esa eventualidad y su determinación, que de escapar a lo establecido daría lugar a preocupantes fraudes dentro de la actividad de las Administraciones Públicas⁴⁶.

Por lo tanto, la propuesta del Anteproyecto en la materia que se estudia entra en contradicción con la realidad que le rodea. En tanto en cuanto la regulación de las Empresas de Trabajo Temporal no se modifique corrigiendo las desviaciones que provocan importantes déficit de estabilidad en el mercado de trabajo, la Administración Pública, en atención a la sociedad a la que presta sus servicios, debe fomentar otros intereses, que en este caso se concretan, como ya se ha visto, en alcanzar una mayor estabilidad en el empleo.

En segundo lugar, hay que plantearse si la contratación con las Empresas de Trabajo Temporal contradice o no la finalidad perseguida por el Anteproyecto.

Una de las principales finalidades de este Anteproyecto está en simplificar los procedimientos de contratación con respecto a los principios básicos de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación de las Administraciones Públicas⁴⁷.

Otro objetivo que interesa a este estudio es el dirigido a la supresión de determinadas modalidades de contratos introduciendo otras para satisfacer las necesidades de las Administraciones Públicas, que la práctica ha puesto de relieve. Destaca en este sentido la eliminación del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, por la razón de que la colaboración con profesionales que pretendía atender puede ser perfectamente articulada a través de contratos de consultoría y asistencia, evitando las dudas y dificultades que el carácter residual y la definición negativa de los contratos que ahora se suprimen ha suscitado en la práctica de su aplicación concreta. Tales contratos de consultoría y asistencia aparecen regulados en los artículos 197 y siguientes del Anteproyecto, incluyendo aquí la contratación de las

artículo 198.3 en ningún caso podrán superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga».

⁴⁶ Fraude muy difícil de demostrar actualmente ante los tribunales (SSTS de 3 de febrero de 1995, Ar. 775; de 20 y 21 de diciembre de 1997, Ar. 1457 y 1572).

⁴⁷ Véase la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, así como el Dictamen 5 que sobre el mismo realizó el Consejo Económico y Social en sesión ordinaria del Pleno de 27 de mayo de 1998.

ETT's cuyas tareas consistirán en el desarrollo de trabajos eventuales⁴⁸ bajo la dirección y con la participación de la Administración correspondiente⁴⁹. Por lo tanto esta contratación quedará sometida al mismo régimen que el resto de los contratos de consultoría y asistencia con las salvedades especificadas en la ley. Habrá que analizar si efectivamente tal contratación responderá a los fines de simplificación descados por la norma.

¿Se contradicen estos objetivos? Los fines de transparencia y simplificación se ven enturbiados en la realidad.

Las Administraciones Públicas han venido utilizando los servicios de estas Empresas dentro del marco de la Ley 14/1994, que en su artículo 6.1 se limita a señalar que la celebración del contrato de puesta a disposición de los trabajadores de la Empresa de Trabajo Temporal se podrá llevar a cabo con la empresa usuaria, sin más definición de lo que tal empresa usuaria sea. La Administración Pública ha utilizado este contrato de puesta a disposición de naturaleza civil o mercantil en su caso, como una empresa usuaria más. Se han conformado relaciones jurídicas triangulares unidas por contratos de distinta naturaleza⁵⁰ (civil o mercantil el contrato de puesta a disposición entre la Empresa de Trabajo Temporal y la usuaria; contrato laboral, normalmente temporal, entre la ETT y el trabajador en misión). Pero además ha existido otro punto de relación de la Administración Pública con las ETT's que ha llegado a tener carácter cuadrangular mucho más complejo y problemático. Es el caso de contratación administrativa de la Administración Pública con una empresa, a su vez usuaria a través de contrato mercantil o civil de una ETT, con lo que finalmente los servicios los presta un trabajador de una ETT bajo la dirección de la empresa usuaria, y a su vez bajo las órdenes de la Administración Pública. El juego en la realidad es bastante complejo como puede comprobarse, y los efectos sobre los derechos de los trabajadores bastante dañinos.

⁴⁸ Parece que las actividades a realizar por las ETT's son muy similares a las que constituían el objeto del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, que se suprimen en el Anteproyecto.

⁴⁹ Otra cuestión que merecería la pena desarrollar es la que se refiere a si esos trabajos eventuales que han de ser adjudicados normalmente a través de concurso, lo pueden ser tanto a empresas privadas como a ETT's. ¿cuál será el criterio diferenciador por el que se guíe la entidad adjudicataria para asignar el trabajo a una u otra?

⁵⁰ Carolina GALA DURAN, *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de Trabajo Temporal y las Empresas Usuarias*, Madrid, 1998, Colex, págs. 26 y 27.

Con la introducción del artículo 198.3 lo que se daría lugar es a la convivencia del régimen de los contratos administrativos⁵¹ en el caso de que la Administración contrate directamente con una ETT, con el de los contratos de puesta a disposición del artículo 6 de la Ley 14/1994, entre la empresa contratada por la Administración Pública y una ETT (relación cuadrangular), además del de los trabajadores contratados temporalmente⁵² por la Administración de forma directa. Puede darse el caso de que en una misma entidad pública trabajen trabajadores cedidos directamente por una ETT, o indirectamente a través de la empresa contratada por esa entidad. Esa complejidad repercutirá tanto en los derechos de los trabajadores como en el eficaz funcionamiento de la Administración. No es de extrañar, por tanto, que en el Acuerdo Marco de la Comunidad de Madrid, y en el Dictamen del Consejo Económico y Social, se proponga la supresión del uso de los servicios de ETT's y se solicite que consten como criterios objetivos para la adjudicación de contratos de obras, servicios, etc., dentro de los Pliegos de Cláusulas Administrativas particulares, los referidos a la creación de empleo estable y la estabilidad de la plantilla (por lo tanto, la no utilización de trabajadores en misión de ETT's).

Parece claro, a tenor de lo expuesto, que la contratación con ETT's, más que simplificar la contratación, introduce un importante grado de complejidad, y no parece colaborar en absoluto a la mayor transparencia de la misma.

Por su parte, la regulación de los contratos de consultoría y asistencia entre la Administración Pública y las ETT's atacaría también ese objetivo de simplificación y transparencia de los procedimientos de contratación perseguido por el Anteproyecto. En primer lugar, porque se introduce una nueva forma de relación entre la empresa usuaria, Administración Pública, y la cedente, esta vez de carácter administrativo⁵³, que contradice la vocación de satisfacción de necesidades coyunturales de la empresa usuaria que la ETT tiene, al quedar sometida a los procedimientos de adjudicación previstos en la ley. Se

⁵¹ Arts. 197 y ss.

⁵² Luis Fernando ANDINO AXPE, *Los nuevos contratos temporales*, Actualidad Laboral, 1995 III, págs. 556-558.

⁵³ Tendría carácter administrativo, al tratarse de un contrato de consultoría o servicios regulada en los artículos 197 y ss. del Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, naturaleza confirmada por lo dispuesto en el artículo 5.2 del mismo que establece: «Son contratos administrativos: a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios...».

ha de llamar la atención aquí sobre el hecho de que, por un lado, se trata de dar satisfacción a unas necesidades urgentes de la Administración, pero por otro, se está regulando este tipo de contratación dentro de los contratos administrativos de consultoría y asistencia sometidos a un determinado régimen de adjudicación⁵⁴ que suele demorarse cierto tiempo, con lo que habrá de armonizarse ese carácter urgente del uso de ETTs con el tiempo que ha de transcurrir hasta la concesión del trabajo a las mismas. Además se está creando un régimen nuevo de la relación entre empresa usuaria y ETT, debido al carácter público de la primera, régimen que se sale de lo establecido en la Ley 14/1994 y que habrá de concretarse mucho más si es que se quiere evitar la creación de un vacío de seguridad jurídica para trabajadores y empresarios.

Un tercer problema a abordar es el que se deriva de lo establecido en el artículo 198.3 en su inciso final:

«... En tal supuesto, vencido el plazo a que se refiere el artículo 199.3.5⁵⁵ no podrá producirse la consolidación como personal de las Administraciones Públicas de las personas que procedentes de las citadas empresas realicen los trabajos que constituyan el objeto de los contratos, sin que sea de aplicación a tal efecto lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal».

Supone la eliminación dentro del régimen de la contratación de las Administraciones Públicas con ETTs, del límite previsto en el artículo 7.2 de la ley que las regula y que prevé para el caso de que el trabajador continúe prestando sus servicios a la empresa usuaria más allá de la finalización del plazo de puesta a disposición (en este caso sería el de seis meses), que aquél se incorpore a la plantilla de la misma como contratado indefinido. La finalidad de esta norma es eminentemente protectora del interés del trabajador de la ETT frente al posible uso fraudulento de la contratación a través de este tipo de empresas⁵⁶.

⁵⁴ Véase el artículo 202 del Anteproyecto referido a la publicidad dentro del proceso de concesión de estos contratos.

⁵⁵ El artículo 199.3 se refiere a la duración de los contratos de consultoría, asistencia y servicios, concretamente, respecto a los concertados con las Empresas de Trabajo Temporal establece una duración máxima de seis meses improrrogables.

⁵⁶ Los principios de mérito y capacidad suponen un límite al acceso indefinido de contratados temporalmente vía ETT o directamente. Así se pone de manifiesto en las SSTS de 18 de julio de 1994 (Ar. 7055); de 19 de noviembre de 1994 (Ar. 8604); de 17 de noviembre de 1997 (Ar. 8425). Sin embargo, en alguna sentencia se reconoce que al margen de un sistema

A la hora de hacer efectiva esta protección en los casos de contratación con una Administración Pública aparece un claro obstáculo y es el principio que establece la Constitución, de igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo de la Administración Pública⁵⁷, que obliga a ésta a seleccionar todo su personal mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad⁵⁸. De permanecer vigente el artículo 7.2 de la Ley 14/1994 en este supuesto se atentaría contra ese principio de igualdad en el acceso, no se podría transferir a estas empresas una potestad administrativa irrenunciable, y en ese caso se infringirían los principios de mérito y capacidad que condicionan el acceso a la función pública y serían sustituidos por los criterios de selección de la ETT. Sin embargo, con su supresión lo que se provoca es la impunidad de ese tipo de cesiones más allá de la duración establecida en la ley, en clara discriminación con lo que el ordenamiento prevé para el sector privado y para las empresas públicas.

Se generan problemas de legalidad, pues el efecto de lo establecido en el artículo 198.3 en su inciso final implica la desprotección del trabajador cedido más allá del límite legal, además de graves dudas interpretativas al tener que armonizar este precepto con la dicción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁹, no exceptuado en la norma, y con la doctrina del fraude de ley en la contratación temporal⁶⁰ y sus efectos.

adecuado de ponderación de mérito y capacidad el trabajador no puede pasar a ser fijo de plantilla pero sí puede ser calificado como titular de un contrato indefinido. (Sentencia del Juzgado de lo social n.º 1 de Girona de 26 de junio de 1997; STSJ de Madrid, de 17 de noviembre de 1997).

⁵⁷ El artículo 103.3 de la CE indica: La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

⁵⁸ Ver artículo 35.1 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el reglamento general de ingreso de personal al servicio de la Administración general del Estado y provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración general del Estado. Establece para el personal laboral no permanente que su contratación se debe verificar con absoluto respeto a los principios de mérito y capacidad.

⁵⁹ El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la cesión de trabajadores estableciendo en su apartado primero la obligación de someter la cesión temporal de trabajadores exclusivamente por Empresas de Trabajo Temporal autorizadas, a la ley (Ley 14/1994 y las normas de desarrollo), y en su apartado segundo prevé la sanción en el caso de incumplimiento de este mandato y que consiste en la adquisición por el trabajador del derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria.

⁶⁰ Ver además SSTS de 18 de mayo de 1992 (Ar. 3.564); de 20 de junio de 1992 (Ar. 4.602); de 29 de marzo de 1993 (Ar. 2.218); de 3 de noviembre de 1993 (Ar. 8.539).

Finalmente hay que detenerse en otro asunto, y es que tal como resulta de la letra del proyectado artículo 198.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no se presta garantía alguna ni siquiera en materia de igualdad salarial entre los trabajadores cedidos o en misión y los trabajadores eventuales de la propia Administración, puesto que los primeros quedarán vinculados a lo establecido en el convenio de ETTs, y los segundos a los relativos al personal laboral de las dependencias administrativas de que se trate, estableciéndose de hecho una discriminación salarial ante trabajos de igual valor, discriminación en cualquier caso prohibida por el marco constitucional.

Éstos son los problemas más relevantes que plantea el artículo 198.3 del Anteproyecto, cuestiones que merecerían un mayor desarrollo que entrara en profundidad en todas las dificultades que plantean y que, sin embargo, no se puede llevar a cabo en esta línea.

A modo de conclusión cabría finalizar con un breve razonamiento.

Desde nuestro punto de vista la adjudicación de contratos con la Administración no debe limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que ha de venir integrada en el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos. Ha quedado probado que la creación de empleo estable es objetivo prioritario de esas políticas, y que la utilización de la contratación con ETTs tal y como aparece regulada no contribuiría en absoluto a la consecución de tal fin. Si lo haría, por el contrario, la valoración de criterios que tuvieran en cuenta la promoción del empleo, de la seguridad y la salud de los trabajadores y la estabilidad en el empleo.

La aprobación de la norma proyectada daría lugar a problemas de legalidad, como se ha señalado más arriba. En un contexto donde el problema de la temporalidad está produciendo la reducción al máximo del haz de derechos que protegía a los trabajadores, desde su derecho a sindicarse, pasando por la protección de su salud y seguridad en el trabajo, hasta su formación, etc., este artículo dejaría aún más desprotegida a la parte débil del contrato laboral, agravado por el hecho de que esa desprotección encontraría su origen en una norma que regula la actividad de la Administración Pública al servicio del interés de toda la sociedad.

La acogida de este precepto en el ordenamiento daría lugar a un claro rechazo al entrar en contradicción evidente con otras partes del ordenamiento, y sobre todo con el principio de igualdad, que en todo caso ha de ser respetado.

Así planteadas las cosas es inevitable apoyar la propuesta que hacían los Consejeros de UGT, CC OO y CIG, del grupo primero del Consejo Económico y Social en el Dictamen manejado en este trabajo y que exponía la necesidad de suprimir el número tres del artículo 198, evitando así que las Administraciones Públicas contraten con Empresas de Trabajo Temporal.

1. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*
 2. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*
 3. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*
 4. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*

1. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*
 La libre circulación de los trabajadores de las administraciones
 de los Estados miembros de la Comunidad Europea

La libre circulación de trabajadores constituye una de las pilares
 junto con la libertad de circulación de capitales, mercancías y servi-
 cios) sobre los que se ha construido la Unión Europea. Así ha venido
 consagrado en el artículo 41 del Tratado Constitutivo de la CEE y el
 Reglamento CEE 1612/68, relativo a la libre circulación de los traba-
 jadores dentro de la comunidad. La aplicación de tal regulación ha en-
 contrado particulares dificultades en relación con los trabajadores
 que prestan servicios en las administraciones públicas de los distintos
 Estados miembros. Cabe señalar a este respecto que, a tenor del
 artículo 40.4 del Tratado CEE, los Estados miembros pueden impedir
 a los nacionales miembros de otros países el acceso a determinadas
 funciones de la administración temporal, regulado en nuestra legisla-
 ción nacional por la Ley 11/79, de 27 de diciembre, sobre el acceso a
 determinadas funciones de la función pública de los nacionales de los
 demás Estados miembros de la Comunidad Europea —(BOE 7 junio
 de 1979, p. 15.400)—. Sin embargo, esta posibilidad, restringida en el tiempo

1. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*
 2. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*
 3. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*
 4. *Trabajadores de Administración Pública (TAPs)*

POR

RICARDO MORÓN PRIETO¹

SUMARIO: 1.—TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *La libre circulación de los trabajadores de las administraciones de los Estados miembros de la Unión Europea.* 2.—TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *La vulneración del derecho de huelga y la libertad sindical.* 3.—TRIBUNAL SUPREMO. *La contratación temporal por las Administraciones Públicas: Irregularidades y sus consecuencias.* 4.—TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. *La contratación a través de empresas de trabajo temporal y la cesión de trabajadores a la Administración.*

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE)

La libre circulación de los trabajadores de las administraciones de los Estados miembros de la Unión Europea

La libre circulación de trabajadores constituye uno de los pilares (junto con la libertad de circulación de capitales, mercancías y servicios) sobre los que se ha construido la Unión Europea. Así ha venido consagrado en el artículo 48 del Tratado Constitutivo de la CEE y el Reglamento CEE 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la comunidad. La aplicación de tal regulación ha encontrado particulares dificultades en relación con los trabajadores que prestan servicios en las administraciones públicas de los distintos Estado miembros. Conviene señalar a este respecto que, a tenor del artículo 48.4 del Tratado CEE, los Estados miembros pueden impedir a los nacionales miembros de otros países el acceso a determinadas funciones de la administración (aspecto regulado en nuestra legislación nacional por la Ley 17/93, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea —BOE 24 dic.—, desarrollada por el Real Decreto 800/95, de 19 de mayo —BOE 7 jun.; c.e. 15 jul.—). Sin embargo, esta posibilidad, reconocida en el derecho

¹ Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Autónoma de Madrid.

originario comunitario, no ampara el hecho de que, una vez admitido el acceso a tales tareas, se discrimine a los ciudadanos de otro Estado mediante un tratamiento distinto a los nacionales.

Esta última es, precisamente, la problemática que aborda la *Sentencia de 12-3-1998, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)*², que somete a examen la compatibilidad con el derecho comunitario de la exclusión en la normativa o en la práctica de la Administración Pública (Griega, en este caso), de la posibilidad de considerar, a efectos promocionales (la concesión de un complemento de antigüedad), los servicios prestados en la Administración pública de otro Estado miembro. En efecto, se trata de determinar la legalidad de la normativa (cuyos contenidos son aplicables a los trabajadores laborales por haberse incorporado en el correspondiente convenio colectivo) que no incluye los años trabajados al servicio de administraciones de otros estados entre los computables para acceder a una mejora salarial y al complemento de antigüedad. El TJCE se hace eco de la reclamación realizada por la Comisión Europea —que considera que se trata de una discriminación fundada indirectamente en la nacionalidad— y declara que tales disposiciones son contrarias al artículo 48 del Tratado CEE y el apartado 1 del artículo 7 del Reglamento 1612/68, que «en el territorio de otros estados miembros y por razón de la nacionalidad, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo».

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La vulneración del derecho de huelga y la libertad sindical

Son muchas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional (TC) tiene que abordar conjuntamente el análisis del contenido, sus límites y posibles vulneraciones del derecho de huelga (art. 28.1 CE) y la Libertad Sindical (art. 28.2 CE). Ello se debe —como el propio TC predica— a la íntima conexión que entre estos derechos existe en su

² En el mismo sentido *Vid.* STJC 15-1-1998 (Ref. Aranzadi: 1998/2).

desenvolvimiento en la realidad³. Tal es el caso de la Sentencia de 17 de febrero de 1998 (Ref. Aranzadi Social, 37), objeto de comentario. En ella se enjuicia la existencia o no de vulneración del derecho de huelga y de la libertad sindical con la filmación y el fotografiado por la policía de los integrantes de un piquete informativo en una huelga general. Con ocasión de la resolución de este asunto concreto, el Alto Tribunal realiza una de las más notables y finas interpretaciones acerca de la proporcionalidad del sacrificio de los derechos fundamentales en favor de otros intereses o derechos de relevancia constitucional.

Por lo que se refiere al contenido de los hechos, y con carácter previo, la resolución del TC aborda la consideración jurídica de las actividades informativas en relación con la huelga y su licitud. Así, de acuerdo con el artículo 6.6 del Real Decreto Ley 17/1977, sobre relaciones de trabajo, que admite expresamente la actuación de los piquetes informativos, el TC entiende que no solo se trata de una actividad lícita sino que además el derecho a la huelga incluye expresamente el derecho a requerir a otros su adhesión así como el derecho a participar dentro de la legalidad en actividades encaminadas a tal fin. Por tanto, reiterando su propia doctrina, declara que el derecho a difundir o hacer publicidad sobre una huelga y recabar la solidaridad de terceros no solo es legal sino que constituye parte integrante del contenido esencial del Derecho de huelga recogido en el artículo 28.1 CE. Por otra parte, en el caso concreto que se enjuicia y como se pone de manifiesto en los hechos probados de las resoluciones impugnadas, la actividad informativa del piquete se desarrolló en todo momento de forma pacífica, sin alteración alguna del orden público. Por tanto, una vez afirmada la legalidad de la actividad del piquete informativo, el Tribunal aborda las que son las cuestiones centrales del asunto (y, podría decirse, del análisis de constitucionalidad en general) para determinar si ha existido una vulneración de los derechos de huelga y de libertad sindical. A saber: primero, si existe restricción o limitación,

³ Conexión que puede predicarse respecto de otros derechos fundamentales. Así, por ejemplo, durante el año 1998 el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de analizar reiteradamente (Sentencias de 13 de enero, 11 y 24 de febrero) la relación entre el derecho de huelga y libertad sindical y el derecho a la intimidad y propia imagen. Dichas resoluciones se refieren a la vulneración de la libertad sindical y del derecho a la intimidad producida por el uso ilegítimo de la empresa de los datos informatizados sobre afiliación que, proporcionados por el sindicato a efectos de recaudación de la cuota, sin embargo, son utilizados por ésta para realizar descuentos masivos entre los afiliados a los sindicatos convocantes, a pesar de las declaraciones individuales de algunos afiliados de no haber participado en la huelga.

aunque sea leve del derecho de huelga y de libertad sindical por causa de la actividad de filmado y fotografiado permanente de los miembros del piquete por parte de la policía; segundo, en caso afirmativo, si existen derechos, bienes o intereses jurídicos constitucionalmente relevantes que autoricen o justifiquen esa restricción; y, tercero, si dicha posible restricción o limitación es proporcionada en este caso concreto (proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental).

Respecto de la primera de las cuestiones el Tribunal afirma que a pesar de que en el caso concreto no se impidió abiertamente el ejercicio del derecho de huelga si existe una restricción relevante de este, en la medida en que la actividad policial implica una «disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga... objetivamente constatable» no sólo sobre los individuos que integran el piquete informativo sino sobre los propios ciudadanos a los que se dirige la información. No obstante la existencia por sí misma de una restricción no supone su calificación de ilegítima con la consecuente vulneración de un derecho fundamental.

Por ello el TC se plantea, en segundo lugar, si en el caso concreto concurren intereses o derechos de relevancia constitucional atendibles que puedan justificar las eventuales restricciones, reconociendo la concurrencia de un bien constitucionalmente legítimo como es la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y la preservación de la seguridad ciudadana. Tales intereses —a juicio del Tribunal— podrían, en principio, justificar la adopción de una medida de control preventivo como las realizadas en el caso por la policía.

Sin embargo, el análisis de la constitucionalidad de la restricción de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical, a pesar de la existencia de eventuales derechos legítimos que lo justifiquen requiere para el TC de un tercer juicio, el juicio de proporcionalidad. En este sentido —y resumiendo mucho— se pronuncia la sentencia estableciendo que la actividad consistente en filmar la actividad del piquete como medida preventiva aunque constitucionalmente, en principio, debe resultar especialmente justificada, para evitar efectos no estrictamente deseados. Por ello, en este caso concreto se entiende que no era una medida imprescindible y justificada desde la perspectiva de la proporcionalidad.

Como consecuencia del análisis conjunto de las tres cuestiones planteadas el TC concluye que aunque la «filmación no produjo una ablación total del derecho de huelga sino una simple restricción de su ejercicio. No obstante atendiendo a las circunstancias del caso y tenien-

do en cuenta que en estos supuestos en los que un derecho fundamental cuyo ejercicio no está constitucionalmente limitado a ninguna comunicación previa se ve limitado por una actuación policial preventiva rige el criterio interpretativo de favor libertatis, debe concluirse que la captación ininterrumpida de imágenes fue una medida desproporcionada para conseguir la finalidad que se pretendía con la misma» (Fundamento Jurídico 9.º).

III. TRIBUNAL SUPREMO

La contratación temporal por las Administraciones Públicas: irregularidades y sus consecuencias

Desde el punto de vista legal el recurso a la contratación laboral por parte de las Administraciones Públicas (indefinida y temporal) se contempla como una excepción al régimen general de acceso al régimen funcional a través de los procedimientos de concurso u oposición. En este sentido, el artículo 15.1.c de la Ley 30/1984, en la redacción por la Ley 23/1988, establece que con carácter general los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas han de desempeñarse por funcionarios, con las únicas excepciones establecidas en propio artículo (puestos no permanentes, actividades propias de oficios, puestos de carácter instrumental, etc.).

Sin embargo, a pesar de ello, en la práctica, la contratación laboral y particularmente en sus modalidades temporales se ha manifestado como una vía permanente y ordinaria de reclutamiento de mano de obra para la realización de tareas en la Función Pública. Ello ha provocado, desde el punto de vista jurídico, numerosos problemas que se han traducido directamente en una gran litigiosidad. De muchos de estos problemas se ha tenido que hacer eco el propio Tribunal Supremo, sentando doctrina, no siempre uniforme, ni clara. Dos cuestiones destacan en dicha problemática. La primera, la referida al análisis por los tribunales de las distintas irregularidades y su valoración. El segundo aspecto que ha centrado tradicionalmente el debate jurídico en esta materia es el relativo al alcance y las consecuencias —particularmente sobre la calificación del contrato— de las irregularidades en la utilización de la contratación temporal por las Administraciones Públicas.

Por lo que se refiere al primero de los aspectos —la valoración de las irregularidades en la contratación—, sin que se pueda generalizar,

sí que hay que destacar una tendencia jurisprudencial a atenuar la calificación de las irregularidades en atención a la especial consideración de la Administración como contratante (que impide, por ejemplo, la consideración de la existencia de fraude de ley en la utilización de los contratos en muchas ocasiones, en la medida en que el ánimo defraudador es difícilmente predicable de la Administración —STS 7 y 27 de noviembre de 1986, Aranzadi 6295 y 6728—). En este sentido se han relativizado paulatinamente algunas irregularidades de las que es paradigmática el intercambio del modelo contractual (entre otras, SSTs 5 y 18-7-1994; Aranzadi 6339 y 5454, respectivamente), supuestos que son en general calificados como incumplimientos formales.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión —las consecuencias de las irregularidades en la contratación— precisamente ha vuelto a centrar el interés con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala General— de 20-1-1998⁴ que viene a consolidar una doctrina de cuyo carácter controvertido da cuenta la existencia de un fundamentado voto particular suscrito por cinco de los magistrados. Precisamente, una de las razones que han influido notablemente en el mencionado proceso de atenuación de la valoración de las irregularidades en la contratación es precisamente las consecuencias atribuibles a ellas. La consideración jurisprudencial en torno a este punto no ha sido uniforme. Como pone de manifiesto la comentada sentencia de 20 de enero de 1998, se distinguen al menos tres etapas en la opinión del Tribunal Supremo. Una primera en la que se establecía que como regla general y salvo excepciones muy cualificadas las irregularidades en la contratación por la administración no pueden dar lugar a la conversión del contrato en indefinido. Ello se justificaba en las limitaciones constitucionales que exigen el acceso a la administración en virtud de pruebas sometidas al principio de capacidad y de mérito (art. 103 CE). Esta doctrina fue modificada en el sentido de que la Administración, como cualquier contratante, está sujeta a la normativa laboral, aplicándose incluso en aquellos casos en los que la irregularidad suponga la conversión en temporal. Por último, la Sentencia de 20 de enero de 1998⁵ sienta la doctrina intermedia de que la irregularidad en la celebración de contratos temporales por las administraciones públicas implica la conversión en contratos indefinidos que per-

⁴ Cuya doctrina se reitera, entre otras, en las STS 21-1-1998 (Aranzadi 1138) —en la que se reitera el voto particular— y 27-3-98 (Aranzadi 3159) y 28-4-1998 (Aranzadi 3874).

⁵ Con base en la Sentencia de 7-10-1996 (Aranzadi 7492).

viven hasta la cobertura del puesto de trabajo por los trámites reglamentarios, lo que no es equivalente a la adquisición por el trabajador de la fijeza en plantilla con adscripción definitiva de puesto de trabajo.

Esta doctrina, reiterando los argumentos de que la Administración ostenta una especial posición en materia de contratación laboral y está sometida a las normas de derecho necesario sobre la selección en virtud de principios de mérito y capacidad, establece una figura intermedia entre el trabajador interino y el trabajador indefinido, adscrito permanentemente al puesto de trabajo hasta su cobertura definitiva mediante el correspondiente procedimiento reglamentario (interinidad indefinida por vacante).

IV. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (TSJM)

La contratación a través de empresas de trabajo temporal y la cesión de trabajadores a la Administración

a) *La contratación a través de empresas de trabajo temporal*

Si la contratación temporal es un foco de problemas jurídicos e interpretativos, su realización a través de una Empresa de Trabajo Temporal los incrementa notablemente. Como es conocido la posibilidad de contratación mediante estas empresas, reconocida en 1994, queda limitada por la Ley 14/1994 (art. 6) en los supuestos de necesidades temporales de la empresa usuaria. A saber, para la realización de una obra o servicio determinado, para atender las exigencias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa y para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo o para cubrir de forma temporal un puesto permanente mientras dure el proceso de selección o promoción.

La concurrencia de estas necesidades por parte de la empresa usuaria, por tanto, constituye un requisito imprescindible para el acceso a las empresas de trabajo temporal y constituye la justificación de la contratación (que generalmente coincidirá en las causas) del trabajador por parte de la Empresa de Trabajo Temporal. En torno a estos principios se plantean, sin embargo, numerosos problemas, en la medida en que la Empresa de Trabajo no tiene un control directo sobre la causa que justifica la solicitud por parte de la empresa. Por otra

parte la contratación a través de estas empresas no puede servir para descausalizar la contratación temporal, sometida a los principios de tipicidad y causalidad establecidos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

Estos problemas son abordados de manera destacable por la Sentencia de 19 de febrero de 1998 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En ella se enjuicia el supuesto de la contratación sucesiva de un trabajador por una Empresa de Trabajo Temporal, para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas de la empresa usuaria, cuando en realidad se estuvo realizando tareas habituales (las mismas a lo largo de los distintos contratos). La sentencia entiende que a tenor de las circunstancias se trata de un supuesto de utilización fraudulenta de la contratación por parte de la Empresa de Trabajo Temporal, al no concurrir causa alguna que justifique el tipo de contratación temporal eventual. Por otro lado, según la sentencia, la responsabilidad es atribuible a la Empresa de Trabajo Temporal solidariamente con la empresa usuaria, a tenor de los artículos 16.3 y 19.2 de la Ley 14/1994, desestimando así al argumento esgrimido por la demandada de que la ETT puede desentenderse (porque es imposible su control) de la existencia de causa de temporalidad en las necesidades de la empresa usuaria.

b) La cesión de trabajadores a la Administración

Otro tipo de problemas plantea la descentralización mediante la contratación de parte de la propia actividad con empresas que no están legalizadas como de Trabajo Temporal. Esta cuestión plantea además perfiles propios cuando la empresa receptora de los servicios es la Administración. Tan espinoso tema es el objeto de la Sentencia de 5 de marzo de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve un supuesto de cesión de trabajadores por una empresa que no es una ETT a la administración.

Se trata de la contratación por parte de una empresa de servicios de un trabajador mediante la modalidad de obra o servicio para ponerlo a disposición y prestar servicios de la administración. El título en que se justifica esa cesión es un contrato mercantil de prestación de servicios, sin embargo las circunstancias en que se prestaba la actividad por el trabajador era de plena integración en la plantilla del ámbito de la administración en que trabajaba (en concreto en la oficinas del *Boletín Oficial del Estado*), trabajando bajo la supervisión y las or-

LA RECLAMACIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE ACTOS denes de los encargados del propio BOE. Ello permite que, a pesar de la existencia de un contrato administrativo de prestación de servicios, el Tribunal examine si tras esa apariencia formal se esconde una cesión ilegal de trabajadores (tal y como establece la doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia de 2 de febrero de 1994 —Aranzadi 782—). Situación que no gozaría de la cobertura legal de la figura de las subcontratación contemplada en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. En conclusión, tratándose de una contratación para ceder y no teniendo la empresa que cede la condición de Empresa de Trabajo Temporal legalmente autorizada dicha actividad se considera ilegal. La consecuencia establecida en este caso, con el ajuste jurisprudencial analizado respecto del tema de la contratación por las administraciones, es por tanto la adquisición de la condición de indefinido en el puesto de trabajo hasta que se produzca la cobertura reglamentaria de la vacante.

El Estado de Medio Ambiente y Vivienda de 29 de noviembre de 1995 por la que se tramita (por escrito, por tanto y por inexistencia de acto presunto) el recurso contencioso establecido frente a la Resolución de la Dirección General de Política Ambiental del Ministerio de 9 de junio de 1993, frente a las vicisitudes planteadas de las solicitudes formalizadas en escrito de 24 de abril de 1993, de consideración de una propuesta alternativa de trazo de un tramo de la Autovía del Noroeste (N-61), y de suspensión, entretanto, de la ejecución del trazo previsto para dicho tramo y contra la Resolución de la Dirección General de Carreteras que aprobó el Proyecto de construcción de la expresada autovía.

El objeto del recurso se concretaba en determinar si era conforme a Derecho la Resolución de la Secretaría de Estado de 29 de noviembre de 1995 que, asimismo por inexistencia de acto presunto y por inexistencia de acto presunto, el recurso o recurso contencioso, respectivamente, contra:

a) Resolución de la Dirección General de Política Ambiental de 9 de junio de 1993.

b) Desestimación planteada de las peticiones formalizadas en escrito presentado el 24 de abril de 1993 de tener en consideración de la propuesta alternativa de trazo A-1 del subtramo Barcala-Corral de la

El Abogado del Estado

Autovía N-VI, con suspensión, entre tanto, de la ejecución del trazado previsto.

e) Resolución de la dirección General de Carreteras de aprobación del Proyecto de construcción del Subtramo referido.

El Abogado del Estado, en representación y defensa del Ministerio, denunció la falta de acreditación de la voluntad de la Asociación recurrente para interponer el recurso contencioso-administrativo, acerca de la falta de reclamación de la certificación de acto presunto. Ante ello, concretaremos la postura en tres «frentes», como son, el contenido de la sentencia estudiada, el criterio jurisprudencial y el criterio doctrinal, lógicamente después de analizar el contenido legal de la cuestión suscitada. Concluyendo con la postura de este Abogado del Estado al respecto sobre la cuestión suscitada.

La Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común (en adelante Ley 30/92), impone la obligación en el artículo 44 de reclamar la certificación de actos presuntos para poder instar la vía jurisdiccional contencioso-administrativa; en caso contrario, no se ha agotado la vía administrativa previa.

«Los actos administrativos presuntos se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada.

Para su eficacia, los interesados o la propia Administración deberán acreditar los actos presuntos mediante certificación emitida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento, que deberá extenderla inexcusablemente en el plazo de 20 días desde que le fue solicitada salvo que en dicho plazo haya dictado resolución expresa, sin que se pueda delegar esta competencia específica». (art. 44. 1 y 2).

Añade el párrafo quinto del referido artículo 44 que...

«...los plazos para interponer recursos administrativos y contencioso-administrativo respecto de los actos presuntos se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la certificación y si ésta no fuese emitida en plazo, a partir del día siguiente al de la finalización de dicho plazo».

El problema que estoy planteando es el de qué ocurre si, a pesar de considerar exigible la certificación tanto en los casos de desestima-

ción presunta de peticiones como en el de recursos, se acude a la vía contencioso-administrativa, como es el caso presente, sin haber solicitado la referida certificación de actos presuntos.

En principio (siempre y cuando entendamos exigible la certificación también para los casos de desestimación presunta de recursos administrativos) y dado que, para su eficacia (art. 44.1 de la Ley 30/92), los interesados deberán acreditar los actos presuntos mediante certificación, debemos entender que en tanto la misma no haya sido pedida, el acto presunto no despliega su eficacia, lo que determina que no pueda entenderse desestimada la petición o el recurso administrativo ni, por consiguiente, existente el acto administrativo impugnado.

A tal tesis se adscribe la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996/2801) que, si bien *obiter dicta*, afirma lo siguiente:

«...tampoco existiría acto susceptible de impugnación, pues a la petición inicial no siguió la necesaria solicitud de certificación de acto presunto, exigida por el artículo 44 de la LRJAP y PAC, de 26 de noviembre de 1992, para acreditar la existencia de tal acto y posibilitar su impugnación».

En igual sentido, se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 11 de octubre de 1996, la cual sostiene que el silencio administrativo...

«tiene en el vigente ordenamiento procedimental administrativo un tratamiento y, en su caso, un sentido distinto a los que se le daba en la normativa anterior constituida por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Tal tratamiento es el relativo a los actos presuntos, de los artículos 43 y 44 de la Ley 30/92. Ante la falta de resolución acerca de la petición examinada, el interesado debió, bien promoverla, bien esperar el transcurso de tres meses que prevé el artículo 42.2 de la reseñada ley y, después, solicitar la certificación de acto presunto que, de ser adversa a los intereses del solicitante, o de no emitirse, permitirían acudir a la vía jurisdiccional. Al haberse omitido tales trámites es clara la improcedencia de interponer el presente recurso contencioso-administrativo que, por ello, debe ser inadmitido al amparo de las causas b) y c) del artículo 82 de la Ley de la Jurisdicción; sin perjuicio de que el actor pueda acudir en la vía administrativa a la obligada realización de los trámites que se indican...».

De acuerdo con esta opinión, la falta de reclamación de la certificación de acto presunto, determinaría, no sólo la inexistencia de acto impugnado, sino también la falta de concurrencia de los requisitos exigidos para la apertura del plazo de interposición de recurso contencioso-administrativo. Así, si conforme al artículo 44.5 de la Ley 30/92, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos presuntos se contará a partir del día siguiente a la recepción de la certificación, y si ésta no fuere emitida en plazo, a partir del día siguiente al de la finalización de dicho plazo, en ausencia de petición de certificación, el plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa no se habría abierto. Así, no se habría agotado la vía administrativa para poder acudir a la vía jurisdiccional contencioso-administrativa por el solo hecho de la no petición de la certificación de actos presuntos ni de su emisión por parte del órgano administrativo correspondiente. Consecuentemente, deberá declararse la inadmisibilidad (en estos casos) de los recursos contencioso-administrativos por el hecho de no haberse agotado la vía administrativa, no siendo recurrible a la vista de los artículos 37 a 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

La Ley 30/92 supone, en este tema, una sensible alteración del régimen hasta ahora imperante. Como se sabe, a la luz de la configuración que del silencio administrativo, en sus dos versiones, daba la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, resultaba que, una vez producido el silencio administrativo positivo, quedaba vedada la posibilidad a la Administración de dictar una resolución expresa, al menos en sentido denegatorio de lo solicitado; es decir, si se dictaba una resolución expresa favorable, en realidad se estaba produciendo una simple confirmación de un acto administrativo (presunto) anterior.

El tratamiento de la cuestión es, como digo, sensiblemente diverso en la nueva ley. En efecto, el segundo párrafo del artículo 43.1 afirma que el vencimiento del plazo previsto para la resolución de los procedimientos no exime a las Administraciones Públicas de la obligación de resolver... «pero deberán abstenerse de hacerlo cuando se haya emitido la certificación a que se refiere el artículo 44».

En otras palabras, se extingue el deber de resolver de la Administración (o mejor, se le impone el deber de no resolver de manera expresa) cuando se emite la certificación o cuando haya transcurrido el plazo de 20 días previsto en el artículo 44 para su expedición. Entiendo que ésta es la interpretación congruente con el tratamiento que da la ley a esta materia, evitando así que la Administración incumplidora

salga beneficiada al poder decidir libérrimamente la extinción o no del deber legal de resolver de manera expresa.

También debe analizarse la circunstancia que se puede generar, a raíz de la Ley 30/92. Según establecen los artículos 43 y 44 de la ley, el simple transcurso del plazo para resolver, como se dice, no hace sin más que cese el deber de dictar una resolución expresa por parte de la Administración. A su vez, se reconoce explícitamente que la superación de dicho plazo para resolver sí da lugar a la aplicación del silencio positivo o negativo, según el diferente supuesto. El esquema, por tanto, quedaría de la siguiente manera: transcurrido el plazo para resolver, persiste el deber de la Administración de dictar una resolución expresa y, a su vez, el interesado puede entender estimada o desestimada su petición en los términos previstos en los apartados 2.º y 3.º del referido artículo 43 de la Ley 30/92.

Entiendo que desde un punto de vista práctico, y teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 44, en cuanto exige (utiliza el término «deberán») que el interesado solicite la certificación para «acreditar» la producción de efectos del silencio administrativo (sin distinguir el positivo del negativo), da lugar, en realidad, a que el interesado no podrá hacer uso del silencio administrativo (del acto presunto que del mismo surge) en tanto no solicite la certificación (y se expida o transcurran 20 días), con la correlativa garantía para la Administración de que mientras no la solicite, el interesado no podrá hacer uso del silencio, sea éste positivo o negativo.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es clara al respecto, por cuanto la parte recurrente en su demanda obvia el contenido (esencial) de la Resolución de 29 de noviembre de 1995 que inadmitió el recurso ordinario y que inevitablemente determinó el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia, pues es afirmación notoria el hecho de que la existencia de un acto administrativo previo es presupuesto inexcusable para obtener un pronunciamiento sobre el fondo.

El recurso ordinario (inadmitido) se interpuso contra tres resoluciones. Una, denegatoria presunta de las peticiones efectuadas en el escrito de 24 de abril de 1995. Como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia ahora comentada:

«...La parte vuelve a ignorar el contenido de los artículos 43 y ss. de la Ley 30/92, conforme a los cuales para que el silencio de la Administración (al no responder a la petición en dicho es-

crito realizada) pueda hacerse valer tanto ante la Administración como ante los Tribunales es preciso observar los requisitos legalmente exigidos para la fabricación de ese acto presunto que permitirá el acceso a la vía jurisdiccional y tales requisitos son la certificación de actos presuntos o, en su defecto, el transcurso del plazo de veinte días desde que por el interesado se solicitó dicha certificación (una vez vencido el plazo de los tres meses, artículo 43.4 de la Ley 30/92) que tenía la Administración para contestar sus peticiones, sin que dicha Administración emita la certificación interesada».

Para la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, la inobservancia de tales trámites determinan fatalmente la inexistencia de un acto presunto o, lo que es lo mismo, su falta de eficacia (art. 44.2 de la citada ley 30/92); por lo que la resolución de 25 de noviembre de 1995 que inadmitía (por inexistencia del acto presunto) el recurso ordinario es perfectamente ajustada a Derecho, concurriendo la causa de inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado.

En mi opinión, no podemos entender la certificación de actos presuntos como un simple requisito de eficacia, como quizás podría deducirse del tenor literal de los artículos 43.2 y 3 así como del propio artículo 44.2 de la Ley 30/92, sino que, dejando a un lado los formalismos, con la configuración instaurada por la Ley 30/92 en modo alguno puede hablarse de acto presunto (positivo o negativo) en tanto *no se opere de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 30/92, es decir, en tanto no se expida (o transcurran 20 días desde su solicitud) la certificación*. Ésta se convertirá, por ello, en un requisito de perfección del acto, más que de eficacia. En otras palabras, antes *nada existe*.

Habría que preguntarse, ¿cómo sostener que con la simple superación del plazo para resolver ha nacido un acto presunto, acto que, no obstante, puede ser alterado por la Administración libérrimamente al mantener su deber de dictar una resolución expresa? ¿De qué sirve al administrado un supuesto acto presunto que no puede hacer valer ni siquiera frente a la Administración incumplidora en tanto no solicite la certificación y que además, puede ser neutralizado sin mayores problemas por la Administración mediante una resolución expresa?

Insisto en que en un análisis realista y práctico, y doctrinalmente seguido de forma mayoritaria, el administrado no tendrá nada en tanto no se expida la certificación (o transcurran los referidos 20 días desde su solicitud), sea cual sea el tiempo que haya transcurrido desde que se formuló la solicitud y, por tanto, por muy palmario que sea el

incumplimiento de la Administración en lo que al plazo para tramitar y resolver el procedimiento se refiere. Esta tesis es avalada por el excelente catedrático de Derecho Administrativo Fernando Sainz Moreno, al razonar que... «la exigencia de la certificación de acto presunto cuya eficacia no es la de una simple acreditación de un acto ya producido, sino la de una condición para la eficacia del mismo...»; en un sentido similar se pronuncia Gómez Ferrer cuando afirma que... «...el legislador concibe el silencio como una ficción legal y sólo juega el mismo papel que un acto cuando transcurren los 20 días a partir de la petición del certificado...» (Ambos en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, obra colectiva, Editorial Tecnos, 1993, págs. 145 y 303 respectivamente.)

NORMAS
Y PROYECTOS NORMATIVOS

ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid¹

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. 1. Madrid, en expresión del interés nacional y de sus peculiares características sociales, económicas, históricas y administrativas, en el ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución Española reconoce y garantiza, es una Comunidad Autónoma que organiza su autogobierno de conformidad con la Constitución Española y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica.

2. La Comunidad Autónoma de Madrid se denomina Comunidad de Madrid.

3. La Comunidad de Madrid, al facilitar la más plena participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, aspira a hacer realidad los principios de libertad, justicia e igualdad para todos los madrileños, de conformidad con el principio de solidaridad entre todas las nacionalidades y regiones de España².

Artículo 2. El territorio de la Comunidad de Madrid es el comprendido dentro de los límites de la provincia de Madrid³.

Artículo 3. 1. La Comunidad de Madrid se organiza territorialmente en Municipios, que gozan de plena personalidad jurídica y autonomía para la gestión de los intereses que les son propios.

2. Los Municipios podrán agruparse con carácter voluntario para la gestión de servicios comunes o para la coordinación de actuaciones

¹ BOE 1 de marzo de 1983. Esta Ley Orgánica fue modificada por la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo (BOE 25 de marzo de 1994); y por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998). Este texto, en el que se consolidan las diferentes reformas con el aprobado inicialmente ha sido preparado por Mercedes González Sánchez (Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia).

² Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

³ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

de carácter funcional o territorial, de acuerdo con la legislación que dicte la Comunidad, en el marco de la legislación básica del Estado.

3. Por Ley de la Asamblea de Madrid se podrán establecer, mediante la agrupación de municipios limítrofes, circunscripciones territoriales propias que gozarán de plena personalidad jurídica.

Artículo 4. 1. La Bandera de la Comunidad de Madrid es roja carmesí, con siete estrellas en blanco, de cinco puntas, colocadas cuatro y tres en el centro del lienzo.

2. El Escudo de la Comunidad de Madrid se establece por ley de la Asamblea.

3. La Comunidad de Madrid tiene Himno propio, siendo éste establecido por ley de la Asamblea.

4. Se declara Fiesta de la Comunidad de Madrid el día dos de mayo⁴.

Artículo 5. La capital de la Comunidad, sede de sus instituciones, es la villa de Madrid, pudiendo sus organismos, servicios y dependencias localizarse en otros municipios del territorio de la Comunidad, de acuerdo con criterios de descentralización, desconcentración y coordinación de funciones⁵.

Artículo 6. La villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y sede de las Instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por Ley votada en Cortes. Dicha Ley determinará las relaciones entre las Instituciones estatales, autonómicas y municipales, en el ejercicio de sus respectivas competencias.

Artículo 7. 1. Los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos de la Comunidad de Madrid son los establecidos en la Constitución.

2. A los efectos del presente Estatuto, gozan de la condición política de ciudadanos de la Comunidad los españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de sus municipios.

3. Como madrileños, gozan de los derechos políticos definidos en este Estatuto, los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido su última vecindad administrativa en la Comunidad de Madrid y acrediten esta condición en el correspondiente Consula-

⁴ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁵ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

do de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley del Estado.

4. Corresponde a los poderes públicos de la Comunidad de Madrid, en el ámbito de su competencia, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁶.

TÍTULO PRIMERO

De la Organización Institucional de la Comunidad de Madrid⁷

Artículo 8. Los poderes de la Comunidad de Madrid se ejercen a través de sus instituciones de autogobierno: la Asamblea, el Gobierno y el Presidente de la Comunidad⁸.

CAPÍTULO PRIMERO

De la Asamblea de Madrid

Artículo 9. La Asamblea representa al pueblo de Madrid, ejerce la potestad legislativa de la Comunidad, aprueba y controla el Presupuesto de la Comunidad, impulsa, orienta y controla la acción del Gobierno y ejerce las demás competencias que le atribuyen la Constitución, el presente Estatuto y el resto del ordenamiento jurídico⁹.

Artículo 10. 1. La Asamblea es elegida por cuatro años mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, atendiendo a criterios de representación proporcional.

2. La Asamblea estará compuesta por un Diputado por cada 50.000 habitantes o fracción superior a 25.000, de acuerdo con los da-

⁶ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁷ Nueva denominación dada a este Título por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁸ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

tos actualizados del censo de población. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara en los supuestos previstos en este Estatuto.

3. Los Diputados no estarán ligados por mandato imperativo alguno.

4. Una ley de la Asamblea, regulará las elecciones, que serán convocadas por el Presidente de la Comunidad, de conformidad con lo dispuesto en este Estatuto.

5. La circunscripción electoral es la provincia.

6. Para la distribución de escaños sólo serán tenidas en cuenta las listas que hubieran obtenido, al menos, el 5 por 100 de los sufragios válidamente emitidos.

7. Las elecciones tendrán lugar el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años, en los términos previstos en la Ley Orgánica que regule el Régimen Electoral General. La sesión constitutiva de la Asamblea tendrá lugar dentro de los veinticinco días siguientes a la proclamación de los resultados electorales.

8. Serán electores y elegibles todos los madrileños mayores de dieciocho años de edad que estén en pleno goce de sus derechos políticos. La Comunidad Autónoma facilitará el ejercicio del derecho al voto a los madrileños que se encuentren fuera de la Comunidad de Madrid¹⁰.

Artículo 11. 1. Los Diputados de la Asamblea recibirán de cualesquiera autoridades y funcionarios la ayuda que precisen para el ejercicio de su labor y el trato y precedencia debidos a su condición, en los términos que establezca una ley de la Asamblea.

2. La adquisición de la condición plena de Diputado requerirá, en todo caso, la prestación de la promesa o juramento de acatamiento de la Constitución y del presente Estatuto de Autonomía.

3. Los Diputados percibirán una asignación, que será fijada por la Asamblea.

4. La Asamblea determinará por ley las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados.

5. Los Diputados gozarán, aun después de haber cesado en su mandato, de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

¹⁰ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

6. Durante su mandato los miembros de la Asamblea no podrán ser detenidos ni retenidos por actos delictivos cometidos en el territorio de la Comunidad, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Fuera de dicho territorio, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo¹¹.

Artículo 12. 1. La Asamblea se dotará de su propio Reglamento, cuya aprobación y reforma serán sometidas a una votación final sobre su totalidad, que requerirá el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los Diputados.

2. El Reglamento determinará, de acuerdo con lo establecido en el presente Estatuto, las reglas de organización y funcionamiento de la Asamblea, especificando, en todo caso, los siguientes extremos:

a) La relaciones entre la Asamblea y el Gobierno.

b) El número mínimo de Diputados necesario para la formación de los Grupos Parlamentarios.

c) La composición y funciones de la Mesa, las Comisiones y la Diputación Permanente, de manera que los Grupos Parlamentarios participen en estos órganos en proporción al número de sus miembros.

d) Las funciones de la Junta de Portavoces.

e) La publicidad de las sesiones y el quórum y mayorías requeridos.

f) El procedimiento legislativo común y los procedimientos legislativos que, en su caso, se establezcan.

g) El procedimiento de elección de los Senadores representantes de la Comunidad de Madrid¹².

Artículo 13. 1. La Asamblea elegirá de entre sus miembros al Presidente, a la Mesa y a la Diputación Permanente.

2. Los Diputados de la Asamblea se constituirán en Grupos Parlamentarios, cuyos Portavoces integrarán la Junta de Portavoces, que se reunirá bajo la presidencia del Presidente de la Asamblea.

3. La Asamblea funcionará en Pleno y por Comisiones¹³.

¹¹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

¹² Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

¹³ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Artículo 14. 1. La Asamblea se reunirá en sesiones ordinarias y extraordinarias. Los períodos ordinarios de sesiones serán dos al año: el primero de septiembre a diciembre y el segundo de febrero a junio.

2. Entre los períodos ordinarios de sesiones y en los supuestos de expiración del mandato o de disolución de la Asamblea funcionará la Diputación Permanente, a la que corresponde velar por los poderes de la Cámara y cuantas otras atribuciones le confiera el Reglamento. Tras la celebración de elecciones, la Diputación Permanente dará cuenta al Pleno de la Asamblea, una vez constituida ésta, de los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas.

3. Las sesiones extraordinarias habrán de ser convocadas por el Presidente de la Asamblea a petición del Gobierno, de la Diputación Permanente, de una cuarta parte de los Diputados o del número de Grupos Parlamentarios que el Reglamento determine. Las sesiones extraordinarias deberán convocarse sobre un orden del día determinado.

4. Para deliberar y adoptar acuerdos la Asamblea habrá de estar reunida reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros. Los acuerdos deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, salvo en aquellos supuestos para los que el Estatuto, el Reglamento o las leyes exijan mayorías especiales¹⁴.

Artículo 15. 1. La Asamblea ejerce la potestad legislativa en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad de Madrid, recogidas en el artículo 26 del presente Estatuto.

Igualmente ejerce la potestad legislativa en las materias previstas en el artículo 27 de este Estatuto, así como en aquellas que se le atribuyan, transfieran o deleguen en virtud de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución.

2. La iniciativa legislativa corresponde a los Diputados, a los Grupos Parlamentarios y al Gobierno, en los términos que se establezcan en el Reglamento de la Asamblea. Por ley de la Asamblea se podrá regular el ejercicio de la iniciativa legislativa popular y de los Ayuntamientos, para las materias a las que se refiere el apartado 1.

3. La Asamblea solamente podrá delegar la potestad de dictar normas con rango de ley en el Gobierno de acuerdo con lo establecido

¹⁴ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

para el supuesto de delegación de las Cortes Generales en el Gobierno de la Nación, en los artículos 82, 83 y 84 de la Constitución¹⁵.

Artículo 16. 1. La Asamblea elige, de entre sus miembros, al Presidente de la Comunidad de Madrid y controla la acción del Gobierno y de su Presidente.

2. El Reglamento establecerá las iniciativas parlamentarias que permitan a la Asamblea ejercer el control ordinario del Gobierno y obtener del mismo y de la Administración de la Comunidad la información precisa para el ejercicio de sus funciones. El Reglamento regulará, asimismo, el procedimiento a seguir para la aprobación por la Asamblea, en el ejercicio de sus funciones de impulso, orientación y control de la acción de gobierno, de resoluciones o mociones de carácter no legislativo.

3. Corresponde, igualmente, a la Asamblea:

a) La aprobación y el control de los Presupuestos de la Comunidad y el examen y aprobación de sus cuentas.

b) El conocimiento y control de los planes económicos.

c) Acordar operaciones de crédito y deuda pública.

d) La ordenación básica de los órganos y servicios de la Comunidad.

e) El control de los medios de comunicación social dependientes de la Comunidad.

f) La potestad de establecer y exigir tributos.

g) La interposición del recurso de inconstitucionalidad y la personación ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos y términos previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

h) La solicitud al Gobierno de la Nación de la adopción de proyectos de ley y la remisión a la Mesa del Congreso de los Diputados de proposiciones de ley, delegando ante dicha Cámara a los miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

i) La designación de los Senadores que han de representar a la Comunidad, según lo previsto en el artículo 69.5 de la Constitución. Los Senadores serán designados en proporción al número de miembros de los grupos políticos representados en la Asamblea. Su mandato en

¹⁵ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

el Senado estará vinculado a su condición de miembros de la Asamblea.

j) La ratificación de los convenios que la Comunidad de Madrid concluya con otras Comunidades Autónomas, para la gestión y prestación de servicios propios de la competencia de las mismas.

Estos convenios serán comunicados de inmediato a la Cortes Generales.

k) La ratificación de los acuerdos de cooperación que, sobre materias distintas a las mencionadas en el apartado anterior, concluya la Comunidad de Madrid con otras Comunidades Autónomas, previa autorización de las Cortes Generales.

l) La recepción de la información que facilitará el Gobierno de la Nación sobre tratados y convenios internacionales y proyectos de normativa aduanera en cuanto se refirieran a materias de específico interés para la Comunidad de Madrid.

m) La fijación de las previsiones de índole política, social y económica que, de acuerdo con el artículo 131.2 de la Constitución, haya de suministrar la Comunidad de Madrid al Gobierno de la Nación para la elaboración de proyecto de planificación.

n) La aprobación de planes generales de fomento relativos al desarrollo económico de la Comunidad de Madrid, en el marco de los objetivos señalados por la política económica nacional.

ñ) Cuantos otros poderes, competencias y atribuciones le asignen la Constitución, el presente Estatuto y las leyes ¹⁶.

CAPÍTULO II Del Presidente ¹⁷

Artículo 17. 1. El Presidente de la Comunidad de Madrid ostenta la suprema representación de la Comunidad Autónoma y la ordinaria del Estado en la misma, preside y dirige la actividad del Gobierno, designa y separa a los Vicepresidentes y Consejeros y coordina la Administración.

¹⁶ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

¹⁷ Nueva denominación dada a este Capítulo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

2. El Presidente podrá delegar funciones ejecutivas y de representación propias en los Vicepresidentes y demás miembros del Gobierno.

3. El Presidente es políticamente responsable ante la Asamblea ¹⁸.

Artículo 18. 1. Después de cada renovación de la Asamblea, y en los demás supuestos en que se produzca vacante en la Presidencia de la Comunidad, el Presidente de la Asamblea, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación en la Asamblea, propondrá a ésta uno de sus miembros como candidato a la Presidencia de la Comunidad.

2. El candidato propuesto, conforme a lo previsto en el apartado anterior, expondrá ante la Asamblea el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Asamblea.

3. Si la Asamblea otorgase por mayoría absoluta su confianza a dicho candidato, el Rey procederá a nombrarle Presidente de la Comunidad de Madrid. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después y la confianza se entenderá otorgada si obtuviese mayoría simple ¹⁹.

4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza de la Asamblea, ésta quedará disuelta, convocándose de inmediato nuevas elecciones.

6. El mandato de la nueva Asamblea durará, en todo caso, hasta la fecha en que debiera concluir el primero.

Artículo 19. 1. El Presidente de la Comunidad de Madrid, previa deliberación del Gobierno, puede plantear ante la Asamblea la cuestión de confianza sobre su programa o una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados ²⁰.

2. Si la Asamblea negara su confianza, el Presidente de la Comunidad de Madrid presentará su dimisión ante la Asamblea, cuyo Pre-

¹⁸ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

¹⁹ Redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

²⁰ Redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

sidente convocará en el plazo máximo de quince días la sesión plenaria para la elección de nuevo Presidente de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el procedimiento del artículo 18.

Artículo 20. 1. La Asamblea puede exigir la responsabilidad política del Presidente o del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura. Ésta habrá de ser propuesta, al menos, por un 15 por 100 de los Diputados y habrá de incluir un candidato a la Presidencia de la Comunidad de Madrid.

2. La moción de censura no podrá ser votada hasta que concurren cinco días desde su presentación. Si la moción de censura no fuese aprobada por la Asamblea, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.

3. Si la Asamblea adoptara una moción de censura, el Presidente junto con su Gobierno cesará, y el candidato incluido en aquella se entenderá investido de la confianza de la Cámara. El Rey le nombrará Presidente de la Comunidad de Madrid ²¹.

Artículo 21. 1. El Presidente de la Comunidad de Madrid, previa deliberación del Gobierno y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá acordar la disolución de la Asamblea con anticipación al término natural de la legislatura. La disolución se formalizará por Decreto, en el que se convocarán a su vez elecciones, conteniéndose en el mismo los requisitos que exija la legislación electoral aplicable.

2. El Presidente no podrá acordar la disolución de la Asamblea durante el primer período de sesiones de la legislatura, cuando reste menos de un año para la terminación de la legislatura, cuando se encuentre en tramitación una moción de censura o cuando esté convocado un proceso electoral estatal. No procederá nueva disolución de la Asamblea antes de que transcurra un año desde la anterior.

3. En todo caso, la nueva Cámara que resulte de la convocatoria electoral tendrá un mandato limitado por el término natural de la legislatura originaria ²².

²¹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

²² Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

CAPÍTULO III

Del Gobierno ²³

Artículo 22. 1. El Gobierno de la Comunidad de Madrid es el órgano colegiado que dirige la política de la Comunidad de Madrid, correspondiéndole las funciones ejecutivas y administrativas, así como el ejercicio de la potestad reglamentaria en materias no reservadas en este Estatuto a la Asamblea.

2. El Gobierno estará compuesto por el Presidente, el o los Vicepresidentes, en su caso, y los Consejeros. Los miembros del Gobierno serán nombrados y cesados por el Presidente.

Para ser Vicepresidente o Consejero no será necesaria la condición de Diputado ²⁴.

Artículo 23. 1. Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras actividades laborales, profesionales o empresariales que las derivadas del ejercicio de su cargo. El régimen jurídico y administrativo del Gobierno y el estatuto de sus miembros será regulado por ley de la Asamblea.

2. El Gobierno responde políticamente ante la Asamblea de forma solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad directa de cada Consejero por su gestión ²⁵.

Artículo 24. 1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones a la Asamblea, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en este Estatuto y en caso de dimisión, incapacidad o fallecimiento del Presidente.

2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno ²⁶.

Artículo 25. 1. La responsabilidad penal del Presidente de Gobierno, Vicepresidentes y de los Consejeros será exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. No obstante, la de los Vicepresidentes y Consejeros para los delitos cometidos en el ámbito territorial de su jurisdicción será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

²³ Nueva denominación dada a este Capítulo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

²⁴ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

²⁵ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

²⁶ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

2. Ante las Salas correspondientes de los mismos Tribunales, respectivamente, será exigible la responsabilidad civil en que dichas personas hubieran incurrido con ocasión del ejercicio de sus cargos²⁷.

TÍTULO II De las competencias de la Comunidad

Artículo 26. 1. La Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

1.1. Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno.

1.2. Creación o supresión de municipios, alteración de los términos municipales comprendidos en su territorio y creación de circunscripciones territoriales propias, en los términos previstos en el artículo 3 del presente Estatuto.

1.3. Procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia.

1.4. Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

1.5. Obras públicas de interés de la Comunidad, dentro de su propio territorio.

1.6. Ferrocarriles, carreteras y caminos cuyo itinerario discorra íntegramente en el territorio de la Comunidad de Madrid y, en los mismos términos, el transporte terrestre y por cable. Centros de contratación y terminales de carga en materia de transportes terrestres en el ámbito de la Comunidad.

1.7. Instalaciones de navegación y deporte en aguas continentales, aeropuertos y helipuertos deportivos, así como los que no desarrollen actividades comerciales.

1.8. Proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad. Aguas nacientes, superficiales, subterráneas, minerales y termales, cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hi-

²⁷ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

dráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

1.9. Pesca fluvial y lacustre, acuicultura y caza.

1.10. Tratamiento singular de las zonas de montaña.

1.11. Instalación de producción, distribución y transporte de cualesquiera energías, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los números 22.º y 25.º del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.

1.12. Publicidad, sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos, de acuerdo con las materias 1.º, 6.º y 8.º del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.

1.13. Ferias y mercados interiores, incluidas las exposiciones.

Establecimiento de bolsas de valores y establecimiento y regulación de centros de contratación de mercancías, conforme a la legislación mercantil.

1.14. Cooperativas y entidades asimilables, mutualidades no integradas en la Seguridad Social, conforme a la legislación mercantil.

1.15. Artesanía.

1.16. Denominaciones de origen, en colaboración con el Estado.

1.17. Fomento del desarrollo económico de la Comunidad de Madrid, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.

1.18. Archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas, conservatorios de música y danza, centros dramáticos y de bellas artes, y demás centros de depósito cultural o colecciones de análoga naturaleza, de interés para la Comunidad de Madrid, que no sean de titularidad estatal.

1.19. Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico y científico de interés para la Comunidad, sin perjuicio de la competencia del Estado para la defensa de los mismos contra la exportación y la expoliación.

1.20. Fomento de la cultura y la investigación científica y técnica.

1.21. Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.

1.22. Deporte y ocio.

1.23. Promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.

1.24. Protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud.

1.25. Promoción de la igualdad respecto a la mujer que garantice su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural.

1.26. Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid.

1.27. Vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones.

1.28. Coordinación y demás facultades en relación con las policías locales, en los términos que establezca la Ley Orgánica.

1.29. Casinos, juegos y apuestas con exclusión de las apuestas mutuas deportivo-benéficas.

1.30. Espectáculos públicos.

1.31. Estadística para fines no estatales.

1.32. Servicio meteorológico de la Comunidad de Madrid.

2. En el ejercicio de estas competencias corresponderá a la Comunidad de Madrid la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva que se ejercerán respetando, en todo caso, lo dispuesto en la Constitución Española.

3.1. De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Comunidad de Madrid, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en las materias 11.^ª y 13.^ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, la competencia exclusiva en las siguientes materias:

3.1.1. Ordenación y planificación de la actividad económica regional.

3.1.2. Comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia.

3.1.3. Industria, sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las normas relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear.

3.1.4. Agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias.

3.1.5. Instituciones de crédito corporativo público y territorial. Cajas de Ahorro.

3.1.6. Sector público económico de Madrid, en cuanto no esté contemplado por otros preceptos de este Estatuto.

3.2. La Comunidad de Madrid participará, asimismo, en la gestión del sector público económico estatal, en los casos y actividades que procedan ²⁵.

Artículo 27. En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de las siguientes materias:

1. Régimen local.

2. Régimen jurídico y sistema de responsabilidad de la Administración pública de la Comunidad de Madrid y los entes públicos dependientes de ella, así como el régimen estatutario de sus funcionarios. Contratos y concesiones administrativas, en el ámbito de competencias de la Comunidad de Madrid.

3. Régimen de los montes y aprovechamientos forestales, con especial referencia a los montes vecinales en mano común, montes comunales, vías pecuarias y pastos.

4. Sanidad e higiene.

5. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social.

6. Corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales. Ejercicio de las profesiones tituladas.

7. Protección del medio ambiente, sin perjuicio de la facultad de la Comunidad de Madrid de establecer normas adicionales de protección. Contaminación biótica y abiótica. Vertidos en el ámbito territorial de la Comunidad.

8. Régimen minero y energético.

9. Protección de los ecosistemas en los que se desarrollen la pesca, acuicultura y caza. Espacios naturales protegidos.

10. Defensa del consumidor y del usuario, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, las bases y coordinación general de la Sanidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y en los números 11.^ª, 13.^ª y 16.^ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.

11. Prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social. La Comunidad de Madrid podrá regular, crear y mantener su propia televisión, radio, prensa y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines.

²⁵ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

12. Ordenación farmacéutica y establecimientos farmacéuticos, sin perjuicio de lo dispuesto en la materia 16.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.

13. Bienes de dominio público y patrimoniales cuya titularidad corresponda a la Comunidad, así como las servidumbres públicas en materia de sus competencias²⁹.

Artículo 28. 1. Corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:

1.1. Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la materia 17.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto.

1.2. Gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: Insero. La determinación de las prestaciones del sistema, los requisitos para establecer la condición de beneficiario y la financiación se efectuarán de acuerdo con las normas establecidas por el Estado en el ejercicio de sus competencias, de conformidad con lo dispuesto en la materia 17.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.

1.3. Crédito, banca y seguros, de acuerdo con las previsiones de las reglas 6.ª, 11.ª y 13.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.

1.4. Asociaciones.

1.5. Ferias internacionales que se celebren en la Comunidad de Madrid.

1.6. Museos, archivos, bibliotecas y otras colecciones de naturaleza análoga de titularidad estatal cuya gestión directa no se reserve el Estado. Los términos de la gestión serán fijados mediante convenios.

1.7. Aeropuertos y helipuertos con calificación de interés general cuya gestión directa no se reserve el Estado.

1.8. Pesas y medidas. Contraste de metales.

1.9. Reestructuración e implantación de sectores industriales, conforme a los planes establecidos por la Administración General del Estado.

1.10. Productos farmacéuticos.

1.11. Propiedad intelectual e industrial.

²⁹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

1.12. Laboral. De conformidad con la materia 7.ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la alta inspección. Quedan reservadas al Estado todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado en la materia.

1.13. Transporte de mercancías y viajeros que tengan su origen y destino en el territorio de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la ejecución directa que se reserva el Estado.

2. En el ejercicio de estas competencias corresponderá a la Comunidad de Madrid la administración, ejecución y, en su caso, inspección, así como la facultad de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes, de conformidad con las normas reglamentarias de carácter general que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado³⁰.

Artículo 29. 1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen, y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía.

2. Para garantizar una prestación homogénea y eficaz del servicio público de la educación que permita corregir las desigualdades o desequilibrios que puedan producirse, la Comunidad Autónoma facilitará a la Administración del Estado la información que ésta le solicite sobre el funcionamiento del sistema educativo en sus aspectos cualitativos y cuantitativos y colaborará con la Administración del Estado en las actuaciones de seguimiento y evaluación del sistema educativo nacional³¹.

Artículo 30. 1. La Comunidad de Madrid podrá asumir competencias sobre materias no previstas en el presente Estatuto mediante la reforma del mismo o por decisión de las Cortes Generales, adoptada a través de los procedimientos previstos en la Constitución.

³⁰ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

³¹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo (BOE 25 de marzo de 1994).

2. La Comunidad de Madrid, mediante acuerdo de la Asamblea, podrá solicitar a las Cortes Generales la aprobación de leyes marco o leyes de transferencia o delegación, que atribuyan, transfieran o deleguen facultades a las Comunidades Autónomas y, específicamente, a la de Madrid ³².

Artículo 31. 1. La Comunidad de Madrid podrá celebrar convenios de cooperación con otras Comunidades Autónomas, en especial con las limítrofes, para la gestión y prestación de servicios propios de la competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales o alguna de las Cámaras manifestaran reparos en el plazo de treinta días, a partir de la recepción de la comunicación, el Convenio deberá seguir el trámite previsto en el apartado siguiente. Si transcurrido dicho plazo no se hubiese manifestado reparos al Convenio, entrará en vigor.

2. La Comunidad de Madrid podrá establecer acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas, previa autorización de las Cortes Generales.

3. La Comunidad Autónoma de Madrid, por su tradicional vinculación, mantendrá relaciones de especial colaboración con las Comunidades castellanas, para lo cual podrá promover la aprobación de los correspondientes acuerdos y convenios.

Artículo 32. 1. La Comunidad de Madrid podrá solicitar del Gobierno de la Nación la celebración de tratados o convenios internacionales en materias de interés para Madrid.

2. La Comunidad de Madrid será informada de la elaboración de los tratados y convenios internacionales y en las negociaciones de adhesión a los mismos, así como en los proyectos de legislación aduanera, en cuanto afecten a materias de su específico interés. Recibida la información, el Gobierno de la Comunidad emitirá, en su caso, su parecer.

3. La Comunidad de Madrid adoptará las medidas necesarias para la ejecución, dentro de su territorio, de los tratados y convenios internacionales y de los actos normativos de las organizaciones internacionales, en lo que afecten a las materias propias de competencia de la Comunidad de Madrid ³³.

³² Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

³³ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Artículo 33. El Derecho propio de la Comunidad de Madrid, constituido por las leyes y normas reguladoras de las materias de competencia plena de la Comunidad Autónoma, es aplicable con preferencia a cualquier otro en el territorio de Madrid. En todo caso, el Derecho estatal tiene carácter supletorio del Derecho propio de Madrid.

TÍTULO III Del régimen jurídico

CAPÍTULO PRIMERO Disposiciones generales

Artículo 34. 1. Las competencias de la Comunidad de Madrid se entienden referidas a su territorio.

2. En las materias de su competencia, le corresponde a la Asamblea de Madrid la potestad legislativa en los términos previstos en el Estatuto, correspondiéndole al Consejo de Gobierno la potestad reglamentaria y la función ejecutiva.

3. Las competencias de ejecución de la Comunidad de Madrid llevan implícito la correspondiente potestad reglamentaria para la organización interna de los servicios, la administración y, en su caso, la inspección.

Artículo 35. La Administración de la Comunidad de Madrid, como ente de derecho público, tiene personalidad jurídica y plena capacidad de obrar. Su responsabilidad, y la de sus autoridades y funcionarios, procederá y se exigirá en los mismos términos y casos que establezca la legislación del Estado en la materia ³⁴.

Artículo 36. 1. En el ejercicio de sus competencias ejecutivas, la Comunidad de Madrid gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado, entre las que se comprenden:

a) La presunción de legitimidad y la ejecutoriedad de sus actos, así como los poderes de ejecución forzosa y revisión en vía administrativa.

b) La potestad de expropiación, incluida la declaración de urgente ocupación de los bienes afectados, así como el ejercicio de las restan-

³⁴ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

tes competencias de la legislación expropiatoria atribuida a la Administración del Estado, cuando se trate de materias de competencia de la Comunidad de Madrid.

c) La potestad de sanción, dentro de los límites que establezca el ordenamiento jurídico.

d) La facultad de utilización del procedimiento de apremio.

e) La inembargabilidad de sus bienes y derechos, así como los privilegios de prelación, preferencia y demás reconocidos a la Hacienda pública para el cobro de sus créditos, sin perjuicio de los que correspondan en esta materia a la Hacienda del Estado, y en igualdad de derechos con las demás Comunidades Autónomas.

f) Las potestades de investigación, deslinde y recuperación en materia de bienes.

g) La exención de la obligación de prestar toda clase de garantías o cauciones ante los organismos administrativos y ante los jueces o tribunales de cualquier jurisdicción.

2. No se admitirán interdictos contra las actuaciones de la Comunidad de Madrid, en materia de su competencia, y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

CAPÍTULO II

De la administración

Artículo 37. 1. Corresponde a la Comunidad de Madrid la creación y estructuración de su propia Administración pública, dentro de los principios generales y normas básicas del Estado.

2. El régimen jurídico de la Administración pública regional y de sus funcionarios será regulado mediante Ley de la Asamblea, de conformidad con la legislación básica del Estado.

Artículo 38. La Administración de la Comunidad de Madrid desarrollará su actuación a través de los órganos, organismos y entidades dependientes del Gobierno que se establezcan, pudiendo delegar dichas funciones en los municipios y demás entidades locales reconocidas en este Estatuto si así lo autoriza una ley de la Asamblea, que fijará las oportunas formas de control y coordinación ³⁵.

³⁵ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Artículo 39. En los términos previstos en este Estatuto, y de acuerdo con la legislación básica del Estado, la Comunidad de Madrid, mediante Ley, podrá crear otras entidades de carácter institucional para fines específicos.

Artículo 40. 1. Las leyes aprobadas por la Asamblea serán promulgadas en nombre del Rey por el Presidente de la Comunidad, que ordenará su publicación en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» y en el «Boletín Oficial del Estado», entrando en vigor al día siguiente de su publicación en aquél, salvo que en las mismas se disponga otra cosa.

2. Los reglamentos aprobados por el Gobierno serán publicados, por orden del Presidente del Gobierno, en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Estado» ³⁶.

Artículo 41. El Gobierno podrá interponer recursos de inconstitucionalidad, suscitar conflictos de competencia y personarse ante el Tribunal Constitucional, en los supuestos o términos previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ³⁷.

CAPÍTULO III

Del control de la Comunidad de Madrid

Artículo 42. Las leyes de la Asamblea estarán sujetas únicamente al control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional ³⁸.

Artículo 43. Los actos o reglamentos emanados de los órganos ejecutivos o administrativos de la Comunidad de Madrid, así como el control de la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, serán, en todo caso, controlados por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Artículo 44. El control económico y presupuestario de la Comunidad de Madrid se ejercerá por la Cámara de Cuentas, sin perjuicio del que corresponda al Tribunal de Cuentas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 136 y 153.d) de la Constitución.

³⁶ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

³⁷ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

³⁸ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Por ley de la Asamblea se regularán la composición y funciones de la Cámara de Cuentas³⁹.

TÍTULO IV

De la administración de justicia

Artículo 45. En el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, el Tribunal Superior de Justicia es el órgano jurisdiccional ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales, en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto y las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial. Todo ello, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 123, 1, de la Constitución.

Artículo 46. Los órganos jurisdiccionales que ejercen su jurisdicción en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid extenderán su competencia:

a) En los ámbitos civil, penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión.

b) En el orden contencioso-administrativo, a los recursos contra actos o disposiciones de las Administraciones públicas y contra las resoluciones judiciales que no estén atribuidas a las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo o de la Audiencia Nacional.

En todo caso, conocerán, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los recursos que se deduzcan contra actos y disposiciones administrativos de los órganos de la Comunidad de Madrid.

c) A las cuestiones de competencia que se susciten entre los mismos.

En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda, y según lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión. El Tribunal Supremo resolverá también los conflictos de competencia y jurisdicción entre los

³⁹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Tribunales con sede en la Comunidad de Madrid y los del resto de España⁴⁰.

Artículo 47. 1. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid será nombrado por el Rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Presidente de la Comunidad ordenará la publicación de dicho nombramiento en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

2. El nombramiento de los Magistrados, Jueces y Secretarios del Tribunal Superior de Justicia se efectuará en la forma prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. Corresponde al Estado, de conformidad con las leyes generales, la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal⁴¹.

Artículo 48. A instancias del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, el órgano competente convocará los concursos y oposiciones para cubrir plazas vacantes en Madrid de Magistrados, Jueces, Secretarios judiciales y restante personal al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 49. En relación con la Administración de Justicia, exceptuando la militar, corresponde:

1. Al Gobierno de la Comunidad, ejercer todas las facultades que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconozca o atribuya al Gobierno de la Nación.

2. A la Asamblea, fijar los límites de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad de Madrid y la capitalidad de las mismas, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. A ambas instituciones, coadyuvar en la organización e instalación de los Tribunales y Juzgados, con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴².

⁴⁰ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁴¹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁴² Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Artículo 50. 1. La Comunidad de Madrid participará en la fijación de las demarcaciones correspondientes en las Notarías, Registros de la Propiedad y Mercantiles radicados en su territorio.

2. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles y otros fedatarios públicos serán nombrados por la Comunidad de Madrid de conformidad con las leyes del Estado y en igualdad de derechos, tanto si los aspirantes ejercen dentro como fuera de Madrid ⁴³.

TÍTULO V Economía y Hacienda

Artículo 51. La Comunidad de Madrid, dentro de los principios de coordinación con las Haciendas estatal y local, goza de autonomía financiera, es titular de bienes de dominio público y de patrimonio y hacienda propios, de acuerdo con la Constitución, el presente Estatuto, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y demás normas que la desarrollan.

Artículo 52. 1. El patrimonio de la Comunidad de Madrid está integrado por todos los bienes, derechos y acciones de los que sea titular, estén o no adscritos a algún uso o servicio público y cualquiera que sea su naturaleza y el título de adquisición.

2. Una ley de la Asamblea regulará el régimen jurídico del patrimonio de la Comunidad de Madrid, así como su administración, conservación y defensa ⁴⁴.

Artículo 53. La Hacienda de la Comunidad de Madrid se constituye con:

1. Los rendimientos de sus propios impuestos, tasas, contribuciones especiales y precios públicos ⁴⁵.

2. Los recargos que establezca la Comunidad de Madrid sobre impuestos estatales, en los términos que establezca la Ley reguladora de los mismos.

⁴³ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁴⁴ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁴⁵ Redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

3. Las asignaciones complementarias que se establezcan, en su caso, en los Presupuestos Generales del Estado con destino a la Comunidad de Madrid.

4. Las participaciones en los impuestos estatales no cedidos.

5. Los rendimientos de los impuestos cedidos por el Estado.

6. Las transferencias del Fondo de Compensación Interterritorial y de otros fondos destinados a favorecer el desarrollo regional.

7. Los rendimientos derivados del patrimonio de la Comunidad de Madrid y los ingresos de Derecho privado, herencias, legados y donaciones.

8. Los ingresos derivados de la imposición de multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.

9. El producto de las operaciones de crédito y la emisión de deuda pública ⁴⁶.

10. Cuantos otros recursos se le atribuyan de acuerdo con las Leyes del Estado.

Artículo 54. 1. La participación anual de la Comunidad de Madrid en los ingresos del Estado, a que se refiere el número 4 del artículo 53, se negociará atendiendo a los criterios que fije la legislación de desarrollo del artículo 157 de la Constitución y cualesquiera otros que permitan garantizar, con suficiencia y solidaridad, el ejercicio de las competencias de la Comunidad de Madrid.

El porcentaje de participación podrá ser objeto de revisión en los siguientes supuestos:

a) Cuando se amplien o reduzcan las competencias asumidas por la Comunidad de Madrid entre las que anteriormente correspondiesen al Estado.

b) Cuando se produzca la cesión de nuevos tributos.

c) Cuando se lleven a cabo reformas sustanciales en el sistema tributario del Estado.

d) Cuando, transcurridos cinco años desde su entrada en vigor, sea solicitada su revisión por el Estado o la Comunidad de Madrid.

2. El porcentaje de participación se establecerá por ley ⁴⁷.

⁴⁶ Redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁴⁷ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Artículo 55. 1. La Comunidad de Madrid, mediante acuerdo de la Asamblea, podrá concertar operaciones de crédito y deuda pública, en los ámbitos nacional y extranjero, para financiar operaciones de inversión.

2. El volumen y las características de las operaciones de crédito y emisión de deuda pública se establecerán de acuerdo con la ordenación de la política crediticia establecida por el Estado.

3. Los títulos de deuda que se emitan tendrán consideración de fondos públicos a todos los efectos.

4. El Gobierno podrá realizar operaciones de crédito por plazo inferior a un año, con objeto de cubrir sus necesidades transitorias de tesorería. La Ley de Presupuestos de la Comunidad regulará anualmente las condiciones básicas de estas operaciones⁴⁸.

5. Lo dispuesto en los apartados anteriores se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Artículo 56. 1. La gestión, recaudación, liquidación e inspección de sus propios tributos, así como el conocimiento de las reclamaciones relativas a los mismos, corresponderán a la Comunidad de Madrid, que dispondrá de plenas atribuciones para la ejecución y organización de dichas tareas, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse con la Administración Tributaria del Estado, especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo.

2. En el caso de los impuestos cuyos rendimientos hubiesen sido cedidos, el Consejo de Gobierno asumirá, por delegación del Estado, la gestión, recaudación, liquidación, inspección y revisión, en su caso, de los mismos, sin perjuicio de la colaboración que pueda establecerse entre ambas administraciones, todo ello de acuerdo con lo especificado en la Ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.

3. La gestión, recaudación, liquidación, inspección y revisión, en su caso, de los demás impuestos del Estado, recaudados en el ámbito de la Comunidad Autónoma corresponderá a la Administración Tributaria del Estado, sin perjuicio de la Delegación que la Comunidad Autónoma pueda recibir de éste y de la colaboración que pueda establecerse, especialmente, cuando así lo exija la naturaleza del tributo.

⁴⁸ Redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Artículo 57. La Comunidad de Madrid colaborará con el Estado y los Ayuntamientos en todos los aspectos relativos al régimen fiscal y financiero.

Artículo 58. La Comunidad de Madrid gozará del mismo tratamiento fiscal que la Ley establezca para el Estado.

Artículo 59. Se regularán necesariamente, mediante Ley de Asamblea de Madrid, las siguientes materias:

a) El establecimiento, la modificación y supresión de sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, y de las exenciones y bonificaciones que les afecten.

b) El establecimiento, modificación y supresión de los recargos sobre los impuestos del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

c) El régimen general presupuestario de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con los principios de la legislación del Estado.

Artículo 60. Corresponde al Gobierno de la Comunidad de Madrid:

a) Aprobar los Reglamentos generales de sus propios tributos.

b) Elaborar las normas reglamentarias precisas para gestionar los impuestos estatales cedidos, de acuerdo con los términos de dicha cesión⁴⁹.

Artículo 61. 1. Corresponde al Gobierno la elaboración y ejecución del presupuesto de la Comunidad de Madrid, y a la Asamblea, su examen, enmienda, aprobación y control. El Gobierno presentará el proyecto de presupuesto a la Asamblea con una antelación mínima de dos meses a la fecha del inicio del correspondiente ejercicio⁵⁰.

2. El presupuesto será único, tendrá carácter anual e incluirá la totalidad de los ingresos y gastos de la Comunidad y de los organismos, instituciones y empresas de ella dependientes. Se consignará en el Presupuesto el importe de los beneficios fiscales que afecten a los Tributos de la Comunidad.

Artículo 62. En las empresas o entidades financieras de carácter público cuyo ámbito de actuación se extienda fundamentalmente a la

⁴⁹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁵⁰ Redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

provincia de Madrid, el Gobierno de la Comunidad, de acuerdo con lo que establezcan las leyes del Estado, designará las personas que han de representarle en los órganos de administración de aquéllas ⁵¹.

Artículo 63. 1. La Comunidad de Madrid podrá ser titular de empresas públicas y entidades de crédito y ahorro, como medio de ejecución de las funciones que sean de su competencia, de conformidad con el artículo 27 del presente Estatuto.

2. La Comunidad elaborará un programa anual de actuación del sector público económico, cuyas líneas generales estarán coordinadas con la actividad presupuestaria anual.

TÍTULO VI Reforma del Estatuto

Artículo 64. 1. La reforma del Estatuto se ajustará al siguiente procedimiento:

La iniciativa de la reforma corresponderá al Gobierno o a la Asamblea de Madrid, a propuesta de una tercera parte de sus miembros, o de dos tercios de los municipios de la Comunidad cuya población represente la mayoría absoluta de la Comunidad de Madrid.

La propuesta de reforma requerirá, en todo caso, la aprobación de la Asamblea por mayoría de dos tercios y la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica ⁵².

2. Si la propuesta de reforma no es aprobada por la Asamblea, o por las Cortes Generales, no podrá ser sometida nuevamente a debate y votación de la Asamblea hasta que haya transcurrido un año.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. 1. Se cede a la Comunidad de Madrid, en los términos previstos en el número 3 de la presente disposición, el rendimiento total o parcial de los siguientes tributos:

⁵¹ Redacción dada a este artículo por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁵² Redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

a) Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con los límites y condiciones que se establezcan en la cesión.

b) Impuesto sobre el Patrimonio.

c) Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

d) Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

e) La imposición general sobre las ventas en su fase minorista.

f) Los impuestos sobre consumos específicos en su fase minorista, salvo los recaudados mediante monopolios fiscales.

g) Los tributos sobre el juego.

La eventual supresión o modificación de alguno de estos tributos implicará la modificación o extinción de la cesión ⁵³.

2. El contenido de esta disposición se podrá modificar mediante acuerdo del Gobierno con la Comunidad de Madrid, que será tramitado por el Gobierno como proyecto de Ley. A estos efectos, la modificación de la presente disposición no se considerará modificación del Estatuto.

3. El alcance y condiciones de la cesión se establecerán por la Comisión Mixta mencionada en la Disposición transitoria segunda que, en todo caso, los referirá a rendimientos en el ámbito de la Comunidad de Madrid. El Gobierno tramitará el acuerdo de la Comisión como proyecto de Ley.

Segunda. La celebración de elecciones atenderá a lo que dispongan las Cortes Generales, con el fin exclusivo de coordinar el calendario de las diversas consultas electorales ⁵⁴.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Mientras las Cortes Generales no elaboren la legislación de bases a que este Estatuto se refiere, y la Asamblea no dicte normas sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales leyes y disposiciones del Estado que se refieren a dichas materias. Todo ello, sin perjuicio de su ejecución por la Comunidad, en los casos así previstos.

⁵³ Redacción dada a este apartado por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

⁵⁴ Redacción dada a esta Disposición Adicional por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio (BOE 8 de julio de 1998).

Asimismo, la Comunidad podrá desarrollar legislativamente los principios o bases que se contengan en el derecho estatal vigente en cada momento, en los supuestos previstos en este Estatuto, interpretando dicho derecho conforme a la Constitución.

Segunda. El traspaso de los servicios inherentes a las competencias que según el presente Estatuto corresponden a la Comunidad de Madrid se hará de acuerdo con las bases siguientes:

1. En el plazo máximo de un mes desde el nombramiento del Presidente por el Rey se nombrará una Comisión Mixta encargada de inventariar los bienes y derechos del Estado que deben ser objeto de traspaso a la Comunidad, de concretar los servicios y funcionarios que deban traspasarse y de proceder a la adaptación, si es preciso, de los que pasen a la competencia de la Comunidad.

2. La Comisión Mixta estará integrada paritariamente por Vocales designados por el Gobierno de la Nación y la Asamblea, y ella misma establecerá sus normas de funcionamiento.

3. Los acuerdos de la Comisión Mixta adoptarán la forma de propuesta al Gobierno de la Nación, que los aprobará mediante Real Decreto, figurando aquéllos como anexos al mismo. Serán publicados en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» y en el «Boletín Oficial del Estado», adquiriendo vigencia a partir de esta publicación.

4. La Comisión Mixta establecerá los calendarios y plazos para el traspaso de cada servicio. En todo caso, la referida Comisión deberá determinar en un plazo de dos años desde la fecha de su constitución el término en que habrá de completarse el traspaso de todos los servicios que correspondan a la Comunidad, de acuerdo con este Estatuto.

5. Para preparar los traspasos y para verificarlos por bloqueos orgánicos de naturaleza homogénea, la Comisión Mixta de transferencias estará asistida por Comisiones Sectoriales, de ámbito nacional, agrupadas por materias, cuyo cometido fundamental será determinar con la representación de la Administración del Estado los traspasos de medios personales, financieros o materiales que debe recibir la Comunidad de Madrid. Las Comisiones Sectoriales trasladarán sus propuestas de acuerdo con la Comisión Mixta que las habrá de ratificar.

6. Será título suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad del traspaso de bienes inmuebles del Estado a la Comunidad de Madrid, la certificación por la Comisión Mixta de los acuerdos gubernamentales debidamente promulgados. Esta certificación contendrá los requisitos exigidos por la Ley Hipotecaria.

7. El cambio de titularidad en los contratos de arrendamiento de los locales para oficinas públicas de los servicios que se transfieran no dará derecho al arrendador a extinguir o renovar el contrato.

Tercera. 1. Serán respetados los derechos adquiridos de cualquier orden o naturaleza que en los momentos de las diversas transferencias tengan los funcionarios y personas adscritos a la Diputación Provincial de Madrid, a los servicios estatales o a los de otras instituciones públicas objeto de dichas transferencias.

2. Estos funcionarios y personal quedarán sujetos a la legislación general del Estado y a la particular de la Comunidad de Madrid, en el ámbito de su competencia.

Cuarta. 1. La Diputación Provincial de Madrid queda integrada en la Comunidad de Madrid a partir de la entrada en vigor del presente Estatuto y gestionará los intereses generales de la Comunidad que afectan al ámbito local hasta la constitución de los órganos de autogobierno comunitarios, ajustándose a sus actuales competencias y programas económicos y administrativos, y aplicando en el ejercicio de sus funciones, de forma armónica, la legislación local vigente y la estatal, con prevalencia de esta última ordenación.

2. Una vez constituidos los órganos de autogobierno comunitario, quedarán disueltos de pleno derecho los órganos políticos de la Diputación Provincial de Madrid, la cual cesará en sus funciones. La Comunidad de Madrid asumirá todas las competencias, medios y recursos que según la Ley correspondan a la Diputación Provincial de Madrid y se subrogará en las relaciones jurídicas que se deriven de las actividades desarrolladas por aquella.

Quinta. En lo relativo a televisión, la aplicación del artículo 31 del presente Estatuto supone que el Estado otorgará en régimen de concesión a la Comunidad de Madrid la utilización de un tercer canal, de titularidad estatal, para su emisión en el ámbito territorial de la Comunidad en los términos que prevea la citada concesión.

Sexta. 1. Hasta que se haya completado el traspaso de los servicios correspondientes a las competencias fijadas en este Estatuto para la Comunidad Autónoma de Madrid, o en cualquier caso, hasta que se hayan cumplido seis años desde su entrada en vigor, el Estado garantizará la financiación de los servicios transferidos con una cantidad igual al coste efectivo del servicio en el territorio de la Comunidad Autónoma en el momento de la transferencia.

2. Para garantizar la financiación de los servicios antes referidos, la Comisión Mixta de Transferencias prevista en la Disposición tran-

sitoria segunda adoptará un método encaminado a fijar el porcentaje de participación en ingresos del Estado, previsto en el artículo 54 de este Estatuto. El método a seguir tendrá en cuenta tanto los costes directos como los indirectos de los servicios, así como los gastos de inversión que correspondan.

3. La Comisión Mixta de Transferencias fijará el citado porcentaje mientras dure el período transitorio con una antelación mínima de un mes a la presentación de los Presupuestos Generales del Estado en las Cortes.

4. A partir del método fijado en el apartado 2 anterior, se establecerá un porcentaje en el que se considerará el coste efectivo global de los servicios transferidos por el Estado a la Comunidad Autónoma, minorando por el total de la recaudación obtenida por la misma por los tributos cedidos, en relación con la suma de los ingresos obtenidos por el Estado en los capítulos I y II del último presupuesto anterior a la transferencia de los servicios valorados.

Séptima. Hasta que el Impuesto sobre el Valor Añadido entre en vigor, se cede a la Comunidad Autónoma el Impuesto sobre el Lujo que se recaude en destino.

DISPOSICIÓN FINAL

El presente Estatuto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

PROYECTO DE LEY DE ORDENACIÓN DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, APROBADO POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID EL 21 DE MAYO DE 1998

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid se encuentran actualmente regidos por diversas disposiciones, y, en particular, por el Decreto de 92/1984, de 27 de octubre, sobre organización de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Al igual que han hecho otras Comunidades Autónomas, como la de las Islas Baleares o la de Cataluña, y el Estado, a través de la reciente Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, parece conveniente que, sin perjuicio de su desarrollo reglamentario, la Comunidad de Madrid regule en una norma con rango de ley la ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en el ejercicio de su potestad de autoorganización reconocida en el artículo 38 del Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero.

Parte la Ley del artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, conforme al cual «la representación y defensa de las Comunidades Autónomas... corresponderán a los Letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda», a lo que añade que «los Letrados integrados en los Servicios Jurídicos del Estado podrán representar y defender a las Comunidades Autónomas en los términos que se establecerán reglamentariamente», norma complementada en este punto por la citada Ley 52/1997, que prevé la suscripción del oportuno convenio entre el Gobierno de la Nación y el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, previsión que reproduce la presente Ley.

Se reconoce la posibilidad de que los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad asuman la representación y defensa de autoridades, funcionarios y empleados de la Comunidad y de sus organismos y entidades públicas, pero se somete a los requisitos de

que se trate de procedimientos que se sigan por razón de actos u omisiones relacionados directa e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones, exista coincidencia de intereses entre la Comunidad y la autoridad, funcionario o empleado y se obtenga previa autorización del Director General de los Servicios Jurídicos, a propuesta del titular del centro correspondiente. Queda a salvo, evidentemente, el derecho del sujeto a optar por encomendar su representación y defensa técnica a quien merezca su confianza y considere más adecuado, en uso del derecho que le reconoce el artículo 24.2 de la Constitución.

Se consolida el cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid, cuyos integrantes cubrirán, con carácter exclusivo, los puestos de trabajo de asesoría, representación y defensa propios de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de habilitaciones de carácter provisional.

Cabe destacar la dependencia orgánica de los Servicios Jurídicos en las distintas Consejerías de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, siguiendo el ejemplo de los Servicios Jurídicos del Estado, en virtud de la Ley 52/1997, y de la Intervención General de la propia Comunidad de Madrid. En ambos casos se ha suprimido la anterior distinción entre dependencia orgánica del departamento y funcional del Centro Directivo, reforma que se traslada a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. Con ello, se aspira a obtener una mayor eficacia en la dirección y funcionamiento de los Servicios Jurídicos, sin perder la cercanía de los mismo a las Consejerías en las que prestan sus servicios.

En orden a la disposición de la acción procesal, la Ley respeta el vigente régimen jurídico derivado de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (arts. 21 l), v) y x) y 41 k), y la Ley 1/1984, de 19 de enero, de Administración Institucional (art. 10.1 d), si bien se admite que el Director General de los Servicios Jurídicos pueda acordar el ejercicio de acciones en casos de urgencia, dando cuenta inmediata al órgano legitimado, que decidirá lo que proceda, así como dictar instrucciones sobre la actuación de los Letrados y someter a su autorización el ejercicio o no sostenimiento de recursos.

Por lo que se refiere al régimen de notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal, la exención de depósitos y cauciones, tasación de costas, suspensión del curso de los autos y fuero territorial de los entes públicos se hace una remisión a la

legislación estatal, contenida en la citada Ley 52/1997. La disposición adicional cuarta de dicha Ley invoca, al respecto, la competencia estatal en materia de legislación procesal que consagra el artículo 149.1.6.º de la Constitución, y dispone que los preceptos que cita, relativos a las materias expresadas, serán de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas.

ARTÍCULO 1

Asesoramiento jurídico y representación y defensa en juicio de la Comunidad, sus organismos y entidades

1. El asesoramiento jurídico y la representación y defensa de la Comunidad de Madrid, de sus organismos autónomos y de cualesquiera otras entidades de Derecho público de ella dependientes, ante toda clase de juzgados y tribunales, corresponde a los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de lo establecido en los apartados siguientes y de las competencias de los órganos a que se refiere el artículo 3.1.

2. En los términos de la legislación del Estado y mediante la suscripción del oportuno convenio de colaboración por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid y el Gobierno de la Nación, los Abogados del Estado podrán representar y defender a la Comunidad, sus organismos y entidades en asuntos determinados.

3. En casos excepcionales y oído el Director General de los Servicios Jurídicos, el Consejo de Gobierno podrá acordar que la representación y defensa en juicio sean asumidas por un abogado en ejercicio, o confiar a éste sólo la defensa y la representación en juicio a un procurador.

Con carácter previo a la preparación de contratos que tengan por objeto el asesoramiento jurídico externo, el órgano proponente lo comunicará a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que podrá emitir informe en el plazo de cinco días.

ARTÍCULO 2

Otras funciones de los Servicios Jurídicos

1. Los Letrados de la Comunidad de Madrid podrán asumir la representación y defensa en juicio de las empresas públicas de la Co-

munidad de Madrid constituidas como sociedades anónimas, mediante la suscripción del oportuno convenio al efecto, en el que se determinará la compensación económica a abonar a la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

2. A propuesta del titular de la Consejería o del centro directivo del que dependa o sea titular la autoridad, funcionario o empleado afectado, el Director General de los Servicios Jurídicos podrá autorizar que los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid asuman la representación y defensa en juicio de las autoridades, funcionarios y empleados de la Comunidad, sus organismos y entidades en procedimientos judiciales que se sigan por razón de actos u omisiones relacionados directa e inmediatamente con el ejercicio de sus respectivas funciones, siempre que exista coincidencia de intereses.

Queda a salvo, en todo caso, el derecho de la autoridad, funcionario o empleado de encomendar su representación y defensa a los profesionales que estime más conveniente.

3. Previa autorización del titular de la Consejería, organismo o entidad correspondiente, y oído el Director General de los Servicios Jurídicos, los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid podrán asumir la representación y defensa de la Comunidad, sus organismos y entidades de Derecho público de ella dependientes en procedimientos arbitrales.

ARTÍCULO 3

La Dirección General de los Servicios Jurídicos

1. La Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid es el centro directivo del asesoramiento jurídico a la Administración de la Comunidad, organismos autónomos y entidades de Derecho público dependientes, sin perjuicio de las competencias conferidas por la legislación vigente a otros órganos y organismos, y en particular a las Secretarías Generales Técnicas, y de las especiales funciones atribuidas al Consejo de Estado o, en su caso, al órgano consultivo equivalente que pudiera crearse en la Comunidad.

2. La Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad es igualmente el centro directivo de los asuntos contenciosos en los que sea parte la propia Comunidad, sus organismos autónomos y entidades de Derecho público de ella dependientes.

3. Todos los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid dependerán orgánica y funcionalmente de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad. No obstante, los Servicios Jurídicos tendrán en las distintas Consejerías el carácter de servicios comunes y, por tanto, la correspondiente Secretaría General Técnica, entre otras funciones, coordinará el Servicio Jurídico con los servicios del departamento.

4. El Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid será nombrado y separado mediante Decreto del Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de la Presidencia, entre juristas de reconocida competencia. Durante el ejercicio de su mandato, estará habilitado para ejercer las funciones de Letrado de la Comunidad de Madrid, aunque no disfrutase de esa condición con anterioridad a su nombramiento.

5. El Consejero de la Presidencia, a propuesta del Director General de los Servicios Jurídicos, podrá habilitar a funcionarios de la Comunidad de Madrid para que presenten documentación y reciban comunicaciones en los juzgados y tribunales.

ARTÍCULO 4

Organización del asesoramiento jurídico

1. El Servicio Jurídico Central se encargará de los informes y dictámenes jurídicos que sean requeridos por el Presidente de la Comunidad, el Consejo de Gobierno o sus miembros y el Director General de los Servicios Jurídicos, sin perjuicio de la facultad de éste de avocar para sí esta función, cuando la índole del asunto lo haga conveniente. Deberá también evacuar los informes y dictámenes que sean requeridos por el Consejero de la Presidencia, sin perjuicio de las funciones del Servicio Jurídico de la Consejería.

2. En especial, corresponderá al Servicio Jurídico Central emitir dictamen jurídico en los asuntos en que puedan existir intereses no coincidentes de distintas Consejerías o de sus organismos y entidades de ellas dependientes.

3. Por cada una de las Consejerías de la Comunidad de Madrid existirá un Servicio Jurídico, si bien podrán adscribirse Letrados a determinados centros directivos u organismos dependientes de la Consejería, manteniendo su vinculación orgánica y funcional respecto de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

El Servicio Jurídico en cada Consejería tendrá a su cargo emitir los informes preceptivos que sean solicitados por los centros directivos y organismos de la Consejería. Asimismo, tendrá encomendada la emisión de todos los informes jurídicos facultativos que puedan ser solicitados por los centros directivos y organismos de la Consejería en los términos que establezca el titular de la misma.

ARTÍCULO 5

Organización de la representación y defensa en juicio

1. Como regla general, las actuaciones de representación y defensa en juicio corresponderán a los Letrados del Servicio Jurídico Central, si bien el Director General de los Servicios Jurídicos podrá avocar para sí esta función, cuando la índole del asunto lo haga conveniente, y encomendar la representación y defensa en juicio de cualquier asunto procedente de una determinada Consejería a los Letrados del correspondiente Servicio Jurídico.

2. La representación y defensa en juicio de la Comunidad será siempre única, incluso en los asuntos en que puedan existir intereses no coincidentes de distintas Consejerías o de sus organismos y entidades de ellas dependientes.

ARTÍCULO 6

Los Letrados de la Comunidad de Madrid

1. Los puestos de trabajo de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid que tengan encomendado el desempeño de las funciones descritas en esta Ley se adscribirán, con carácter exclusivo, a los funcionarios del Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid, en el que se ingresará mediante oposición entre Licenciados en Derecho. Esta misma titulación deberá ser poseída, como mínimo, por los miembros del tribunal calificador.

2. La adscripción y remoción de los Letrados en los distintos Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y el nombramiento y cese de los Letrados-Jefe de cada uno de ellos corresponderá al Consejero de la Presidencia, a propuesta del Director General de los Servicios Jurídicos, que pondrá en conocimiento de la respectiva Secretaría General Técnica.

3. Por el hecho de su nombramiento y toma de posesión, los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid quedan habilitados para el ejercicio de todas las funciones y para el desempeño de todos los servicios propios de su destino.

4. La representación y defensa en juicio por los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid tendrá carácter institucional y no personal, y, por ello, podrán intervenir diferentes Letrados en relación con el mismo asunto, sin necesidad de habilitación especial ni acto alguno de apoderamiento, en función de la distribución de tareas entre los Letrados por los órganos de los Servicios Jurídicos de la Comunidad.

ARTÍCULO 7

Instrucciones y autorizaciones

1. El Director General de los Servicios Jurídicos podrá dictar instrucciones sobre la actuación consultiva y contenciosa de los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y, en especial, sobre el anuncio, preparación, interposición, formalización o no sostenimiento de recursos así como la determinación de los supuestos de consulta al centro directivo y de autorización previa del mismo.

En materia de personal laboral, cuando se estime procedente no recurrir en suplicación sentencias total o parcialmente desfavorables, deberá solicitarse el informe de la Dirección General de la Función Pública, del que sólo podrá apartarse la Dirección General de los Servicios Jurídicos razonando la falta de viabilidad procesal del recurso.

2. Quedan a salvo las competencias establecidas por la leyes de Gobierno y Administración y de Administración Institucional de la Comunidad de Madrid en relación con el ejercicio y disposición de la acción procesal.

El acuerdo sobre el ejercicio de acciones en nombre de la Comunidad de Madrid o de sus organismos autónomos o entidades de Derecho público requerirá el informe previo de la Dirección General de los Servicios Jurídicos. Este informe será, en su caso, previo a la declaración de lesividad, cuando ésta sea preceptiva.

Por razones de urgencia, el Director General de los Servicios Jurídicos podrá autorizar el ejercicio de acciones judiciales, dando cuenta inmediata al órgano legitimado para su ejercicio, que resolverá lo que proceda.

En todo caso, bastará el acuerdo de la autoridad laboral competente para la incoación de los procedimientos de oficio ante el orden jurisdiccional social.

ARTÍCULO 8

Colaboración interorgánica

1. Todos los órganos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus organismos y entidades a los que los Servicios Jurídicos se lo soliciten, y, en particular, los órganos interesados en los procesos, deberán prestar la colaboración precisa para la mejor defensa de los intereses en litigio.

2. Todos los órganos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus organismos y entidades deberán remitir a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, con la mayor celeridad posible, cualquier comunicación recibida de órganos jurisdiccionales.

3. Asimismo, los Letrados remitirán con la mayor celeridad posible a los órganos de la Administración interesados en los procesos aquellas comunicaciones recibidas de órganos jurisdiccionales, especialmente cuando ordenen alguna actuación por parte de la Administración, y prestarán la colaboración que sea precisa a estos efectos.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Se estará a lo dispuesto en la legislación estatal respecto del régimen de notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal, la exención de depósitos y cauciones, tasación de costas, suspensión del curso de los autos y fuero territorial de los entes públicos.

Segunda. Por la Consejería de Hacienda, así como por las demás Consejerías afectadas, se realizarán las modificaciones presupuestarias y orgánicas, transferencias y habilitaciones de créditos que sean precisas para el cumplimiento de lo previsto en esta Ley.

Tercera. La presente Ley no será de aplicación a los puestos de Letrado de la Asamblea de Madrid.

Cuarta. En caso de que, en los términos previstos por la Ley de Gobierno y Administración, se altere la ubicación orgánica, rango o denominación de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la

Comunidad de Madrid, las referencias de esta Ley a la Consejería y al Consejero de la Presidencia y a la Dirección General y al Director General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid se entenderán hechas a los órganos que los sustituyan.

Quinta. En los términos de la legislación de función pública, los funcionarios de los cuerpos de Abogados del Estado y de Letrados de la Administración de la Seguridad Social que sean o hayan sido transferidos a la Comunidad de Madrid podrán ser integrados en el cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de la situación administrativa que les corresponda en sus cuerpos de origen.

Sexta. El segundo párrafo del apartado primero de la disposición adicional novena de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, introducido por el artículo 6.2 de la Ley 27/1997, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, queda redactado en los siguientes términos: «Igualmente se integrará en el Cuerpo de Letrados a los funcionarios de carrera de la Comunidad de Madrid del grupo A, Licenciados en Derecho, que, a la fecha de entrada en vigor del Decreto a que se refiere el párrafo anterior, ocupen o hayan ocupado puestos de trabajo de Letrado en la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Presidencia o de las Asesorías Jurídicas de las distintas Consejerías, desarrollando funciones de asesoramiento en Derecho y/o defensa en juicio de la Comunidad de Madrid durante cinco años como mínimo. Los funcionarios que cumplan estos requisitos deberán solicitar la integración en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor del Decreto a que se refiere el párrafo anterior».

Séptima. En casos de extraordinaria y urgente necesidad, el Consejero de la Presidencia, a propuesta del Director General de los Servicios Jurídicos, podrá habilitar a funcionarios de la Comunidad de Madrid que sean Licenciados en Derecho para que ejerzan funciones propias de Letrado, con carácter provisional y sin ocupar, en ningún caso, puesto de Letrado. La habilitación se extinguirá, si antes no es revocada, en el plazo de un año, sin perjuicio de su renovación, si persisten las mismas circunstancias.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. El personal adscrito a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid mantendrá la dependencia orgánica que tuviera

al entrar en vigor la presente Ley hasta que sea aprobada la correspondiente relación de puestos de trabajo.

Segunda. Mientras no entre en funcionamiento el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, sus funciones serán asumidas por el Servicio Jurídico Central.

Tercera. Las habilitaciones actualmente concedidas a funcionarios de la Comunidad de Madrid para que ejerzan funciones propias de Letrado caducarán al año de la entrada en vigor de esta Ley, sin perjuicio de su renovación en los términos de la disposición adicional séptima.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

1. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

2. En especial, quedan derogadas las siguientes disposiciones:

El Decreto de 92/1984, de 27 de octubre, sobre organización de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, así como el Decreto 32/1985, de 11 de abril, que modificó el anterior.

El artículo 4 de la Orden 3333/1989, de 21 de diciembre, de la Consejería de Hacienda, sobre el seguimiento de reclamaciones en materia laboral, planteadas en la vía administrativa o en la judicial, y sobre la ejecución de las sentencias firmes recaídas sobre las mismas.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. El Consejo de Gobierno aprobará las normas reglamentarias de ejecución y desarrollo de la presente Ley.

Segunda. Esta Ley entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Tercera. La presente Ley no será de aplicación a los jueces de Letrado de la Comunidad de Madrid.

Cuarta. En caso de que en los términos de la Ley de

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS SOBRE LA COLEGIACIÓN DEL PERSONAL QUE PRESTA SUS SERVICIOS COMO PROFESIONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, DE 1 DE JUNIO DE 1995

Se ha recibido en esta Centro Director en solicitud de informe

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

Examinada en solicitud, esta Dirección General formula los siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. Según Emilio Llorca [El doctor sobre el colegio profesional y su función social, Ed. Civitas, págs. 174 y ss.] "quedara pendiente que la función pública que corresponde a los Colegios y que los profesionales correspondientes en el ejercicio de su profesión dentro de su ámbito en aquellos casos de profesionales al servicio de algunas de las Administraciones Públicas. En tales casos la relación existente entre el estado del servicio funcional podría considerarse suficiente para garantizar el correcto ejercicio de la profesión por el respectivo profesional disciplinario al que están sujetos los funcionarios. Esta conclusión por falta de un nuevo legal en la literalidad del artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales de 1974, que se refiere a los fines de los Colegios Profesionales, dice a saber "la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional". Si se admitiese como resultado un estado de significado, incluso sería deplorable, la obligación obligatoria de tales profesionales funcionarios.

De hecho en este sentido se pronunció el magistrado Don Juan José de la Cruz en la STC 141/1984, que luego comentamos. A su juicio, lo titulara colegial sobre los miembros de la profesión correspondiente que es cubierta por la relación funcional, y por ello, la colegiación de los profesionales funcionarios resulta de razón de ser.

al amparo de la presente Ley hasta que sea aprobada la correspondiente relación de puestos de trabajo.

Segunda: Mientras no surta su funcionamiento el Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, sus funciones serán asumidas por el Servicio Jurídico Central.

Tercera: Las habilitaciones actualmente concedidas a funcionarios de la Comunidad de Madrid para ejercer funciones propias de Letrado caducarán al año de la entrada en vigor de esta Ley, sin perjuicio de su renovación en los términos de la legislación aplicable.

SELECCIÓN DE DIGITAMENES

1. Queda derogada toda norma que se oponga a la presente Ley.

2. En todo lo no previsto en esta Ley, se aplicará lo establecido en la legislación vigente.

El Decreto de 92/1984, de 21 de octubre, sobre organización de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, así como el Decreto 12/1985, de 11 de abril, que modificó el anterior.

El artículo 4 de la Ley 33/1984, de 21 de diciembre, de la Consejería de Hacienda, sobre el procedimiento de reconocimientos en materia laboral, planteadas en la vía administrativa en la judicial, y sobre la aplicación de las sentencias firmes recaídas sobre las mismas.

DISPOSICIONES FINALES

Primera: El Consejo de Gobierno aprueba las normas reglamentarias de ejecución y desarrollo de la presente Ley.

Segunda: Esta Ley entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS SOBRE LA COLEGIACIÓN DEL PERSONAL QUE PRESTA SUS SERVICIOS COMO PROFESIONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, DE 1 DE JUNIO DE 1998

Se ha recibido en este Centro Directivo su solicitud de informe acerca de la *colegiación del personal que presta sus servicios como profesional al servicio de las Administraciones Públicas*.

Examinada su solicitud, esta Dirección General formula las siguientes:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. Según FANLO LORAS [*El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales*, Ed. Civitas, págs. 134 y ss.], «pudiera pensarse que la función tuitiva que corresponde a los Colegios sobre los profesionales correspondientes en el ejercicio de su profesión fuera innecesaria en aquellos casos de profesionales al servicio de alguna de las Administraciones Públicas. En tales casos la relación estatutaria nacida del vínculo funcional pudiera considerarse suficiente para garantizar el correcto ejercicio de la profesión por el específico régimen disciplinario al que están sujetos los funcionarios. Esta conclusión podría tener apoyo legal en la literalidad del artículo 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales de 1974, que al referirse a los fines de los colegios Profesionales deja a salvo "la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional". Si se admitiese eso, resultaría carente de significado, incluso sería ilegítima, la colegiación obligatoria de tales profesionales funcionarios».

De hecho, en este sentido se pronuncia el magistrado DÍAZ EIMIL en voto particular a la STC 131/1989, que luego comentaremos. A su juicio, la tutela colegial sobre los miembros de la profesión correspondiente queda cubierta por la relación funcional, y, por ello, la colegiación de los profesionales funcionarios carece de razón de ser.

Segunda. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha admitido la colegiación obligatoria de funcionarios, aunque tampoco con carácter necesario en todo caso.

En primer lugar, la Sentencia 69/1985, de 30 de mayo, declaró que la no necesidad de colegiación de los Abogados del Estado era aplicable también a los Letrados de las Comunidades Autónomas. Con posterioridad, esta regla se plasmó en el artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, a cuyo tenor «la colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones Públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral».

Por otro lado, sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1989, de 19 de junio, declaró, en relación con un médico del INSALUD, que la relación funcional no exime de la colegiación correspondiente. Admite esta sentencia que en algunos casos el requisito general de la colegiación obligatoria ceda en relación con ciertos funcionarios que no ejerzan privadamente su profesión, con lo que «viene a privarse de razón de ser el sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos». Ahora bien, como expone en su fundamento jurídico cuarto, tampoco debe excluirse la colegiación en todo caso. Así, por el hecho de ser el médico funcionario, «no por ello deja de ejercer la profesión de médico». La colegiación, añade, está en principio justificada para cualesquiera médicos «sean de instituciones privadas o públicas, porque, en definitiva, esa circunstancia en nada altera la naturaleza de la actividad que, siempre y en todo caso se dirige a unos mismos destinatarios el ejercicio de la medicina, ya en instituciones públicas como privadas. Pues si bien es cierto que aquélla implica una restricción de la libertad de asociación, en su vertiente negativa de libertad de no asociarse, resulta justificada por razón de la tutela del interés general que concurre en el ejercicio de la profesión médica: disciplina profesional, normas deontológicas, tutela de la buena fe de los terceros... cuya protección va unida a la de valores y derechos constitucionales, como la salud, la sanidad y la vida e integridad física de los ciudadanos, que están en juego con ocasión del ejercicio de la profesión médica».

Tercera. A juicio de FANLO LORAS [ob. cit., pág. 137 y ss.], «la colegiación de los funcionarios públicos depende de la respuesta que haya dado o dé el legislador o la Administración. Para el caso de los aboga-

dos, se ha exceptuado. No para los médicos... El ejercicio de su profesión por personas integradas en la Administración Pública, no siempre y en todo caso, precisará la colegiación. Dependerá de la profesión concreta, de la incidencia de esa actuación profesional en el exterior de la Administración, de cómo esté delimitada jurídicamente esa actuación, de la necesaria o no protección de terceros, etc.».

Esto es, la Constitución, que prevé que «la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas» (art. 36), no impone la colegiación en todo caso ni la excluye en todo caso.

Por ello, no parece acertada la solución adoptada por la ley canaria de colegios profesionales, de 23 de mayo de 1990, cuyo artículo 9.3 dispone que «los profesionales titulados, vinculados con alguna de las Administraciones Públicas canarias mediante relación de servicios de carácter administrativo o laboral no precisarán estar colegiados para el ejercicio de funciones puramente administrativas, ni para la realización de actividades propias de la correspondiente profesión por cuenta de aquéllas, cuando el destinatario inmediato de las mismas sea exclusivamente la Administración. En estos casos, la Administración ejercerá la potestad disciplinaria sobre los mismos». Como advierte FANLO LORAS [ob. cit., pág. 139, nota 195], el precepto tiene el mérito de afrontar la problemática examinada pero el inconveniente de dar respuesta general a todos los supuestos propios de cada norma específica, por lo que a buen seguro que ha de plantear dificultades y dudas acerca de si se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional.

Cuarta. Fuera de los excepciones que se establezcan, la regla general ha de ser la de la colegiación obligatoria. Así resulta de la Ley estatal, de 13 de febrero de 1974, cuyo artículo 3.2 dispone que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión», y también de la Ley 19/1997, de 11 de junio, de colegios profesionales de la Comunidad de Madrid, cuyo artículo 3.1 dispone que «es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al colegio correspondiente».

Pero esta regla general puede ser objeto de excepciones, que han de atender a una justificación razonable (por ej., la limitación de la autonomía profesional de los Letrados de los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas y la conveniencia de que queden libres de toda presión proveniente del respectivo colegio en la defensa ante los

tribunales de los intereses de los entes públicos en que prestan servicios) y establecerse por quien sea competente para ello.

Quinta. Queda por determinar quién puede establecer las correspondientes excepciones.

Para FANLO LORAS [*ob. cit.*, pág. 139], «estas excepciones, en todo caso, deben establecerse en la legislación específica creadora de cada colegio profesional [bien sea el Estado o las Comunidades Autónomas]». El Tribunal Constitucional, por su parte, alude, de forma poco precisa, a que «corresponde... al legislador y a la Administración Pública...». Debe, sin embargo, precisarse si es una cuestión en materia de colegios profesionales, de ejercicio de la profesión o de función pública, y, asimismo, en el primer y último caso, si es propia de una norma básica o de una norma de desarrollo, pues en función de la tesis que se adopte puede ser competente el Estado o las Comunidades Autónomas y, en particular, la Comunidad de Madrid.

En virtud del artículo 27 del Estatuto de la Comunidad de Madrid «corresponde a la Comunidad de Madrid el desarrollo legislativo incluida la potestad reglamentaria y ejecución de las siguientes materias, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca... 9. Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos y profesionales». Y a tenor del artículo 38.2 del mismo Estatuto, «el régimen jurídico de la Administración Pública regional y de sus funcionarios será el regulado mediante Ley de la Asamblea, de conformidad con la legislación básica del Estado».

En consecuencia, la Comunidad de Madrid goza de competencia para el desarrollo legislativo de los colegios profesionales y de la función pública, por lo que a ella correspondería decidir la colegiación obligatoria o no de los funcionarios si se considera que tal norma se incluye dentro de este ámbito. Por el contrario, la decisión correspondería al Estado si se estima como norma básica, sea en materia de colegios profesionales o de función pública, y, en todo caso, si se reputa propia del ejercicio de las profesiones.

Como aclara FERNÁNDEZ FARRERES [*Los colegios profesionales a la luz de la Constitución*, obra dirigida por LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, Ed. Civitas, pág. 133], «no resulta procedente dar un tratamiento unitario a los colegios profesionales y a las profesionales tituladas, como si de una misma y única materia se tratase... en efecto, a pesar de la estrecha conexión entre unos y otras, estamos en presencia de materias que, desde la perspectiva de la distribución de competencias, han de

ser objeto de un análisis separado y diferenciado». De hecho, algunos Estatutos de Autonomía han asumido competencias no sólo en relación con los colegios profesionales y otras corporaciones sino también respecto del ejercicio de las profesiones colegiadas, pero no el nuestro, por lo que, en nuestra región, la regulación del ejercicio de las profesiones compete, íntegramente, al Estado.

Y hay que tener en cuenta también la competencia del Estado prevista en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución, esto es, «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», condiciones que no pueden ser reguladas por las Comunidades Autónomas (STC 37/1981, de 16 de noviembre).

En particular, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 42/1986, de 10 de abril, advierte que «la regulación del ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional».

Sobre este extremo, FERNÁNDEZ FARRERES [*ob. cit.*, pág. 140] indica que «si al regular el ejercicio de las profesiones tituladas se está afectando a la libertad profesional, configurada como un derecho fundamental cuyo contenido esencial no puede ser desconocido por el legislador, es claro que las Comunidades Autónomas, aun a pesar del amplio ámbito de actuación que les corresponde, no pueden adentrarse, ni desconocer, las condiciones básicas de ejercicio de las profesiones tituladas... Por ello mismo, la determinación de las condiciones del ejercicio profesional, en sus aspectos básicos, necesariamente se integra en la órbita competencial del Estado».

Sexta. Para FERNÁNDEZ FARRERES [*ob. cit.*, págs. 149 y 150], corresponde a la legislación básica estatal en materia de colegios profesionales «determinar la necesidad de colegiación para ejercer la profesión en el ámbito territorial del correspondiente colegio... Criterio que se impondría a las Comunidades Autónomas, que no podrían ya disponer la colegiación voluntaria... Todo esto no quiere decir que la propia Ley básica estatal no pueda —y deba— prever excepciones a la colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión... Las excepciones deberían quedar referidas a aquellos profesionales-funcionarios o en régimen estatutario, cuya actividad no repercute o no tiene consecuencias directas para terceros, sino que es la propia Administración o ente público administrativo el receptor de los servicios profesionales (quedaría, así, por ejemplo, cubierta la actual situación de

no colegiación de los abogados al servicio exclusivo de las Administraciones Públicas, aunque no sería ese el caso, sin embargo, de los médicos del INSALUD o dependientes de instituciones públicas».

Aunque no se haya dictado todavía una ley básica estatal en materia de colegios profesionales, la colegiación obligatoria está establecida por la Ley vigente y, en cuanto norma básica, debe ser respetada por las Comunidades Autónomas. El Tribunal Constitucional ha entendido que, en defecto de leyes básicas estatales, las Comunidades Autónomas pueden proceder a su desarrollo legislativo deduciendo los principios básicos de la Constitución y la legislación vigente (S. 26 de julio de 1982).

Con todo, a juicio de este Centro Directivo quizá la fundamentación de la competencia estatal no deba radicar tanto en las bases de los colegios profesionales sino en la plena competencia en materia de ejercicio profesional.

Las excepciones a la colegiación obligatoria se fundan en la particularidad del ejercicio de la profesión, por lo que es el Estado, competente en la materia, al que le corresponde establecerlas. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 131/1989, de 17 de julio, admite «que puedan existir profesiones tituladas cuyo ejercicio no venga condicionado o sujeto a la previa colegiación, por haberlo decidido así el legislador en atención a las características mismas de la profesión...». Ya la Sentencia del mismo tribunal 56/1990, de 29 de marzo, hace referencia a la exigencia de colegiación de los abogados en relación a «una clara dimensión procesal» y rechaza que con ello se desconozcan las competencias autonómicas en materia de colegios profesionales. Y juega también aquí el mantenimiento de la igualdad básica en el ejercicio profesional dentro de todo el territorio nacional (art. 149.1.1.º CE).

Por otro lado, no parece que el problema suscitado tenga incardinación en la legislación de la función pública, como resulta de los antecedentes legislativos, que han tratado la cuestión extramuros de la legislación de función pública, concretamente en la legislación de colegios profesionales y la sectorial relativa a la profesión, como la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a los abogados. Y es que la normativa de función pública se refiere a la organización y desarrollo de las funciones de los empleados públicos, pero no empuja la regulación del ejercicio de las profesiones en cuanto dichos empleados las desempeñen. En cualquier caso, si de un tema de función pública se

tratase, también podría justificarse la competencia estatal por considerarlo integrado dentro de lo básico.

De todos modos, sea el asunto planteado propio de la normativa del ejercicio de las profesiones o de las bases de los colegios profesionales o la función pública, compete al Estado su regulación. Y no a las Comunidades Autónomas ni, desde luego, a los propios colegios profesionales. Quiere esto decir que habrá que estar a las normas estatales, sea la Ley de Colegios Profesionales, la Ley Orgánica del Poder Judicial o los Estatutos Generales aprobados por Decreto acordado en Consejo de Ministros. Y, por supuesto, esta conclusión se aplica de forma indiferente para los funcionarios públicos y otros empleados públicos, como los laborales.

Las Comunidades Autónomas en sus normas y los colegios profesionales en sus estatutos podrán, a lo sumo, transcribir las normas estatales (por ej., art. 3.1 de la Ley 19/1997) pero sin que ello implique ni pueda implicar innovación alguna del ordenamiento jurídico. Es más, una técnica normativa depurada aconseja que ni las Comunidades Autónomas ni, desde luego, los colegios profesionales se pronuncien sobre el particular.

Por todo lo expuesto, y siguiendo el orden de la consulta, se expresan las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera. La solución que se adopte se ha de aplicar, por igual, a funcionarios públicos y empleados laborales de la Administración.

Segunda. La regla general establecida en nuestro ordenamiento jurídico es que la colegiación obligatoria se aplica a los empleados públicos, salvo excepciones.

Tercera. Las excepciones han de ser establecidas por el Estado.

Cuarta. Los estatutos particulares de los colegios presentados a su inscripción registral no pueden alterar el régimen establecido por el Estado. Desde luego, su modificación sería nula de pleno Derecho e incluso cualquier referencia al asunto debería reputarse mera aplicación de las normas estatales y, por tanto, calificarla si no como inválida sí como ineficaz por sí sola, puesto que a lo que habrá que estar es, en todo caso, a las normas estatales.

**INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS SOBRE
LA REPERCUSIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR
AÑADIDO, DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1998**

Se ha recibido en este Centro Directivo del asesoramiento jurídico su solicitud de informe sobre el escrito presentado en nombre de la empresa ..., S.A. en relación con la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Brevemente, se pueden expresar los siguientes

ANTECEDENTES

Primero. En el año 1993, la Comunidad de Madrid adjudicó a la citada empresa un contrato de asistencia técnica para la prestación de medios aéreos y su empleo en la extinción de fuegos forestales durante la campaña del año 1993. A tenor del apartado undécimo del pliego de prescripciones técnicas particulares, el precio quedaba exento del IVA (Impuesto sobre el Valor Añadido) en virtud del artículo 22.4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora de dicho impuesto.

Prestados los servicios objeto del contrato, la empresa giró correspondientes facturas, con fecha 31 de julio de 1993, sin incluir partida alguna por repercusión del IVA.

Segundo. Posteriormente, D. ..., en nombre de la empresa, presenta un escrito, el 4 de agosto de este año 1998, ante la Consejería de Presidencia y dirigido al Ilmo. Sr. Director General de Protección Ciudadana, en el que afirma que la Inspección de Tributos ha comunicado verbalmente a la empresa que la prestación de servicios de la empresa no estaba exenta del impuesto.

Aparte de no justificar esa comunicación, la empresa se limita a manifestar los términos de la corrección de las facturas emitidas, «en la medida en que la Administración tributaria levantara acta de inspección», sin que, sin embargo, el escrito contenga una expresa reclamación de los importes correspondientes al IVA que supuestamente debió ser repercutido a la Comunidad de Madrid.

A los anteriores antecedentes, son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. El impuesto sobre el valor añadido, regulado por la Ley de 28 diciembre 1992 (en adelante, LIVA), sobre la base de los reglamentos y directivas comunitarias y el perfeccionamiento del sistema ya vigente, y su Reglamento de 29 diciembre 1992, es un impuesto indirecto que grava las entregas de bienes y prestaciones de servicios por empresarios o profesionales en el ejercicio de sus actividades así como la importación de bienes, tomando como base el aumento de valor producido en cada fase.

En este impuesto, los sujetos pasivos (como los empresarios que prestan servicios) están obligados, en general, a repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación. En este sentido, el artículo 88 LIVA establece, en su apartado uno, que «los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación gravada, quedando éste obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en esta Ley, cualesquiera que fueran las estipulaciones existentes entre ellos...», y su apartado dos recoge que «la repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento análogo, que podrán emitirse por vía telemática, en las condiciones y con los requisitos que se determinen reglamentariamente...».

La repercusión es uno de los institutos básicos del IVA (el otro es la deducción) y con él se consigue, de una parte, configurar el impuesto como tributo que grava el consumo (a través de la cadena de repercusiones se llega al consumidor final), y de otro lado, determinar la cantidad que haya que ingresar en el Tesoro Público o la cantidad que debe devolverse a los sujetos pasivos, poniendo en relación las cuotas devengadas y repercutidas con las cuotas soportadas. La repercusión se configura como un derecho y un deber del sujeto pasivo. Un derecho porque, en principio, puede imponer la repercusión al adquirente del bien o servicio, y como un deber, por la imposibilidad de renunciar a la repercusión (Cfr. STS 30-11-1991, Ar. 3442).

En definitiva, el principio general de la repercusión en el IVA se puede enunciar diciendo que los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre la persona para quien se realice la operación gravada y correlativamente ésta está obligada a soportar la repercusión siempre que se ajuste a lo dispuesto en la normativa en vigor, sin que los respectivos deberes de repercutir y de so-

portar puedan ser alterados por pactos, convenios y estipulaciones entre los intervinientes en las operaciones sujetas.

Debe aclararse que el sujeto pasivo es la empresa, toda vez que el artículo 84.1.1.º LIVA determina que serán sujetos pasivos del impuesto «las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de empresarios o profesionales y realicen las entregas de bienes o presten los servicios sujetos al impuesto...». La Comunidad de Madrid no es sujeto pasivo, aunque esté obligada a soportar la repercusión del impuesto cuando proceda (art. 88 LIVA). El carácter de sujeto pasivo, en calidad de contribuyente, de la empresa resulta confirmado por las reglas generales de los artículos 30 y 31 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963 (LGT). Conforme al primero de ellos, «es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que según la Ley resulta obligada al cumplimiento de las prestaciones tributarias, sea como contribuyente o como sustituto del mismo». Ello es completado por el artículo 31 de la citada Ley que, en su primer apartado, dispone que «es contribuyente la persona natural o jurídica a quien la Ley impone la carga derivada del hecho imponible» y, en su segundo apartado, añade que «nunca perderá su condición de contribuyente quien, según la Ley, deba soportar la carga tributaria, aunque realice su traslación a otras personas» (caso del artículo 88 LIVA).

Por ello, cuando el escrito comentado, en el apartado séptimo de su escrito, dice que «le comunicamos formalmente en su condición de contribuyente por IVA», el «su» debe entenderse referido a la propia empresa, como resulta de los citados artículos 31 y 32 LGT, invocados expresamente por dicho escrito.

II. El mismo apartado séptimo del escrito formulado en nombre de ..., S.A. cita el artículo 32 de la Ley de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LAP), que se refiere a la representación ante las Administraciones Públicas.

Sin embargo, el citado precepto, en su apartado tercero, ordena que «para formular solicitudes ... en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación».

En el presente caso, no se acredita en modo alguno la representación de ..., S.A. Por ello, salvo que D. ... tenga ya reconocida la representación de la empresa, el firmante del escrito no gozaría de representación suficiente para formular una solicitud, si bien, «la falta o

insuficiente acreditación de la representación no impedirá que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquélla o se subsane el defecto dentro del plazo de diez días que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran» (art. 32.4 LAP).

Como hemos dicho en el antecedente segundo de este dictamen, el escrito comentado no formula ninguna reclamación expresa. Sin embargo, tampoco parece que debe considerarse como un acto o gestión de mero trámite, para el cual se presume la representación (art. 32.3 *in fine* LAP). De hecho, a pesar de la omisión de una reclamación expresa del importe debatido, el escrito termina con una solicitud: «SOLICITA que tenga por presentado este escrito, junto la documentación que se acompaña y por hechas las precedentes manifestaciones, a los efectos pertinentes en Derecho».

En definitiva, salvo que D. ... tenga ya reconocida la representación de la empresa, procedería conceder una plazo de 10 días para subsanar la falta de acreditación de la representación de la misma.

III. En el presente caso, tanto la Comunidad de Madrid como el contratista entendieron que la prestación de servicios objeto del contrato quedaba exenta del IVA al amparo del artículo 22.4 de su Ley reguladora.

A tenor de dicho precepto, «estarán exentas del impuesto, en las condiciones y con los requisitos que se establezcan reglamentariamente, las siguientes operaciones... Cuatro. Las entregas, transformaciones, reparaciones, mantenimiento, fletamento total o arrendamiento de las siguientes aeronaves: 2.º Las utilizadas por entidades públicas en el cumplimiento de sus funciones públicas. La exención está condicionada a que el adquirente o destinatario de los servicios indicados sea la propia compañía que realice las actividades mencionadas y utilice las aeronaves en el desarrollo de dichas actividades o, en su caso, la propia entidad pública que utilice las aeronaves en las funciones públicas...».

Según las manifestaciones del escrito sometido a dictamen de este Centro Superior Consultivo, la Inspección de Tributos considera que los servicios prestados no tienen la consideración ni de arrendamiento ni de fletamento ni de mantenimiento, por lo que no sería aplicable la indicada exención.

Tradicionalmente, se ha mantenido que las exenciones, al igual que los hechos imposables, debían ser objeto de una interpretación estricta, al reputarse como excepcionales o singulares las normas que

las establecen. Por el contrario la doctrina moderna ha puesto de manifiesto que las normas sobre exenciones y beneficios fiscales se aplican e interpretan igual que las restantes, si bien queda excluida su aplicación analógica, por expreso mandato del artículo 24.2 LGT, por tratarse de normas con presupuesto de hecho exclusivo [Cfr. PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario. Parte general*, Ed. Civitas, 7.º ed., págs. 84 y 85; y HERRERA MOLINA, Pedro Manuel, *La exención tributaria*, Ed. Colex, págs. 208 y ss.].

En esta línea y con arreglo al artículo 23.1 LGT, «las normas tributarias se interpretarán con arreglo a los criterios admitidos en Derecho», a lo que añade su apartado segundo que «en tanto no se definan por el ordenamiento tributario, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda».

Para determinar qué se entienda por arrendamiento o por fletamento de aeronaves, podemos acudir a la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1990 (Ar. 6.181), cuando en su fundamento jurídico cuarto, expresa lo siguiente:

«Nuestro Derecho sustantivo no regula ni el fletamento ni el arrendamiento de aeronaves. La doctrina acude, por ello, a la aplicación analógica de las normas propias del Derecho marítimo para decidir las cuestiones cuya regulación no la haya previsto la libertad contractual de las partes. Según el Derecho marítimo, se entiende genéricamente como contrato de fletamento aquel que tiene por objeto la explotación de un buque y consiste en proporcionar su utilización a persona distinta del propietario. Otra forma de cuestión del uso es el arrendamiento, para cuya distinción con el fletamento se destaca por la doctrina que en el arrendamiento el propietario de la nave se desliga del resultado económico de la empresa de transporte, mientras que en el fletamento propiamente dicho el fletante no se desliga de la perfecta consumación de la obra. Sobresale en el fletamento el transporte sobre la cesión de la cosa».

Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987 (Ar. 8.908) distingue, a efectos fiscales, entre arrendamiento y fletamento. Trata del llamado contrato Time-Charter (una especie del fletamento), «entendiéndose como tal aquél en virtud del cual una persona (armador fletante) cede a otra (fletador) el servicio o explotación de un buque por

tiempo limitado y precio cierto, corriendo a cargo del armador la gestión de provisiones y salarios, seguro del buque, dotación y pertrechos de cubierta y maquinaria y estando a cargo del fletador el combustible, gastos y derechos de puertos, de aduanas y en general todos los gravámenes y gastos no pactados expresamente, utilizando el fletador dicho buque para el transporte de mercancías propias o ajenas, definición con la que están plenamente de acuerdo ambas partes, no cabe la menor duda que constituye una operación de carácter oneroso y típica del comercio marítimo sujeta al Impuesto de Tráfico de Empresas que no participa íntegramente del contenido del contrato de arrendamiento de buques puesto que en éste, el objeto del contrato es solamente, el buque-objeto, y en el Time-Chárter, lo son también la tripulación, pertrechos, provisiones, seguros, etc., por ello debe ser calificada como figura atípica distinta del arrendamiento, y así lo ha venido entendiendo la Dirección General de Impuestos Tributarios, en Resolución de 14 de abril de 1966...». A ello añade, en su fundamento jurídico segundo, que «el contrato de fletamento... no constituye un estricto arrendamiento de cosas por cuanto si bien se cede la utilización de un buque o aeronave por tiempo cierto y merced al pago de un precio, canon o renta, las obligaciones del fletante van más allá que las del simple arrendador desde el momento que asume, también, las concretas obligaciones de entregar y mantener el buque armado y equipado y asumir la gestión náutica del mismo, lo que lo hace distinto del arrendamiento, como ha dicho esta Sala en sus Sentencias de 17 de octubre de 1972 (Ar. 4.091) (a efectos del Impuesto sobre las Rentas del Capital), 7 de junio de 1971 (Ar. 3.103) (en materia de Contrabando) y 1.º de marzo de 1957 (Ar. 823) (respecto al entonces Impuesto de Derechos Reales)...».

De lo anterior, podemos deducir que el objeto del contrato entre la Comunidad de Madrid y ... no era un arrendamiento de aeronave, por cuanto no sólo se contratan determinados helicópteros sino que se incluyen «tripulaciones especializadas» (apartado primero del pliego de prescripciones técnicas). Pero el artículo 22.4 LIVA no sólo prevé el arrendamiento sino también el fletamento total, y éste es el caso.

No se trata de una aplicación analógica (prohibida por el artículo 24.2 LGT) de los contratos de arrendamiento o fletamento sino de una interpretación de éste, dentro del cual entra, perfectamente, el contrato suscrito entre las partes. Dicho contrato cuadra en la definición del fletamento por parte de la Sentencia de 3 de diciembre de 1987: «se cede la utilización de un buque o aeronave por tiempo cierto

y merced al pago de un precio, canon o renta, [pero] las obligaciones del fletante van más allá que las del simple arrendador desde el momento que asume, también, las concretas obligaciones de entregar y mantener el buque armado y equipado y asumir la gestión náutica del mismo».

En el presente caso, estamos ante un contrato de fletamento, tal y como es definido por la jurisprudencia citada. Ciertamente no es un fletamento para el transporte de personas o mercancías sino para el uso de la aeronave, pero la utilización para el transporte no es esencial al fletamento, según se desprende de la propia jurisprudencia citada.

IV. De todos modos, aun cuando pudiera considerarse dudosa la aplicación de la exención, existen diversos argumentos que se oponen al abono del importe del IVA no repercutido en su momento y que, supuestamente, hubiera debido serlo.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en principio, la repercusión, según el artículo 88.3 LIVA, «deberá efectuarse al tiempo de expedir y entregar la factura o documento análogo correspondiente», y, conforme al apartado cuatro del propio artículo 88 LIVA, «se perderá el derecho a la repercusión cuando haya transcurrido un año desde la fecha del devengo».

Por consiguiente, en principio, habiendo transcurrido en exceso el plazo de un año desde la prestación del servicio sin que haya tenido lugar la repercusión, el empresario ha perdido el derecho a repercutir la cuota correspondiente a la Comunidad de Madrid (Cfr., por ejemplo, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 29 de julio de 1997, Jurisprudencia Tributaria n.º 1415).

En el presente caso no ha habido repercusión alguna. Por ello, a la luz de la redacción original de la Ley, consideramos que es de aplicación el citado artículo 88.4 LIVA y no el artículo 89 de la misma Ley, sobre «rectificación de las cuotas impositivas repercutidas», que presupone la existencia de una repercusión, aunque incorrecta.

Sin embargo, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, modificó el artículo 89 LIVA, introduciendo un apartado segundo, conforme al cual «lo dispuesto en el apartado anterior también será de aplicación cuando, no habiéndose repercutido cuota alguna, se hubiese expedido la factura o documento análogo correspondiente a la operación».

Puede plantearse, entonces, la aplicación o no al caso debatido del citado precepto. En principio, las normas tributarias, como las demás normas jurídicas, no tienen carácter retroactivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código Civil. No obstante, en el presen-

te caso, estaríamos ante un efecto posterior (la rectificación) respecto de un hecho anterior a la entrada en vigor de la Ley, lo que es admitido por la jurisprudencia, al no constituir ello retroactividad en sentido propio (Cfr. STS 14-5-1993, Ar. 3.387; y 18-12-1997, Ar. 510).

Pero, aun en el caso de que fuese aplicable el artículo 89 LIVA, tampoco procede el abono de las cantidades correspondientes a la empresa.

Conforme al artículo 89.3 LIVA, redactado por la citada Ley 13/1996, «no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, no procederá la rectificación de las cuotas impositivas repercutidas en los siguientes casos: 1.º Cuando la rectificación no esté motivada por las causas previstas en el artículo 80 de esta Ley, implique un aumento de las cuotas repercutidas y los destinatarios de las operaciones no actúen como empresarios o profesionales del impuesto, salvo en supuestos de elevación legal de los tipos impositivos, en que la rectificación podrá efectuarse en el mes en que tenga lugar la entrada en vigor de los nuevos tipos impositivos y en el siguiente. 2.º Cuando sea la Administración Tributaria la que ponga de manifiesto, a través de las correspondientes liquidaciones, cuotas impositivas devengadas y no repercutidas mayores que las declaradas por el sujeto pasivo y la conducta de éste sea constitutiva de infracción tributaria».

De ser aplicables las normas sobre rectificación, nos encontraríamos, cuando menos, en el primer supuesto, pues la Comunidad de Madrid no actúa como empresario o profesional del impuesto sino como consumidor final y se produciría un «aumento de las cuotas repercutidas» debido a un supuesto error y no al aumento legal de cuotas. Y también podría concurrir en segundo supuesto, en cuanto la Administración tributaria llegue a levantar acta de infracción a la empresa por la falta de liquidación y pago del IVA correspondiente.

A mayor abundamiento, a tenor del artículo 89.1 LIVA, redactado por la citada Ley 13/1996, «la rectificación deberá efectuarse en el momento en que se adviertan las causas de la incorrecta determinación de las cuotas o se produzcan las demás circunstancias a que se refiere el párrafo anterior, siempre que no hubiesen transcurrido cinco años a partir del momento en que se devengó el impuesto correspondiente a la operación o, en su caso, se produjeron las circunstancias a que se refiere el citado artículo 80» (que se refiere a la modificación de la base imponible, no aplicable al caso presente). En el supuesto examinado, el devengo del impuesto, que se produce cuando se prestan, ejecutan o efectúan las operaciones gravadas (art. 75.1.2.º LIVA). No

consta en este momento la fecha de las operaciones, pero, al menos en el caso de la primera factura, de fecha 31 de julio de 1993, se trataría de operaciones anteriores a los cinco años anteriores a la formulación del escrito comentado, presentado ante la Comunidad de Madrid el día 4 de agosto de 1998, por lo que ya no cabría rectificación (si es que procediera).

V. A tenor del artículo 88.6 LIVA, «las controversias que puedan producirse con referencia a la repercusión del impuesto, tanto respecto a la procedencia como a la cuantía de la misma, se considerarán de naturaleza tributaria a efectos de las correspondientes reclamaciones en la vía económico-administrativa».

A este respecto, parece existir una contradicción entre diversos pronunciamientos jurisprudenciales. Así, mientras en la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de 3 de febrero de 1993 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1991 (Ar. 3.446) se reafirma la naturaleza tributaria de la repercusión, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1993 (Ar. 2.000) y de 27 de enero de 1996 (Ar. 733) se indica que la reclamación de las cantidades repercutidas es una cuestión privada que debe sustanciarse en la jurisdicción civil.

Sin embargo, de acuerdo con TEJERIZO LÓPEZ [en la obra colectiva *Curso de Derecho Tributario. Parte especial*, Ed. Marcial Pons, 13.ª ed., págs. 607 y 608], «la contradicción... es más aparente que real: si lo que se discute es una cuestión relativa a los aspectos esenciales de la repercusión (su procedencia, la cuantía de la misma, el momento en que debe efectuarse, su posible rectificación, etc.) es evidente que tiene naturaleza tributaria y que debe discutirse primero ante los tribunales económico-administrativos y después en vía contencioso-administrativa. Si, por el contrario, lo que se discute, o mejor dicho lo que se exige, es el pago mismo de la cantidad repercutida, la cuestión tiene una clara naturaleza privada, porque, en definitiva, no es más que la exigencia de una cantidad debida, y por tanto los problemas que se planteen al respecto deben sustanciarse en vía civil».

Ello, no obstante, debe precisarse cuando la repercusión se efectúa o pretende efectuar a un ente público como consecuencia de un contrato administrativo, en cuyo caso la reclamación del pago debe entablarse ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, una vez agotada la vía administrativa (art. 7 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995; y STS 1.º 11 de julio de 1988, Ar. 5.603; y STS 4.º 5 de octubre de 1988, Ar. 7.441, con

cita de STS 25 de junio de 1981, Ar. 2.483; 7 de junio de 1982, Ar. 3.615; y 16 de diciembre de 1987, Ar. 9.662).

En el presente supuesto, como hemos visto anteriormente, no se trata de la reclamación de un pago sino del planteamiento de la procedencia o no de la rectificación de la no repercusión inicial. A tal efecto, resulta de aplicación, el artículo 117 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, de 1 de marzo de 1996, cuyo apartado primero dispone que «se regirán por lo dispuesto en este artículo y, en su defecto, por las normas relativas al procedimiento en única o primera instancia, las reclamaciones tendentes a hacer efectivos u oponerse a actos de repercusión tributaria obligatoria o al reembolso de tributos satisfechos por sustitutos del contribuyente».

La doctrina mayoritaria considera que pueden acudir a la vía económico-administrativa tanto el sujeto pasivo que pretende la repercusión como quien la rechaza [Cfr. SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis, *Problemas procesales de la repercusión tributaria*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública n.º 83, pág. 932; y HUESCA BOADILLA, Ricardo, en la obra colectiva *Las reclamaciones económico-administrativas*, Ed. Aranzadi, págs. 844-846]. Y, así, el citado precepto alude a «las reclamaciones tendentes a hacer efectivos u oponerse a actos de repercusión tributaria obligatoria».

Por tanto, la reclamación económico-administrativa podría ser suscitada tanto por la empresa como por la Comunidad de Madrid. Ésta no está obligada a plantearla sino que puede rechazar la repercusión pretendida y, entonces, sería la empresa la que debería acudir a la vía económico-administrativa.

La reclamación debería deducirse ante el tribunal económico-administrativo correspondiente al domicilio de la persona contra quien se dirija la reclamación (art. 117.2), esto es, el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña si la presenta la Comunidad de Madrid y el de Madrid si lo hace... Y, conforme al apartado tercero del citado artículo 117 del Reglamento, la reclamación deberá interponerse en el plazo de quince días, contados desde que la repercusión o su rechazo hayan sido comunicados en forma fehaciente al reclamante o, en su defecto, desde que exista constancia de que éste haya tenido conocimiento de ello. Debe entenderse días hábiles, excluyendo los festivos, de acuerdo con el artículo 63.1 del propio Reglamento.

Siguiendo a HUESCA BOADILLA [Ob. cit., págs. 851 y 852], en el caso de que el que formule la reclamación sea el repercutente, sujeto pasivo del impuesto, como lo decisivo es la negativa del repercutido a hacer

efectiva la repercusión, el *dies a quo*, día inicial del cómputo, no puede ser otro que el siguiente al que en que exista constancia de que el citado se niega a soportar la traslación tributaria que le haya comunicado de forma fehaciente el sujeto pasivo.

De todo lo anterior se deduce que a la Comunidad de Madrid le basta comunicar fehacientemente a la empresa su negativa a la repercusión para que comience el plazo de quince días para que aquella debe formular la correspondiente reclamación ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid.

Y, en consecuencia, se formulan estas

CONCLUSIONES

Primera. Salvo que D. ..., firmante del escrito, tenga ya reconocida la representación de la empresa ..., S.A., procedería concederle un plazo de 10 días para subsanar la falta de acreditación de la representación de la misma.

Segunda. De todos modos, no procede el abono de las cantidades correspondientes al Impuesto sobre el Valor Añadido supuestamente devengadas y no repercutidas, por las razones que en el cuerpo de este escrito se contienen.

Tercera. Contra la negativa de la Comunidad de Madrid, la empresa podrá reclamar, en el plazo de quince días hábiles, ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid.

REVISTA DE LIBROS ¹

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (dir.): *Lecciones de derecho del medio ambiente*. Editorial Lex Nova. 485 páginas. Valladolid, 1998.

Es una afirmación común señalar cómo el medio ambiente es una de las materias de las que más se habla y menos se hace. Pues bien, podríamos añadir nosotros que menos se conoce. En efecto, el llamado Derecho Ambiental, precisamente por su novedad, es un gran desconocido para la mayoría de los juristas, probablemente, como ocurre con el Derecho Comunitario o el Derecho de la Competencia, porque no existe una disciplina autónoma que se dedique al tema, y en particular, porque todavía en los Planes de Estudio de las Facultades de Derecho no existe una asignatura con tal nombre. Produce un cierto estupor la, en nuestra opinión, cada vez mayor lejanía que existe entre las aulas universitarias y la demanda social de conocimientos y práctica jurídica.

El libro que comentamos es, precisamente, un manual universitario de Derecho del Medio Ambiente, creado por un grupo de profesores del Depar-

¹ Esta sección ha sido elaborada por Esther ZAMORA MARTÍNEZ, Letrada de la Comunidad de Madrid.

...de la Universidad de Castilla-La Mancha, con el objeto de cubrir la enseñanza de esta asignatura, que como tal, únicamente se establece de forma obligatoria o troncal en los Planes de Estudio de la nueva Licenciatura en Ciencias Ambientales, si bien también se abre camino, de forma siempre optativa, en las Licenciaturas en Derecho.

El contenido del libro es heredero de esa forma de literatura jurídica denominada «Manual», a veces injustamente minusvalorada, pero que sin embargo ha dado tan grandes ejemplos en la Universidad española, ya que no se puede olvidar que autores como Garrigues, Uría, Castán o García de Enterría escribieron muchas de sus mejores páginas precisamente en este género. Ciertamente esta obra no contiene las innovaciones y depurada técnica jurídica de las obras anteriores, pero sin embargo cumple bien su función, como es establecer un conocimiento general y suficientemente completo de la materia. Sin embargo, además de las limitaciones propias de un libro de esta clase, derivadas de su contenido general que determina que a veces el jurista práctico no encuentre solución a sus problemas, la obra posee otra limitación que es preciso destacar: Como es sabido, el Derecho del Medio Ambiente

es en realidad una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que justifica la enorme importancia de la legislación autonómica sobre la materia, que el libro únicamente recoge como breves apuntes, lo que determina un cierto carácter incompleto a su contenido.

Expuestas las limitaciones de la obra, resultaría muy injusto no aludir a sus numerosos aciertos. En efecto, el libro estudia la regulación jurídica del medio ambiente desde una perspectiva compleja, lo que acrecienta el interés por cada uno de los temas objeto de estudio: Protección ambiental de las aguas continentales y el medio marino, los espacios naturales protegidos, la fauna y flora silvestre, la protección de los bosques, la contaminación atmosférica y acústica, y el régimen jurídico de los residuos. Contiene también el libro unos interesantes estudios sobre el derecho de daños ambientales, la protección fiscal del medio ambiente, y el derecho penal relacionado con la materia.

En conclusión, un digno manual sobre el Derecho del Medio Ambiente que puede perfectamente figurar en las bibliotecas de los juristas que, sin aplicar diariamente la normativa sectorial correspondiente, no quieran dejar de conocer los principios generales de esta novedosa rama del Derecho.

PAREJO, Luciano (dir.): *Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*. Coedición Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente (Universidad Carlos III) y Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.— 481 páginas. Madrid, 1998.

Existen pocas materias en las que el jurista no iniciado tenga tantas dificultades

como en lo relativo al urbanismo. Sin embargo, este panorama general se ha complicado más, si cabe, después de que la STC 61/1997, de 20 de marzo, estableciera el principio general de que el urbanismo y la ordenación del territorio es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, declarando la inconstitucionalidad de la mayoría de la legislación estatal sobre la materia. Esta situación ha determinado que ya no pueda hablarse en España sino de diecisiete ordenamientos jurídicos en esta materia, unidos únicamente por normas estatales sobre valoraciones del suelo o principios generales que garanticen la igualdad en el derecho de propiedad. Este resultado, que a algunos les parece discutible, pero no deja de ser una consecuencia lógica del Estado Autonomático, origina la absoluta necesidad de que empiecen a aparecer monografías dedicadas a cada uno de los ordenamientos jurídicos urbanísticos. Es por ello que Luciano Parejo, Catedrático de Derecho Administrativo, como director de un conjunto de profesores de la Universidad Carlos III, ha establecido como objetivo elaborar un manual para cada una de las Comunidades, siendo la de Madrid la primera que es objeto de publicación.

En orden al contenido de la obra, es interesante destacar que no se limita a un examen, más o menos sistemático, de la legislación madrileña en la materia, sino que en el libro se dedica amplio espacio al examen de cuestiones generales relativas a la articulación del ordenamiento urbanístico como tal, sin limitarse a su contenido. Así, la obra estudia ampliamente el fundamento, condicionamientos, alcance y composición del ordenamiento autonómico de la ordenación territorial y urbanística, dedicando especial atención a la doctrina e incidencia de la STC 61/1997 tanto en el marco legisla-

tivo estatal como en el madrileño, incluso realizando un breve estudio de la Ley estatal 7/1997, de 14 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, e igualmente también merece su atención el régimen urbanístico de la propiedad inmobiliaria en la legislación estatal y su incidencia en la legislación de la Comunidad de Madrid. Merece destacarse en este ámbito cómo las tesis que el libro defiende, pese a no estar contrastadas con la opinión de nuestros Tribunales por razones obvias, están expuestas con gran claridad, lo que en esta materia es de enorme importancia.

Además de explicar el marco general, el libro, como no podía ser menos, dedica gran extensión a las instituciones específicas de Madrid, como la novedosa Comisión de Concertación de la Acción Territorial, instrumento básico de concertación interadministrativa y social, y las actuaciones de interés regional (Zonas de Interés Regional de actuación inmediata y diferida y Proyectos de alcance Regional). Son también objeto de estudio las diferentes figuras de planeamiento que coexisten en la Comunidad de Madrid, destacando con especial incidencia el Plan Regional de Estrategia Territorial.

Sin embargo, en nuestra opinión una de las mayores virtudes del libro es establecer una regulación completa, en la medida compatible con su extensión, de los problemas urbanísticos, y de esta forma trata aspectos tales como la gestión urbanística, la protección de la legalidad urbanística y la inspección, las infracciones y sanciones en la materia, la intervención pública en el mercado del suelo y las licencias urbanísticas, así como instrumentos decisivos en el campo urbanístico como las expropiaciones urbanísticas y los derechos de tanteo y retracto.

En definitiva, nos encontramos con una obra que, sin ser exhaustiva y completa en algunos temas, lo cierto es que ofrece un panorama lo suficientemente completo del ordenamiento jurídico urbanístico aplicable en la Comunidad de Madrid, lo que la convierte en muy aconsejable en los tiempos de profunda mudanza legislativa que se producen en la actualidad en dicha área del Derecho.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio: *Derecho público de la competencia*. Coedición del Instituto de Estudios del Libre Comercio y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 670 páginas. Madrid, 1998.

El Derecho de la Competencia, de origen e inspiración anglosajona, ha tenido en España tradicionalmente una importancia muy inferior a la obtenida en el resto de los países europeos, probablemente porque, como dice el Profesor García de Enterría, autor del Prólogo de la obra, hasta 1963 el único tratamiento dado a la materia en nuestro país fue el penal (a través del tipo de «maquinaciones para alterar el precio de las cosas»). Sin embargo, y pese a que en dicho año se establece una legislación que intenta recoger las nuevas técnicas de protección del mercado de inspiración comunitaria, no es sino desde la adhesión de España a la Comunidad cuando la eficacia directa de los artículos 85 y ss. del Tratado de Roma, y posteriormente la Ley 16/89, consagra la importancia de este área del Derecho.

El profesor Soriano, Catedrático de Derecho Administrativo en Extremadura, y otrora Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, intenta recoger los aspectos quizá menos tra-

tados de la materia en la bibliografía disponible en español: los jurídico públicos. Al tratarse de una disciplina que en España ha sido tradicionalmente objeto de estudio por los mercantilistas, los aspectos públicos de esta auténtica rama de lo que se ha denominado «Derecho del Mercado» han sido tradicionalmente relegados en nuestro país. Contra ello reacciona Soriano, pasando revista preliminarmente a aspectos tales como el modelo económico de nuestra Constitución, en especial la aparente contraposición entre la proclamación general de la economía de libre mercado del artículo 38 de la Constitución, en contraposición al principio planificador del 128. También desde el planteamiento constitucional enjuicia Soriano si la defensa de la competencia se puede considerar o no comercio interior, aspecto nada baladí teniendo en cuenta los títulos competenciales entre el Estado y las Comunidades. Sin embargo, el núcleo de la obra lo dedica el profesor Soriano a desbrozar un aspecto poco comentado en nuestra literatura, como es el procedimiento ante los órganos de defensa de la competencia españoles, esto es, el Servicio de Defensa de la Competencia, y el Tribunal de la Competencia, órgano de la denominada Administración independiente, aun cuando funcionalmente la jurisprudencia comunitaria haya reconocido su carácter jurisdiccional.

Sin embargo, debe destacarse cómo una de las mayores aportaciones de este trabajo de Soriano es precisamente el gran número de pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia que contiene. En efecto, como es sabido, el Derecho de la Competencia es, en general, objeto de aplicación tanto por las autoridades nacionales como por los órganos comunitarios en virtud del llamado principio de doble jurisdicción. Así como la jurisprudencia

dictada por los órganos comunitarios (actualmente y de forma principal el Tribunal de Primera Instancia), es fácilmente localizable, no ocurre así con las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia, únicamente accesibles a través del Boletín del Ministerio de Economía y Hacienda. La obra del profesor Soriano supone un importante esfuerzo por sistematizar y ordenar el cuerpo de doctrina emanado del órgano español encargado de enjuiciar estas conductas, lo que es especialmente valioso dada la parquedad de obras similares.

En definitiva, una obra importante y necesaria en esta nueva, y cada vez más importante, rama de nuestro Ordenamiento, que los juristas actuales no pueden darse el lujo de ignorar.

PASCUAL GARCÍA, José: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*. Ed. Boletín Oficial del Estado. 429 páginas. Madrid, 1998.

El autor ha tenido el acierto de publicar una segunda edición de la obra original, publicada en 1996, si bien no nos encontramos ante una simple reimpression, sino ante un nuevo libro, corregido y aumentado. Decimos el acierto porque existen muy pocas materias tan difíciles y desconocidas, pero sin embargo de tanta aplicación práctica no sólo para funcionarios, sino en general para cualquier persona que se relacione con la Administración como el Derecho Presupuestario, y dentro del mismo, el régimen jurídico de las subvenciones.

El autor, Inspector de Finanzas del Estado, de la especialidad de Intervención, Control Presupuestario y Financiero y Contabilidad Pública, así como Doctor en Derecho, estudia con rigor y

de forma exhaustiva la materia, centrándose su análisis desde una perspectiva jurídica y financiera, lo que constituye una importante novedad en la bibliografía existente.

A pesar de que el libro que comentamos centra su análisis en la normativa estatal, donde como es conocido no existe un régimen único para las subvenciones, sin embargo el estudio resulta, con pocas diferencias, perfectamente aplicable al régimen jurídico de las subvenciones concedidas por otra Administración Pública, ya que del texto se pueden extraer, con gran sentido práctico, numerosos principios generales y criterios interpretativos, teniendo en cuenta además como el derecho estatal resulta, también en esta materia, de aplicación supletoria.

El estudio se inicia con una teoría general de la actividad subvencional, que incluye el concepto de subvención, los límites a la misma, desde el punto de vista constitucional y comunitario, para posteriormente desarrollar los elementos del acto de concesión. Especialmente importante es el análisis de los elementos subjetivos de la concesión, donde se incluyen las denominadas subvenciones fraccionadas derivadas de conciertos y convenios de colaboración. No se olvida el autor del

procedimiento de concesión, incluyendo la declaración de compatibilidad de las ayudas con el derecho comunitario, y del régimen presupuestario del gasto y pago subvencional, aspecto éste que engendra numerosos problemas prácticos. Además, la obra dedica concreta atención a un aspecto siempre relevante como es el de la justificación de la subvención, que se conecta con una materia a la que el autor dedica gran número de páginas, como es el del control de las subvenciones.

En efecto, el autor desarrolla no solamente unos principios generales de aplicación de control, sino que se extiende al régimen sancionador, reintegro de subvenciones y las responsabilidades contables y penales de los gestores y perceptores.

Dedica por último el libro sendos capítulos a contenidos de innegable interés, como son el régimen fiscal y contable de las subvenciones y las subvenciones comunitarias.

En definitiva, una obra completa y práctica como pocas, que aun centrándose su estudio en el Derecho estatal, establece importantes elementos de ayuda para los que se deben enfrentar al complicado, y cada vez más importante, mundo de la actividad subvencional de las Administraciones Públicas.



