



Revista Jurídica **Comunidad** **Madrid**

N.º 5
NOVIEMBRE
DICIEMBRE
1999



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid

N.º 5 Noviembre-Diciembre

Año 1999

Comentarios

Ámbito material reservado a la Ley Orgánica y su consideración como norma de atribución competencial (a propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio)

Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Sobre la funcionalización del derecho de propiedad

Jurisprudencia social

Sobre la autorización industrial necesaria para la instalación de centrales de producción de energía eléctrica tras la nueva ley del sector eléctrico

Selección de dictámenes

Bibliografía

21395

Francisco García Gómez de Mercado
Director General de los Servicios Jurídicos
francisco.garcia@comadrid.es

Subdirector

Salvador Victoria Bolívar
Jefe del Servicio Jurídico Central

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 5. Noviembre-Diciembre 1999

Abogado del Estado, Subdirector General de los Servicios Contenciosos
Máximo Rívoro González
Abogado, Catedrático de Derecho Administrativo
Luciano Parejo Alfonso
Decano de los Colegios Consistoriales del Excmo. Ayto. de Madrid
José Antonio Ortega Nájera
Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia
Patricia Lázaro Martínez de Moratín
Magistrado, Director General de Justicia
José Merino Jiménez

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

Tirada: 500 ejemplares
Coste unitario: 815 pesetas
Edición: 1099
I.S.B.N. 1130-8817
Deposito legal: M.º 430-1999
Imprenta: B.O.C.M.

**Director:**

Francisco García Gómez de Mercado
 Director General de los Servicios Jurídicos
 francisco.garcia@comadrid.es

Subdirector:

Salvador Victoria Bolívar
 Letrado-Jefe del Servicio Jurídico Central
 salvador.victoria@comadrid.es

Consejo Asesor:

Eduardo Calvo Rojas
 Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

José Miguel Fatás Monforte
 Abogado del Estado (exc.). Abogado

Miguel Ángel Fernández López
 Abogado. Catedrático de Derecho procesal

Eduardo García de Enterría
 Abogado. Catedrático de Derecho administrativo

Jesús González Pérez
 Abogado. Catedrático de Derecho administrativo

Manuel Martín Timón
 Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo

José Merino Jiménez
 Magistrado. Director General de Justicia

Patricia Lázaro Martínez de Morentín
 Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia

José Antonio Ortega Naharro
 Decano de los Letrados Consistoriales del Excmo. Ayto. de Madrid

Luciano Parejo Alfonso
 Abogado. Catedrático de Derecho administrativo

Manuel Rivero González
 Abogado del Estado. Subdirector General de los Servicios Contenciosos

Edita:

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

Tirada: 500 ejemplares
 Coste unitario: 816 pesetas
 Edición: 10/99
 I.S.S.N.: 1139-8817
 Depósito legal: M-6.420-1999
 Imprime: **B.O.C.M.**

INDICE

Comentarios

Ámbito material reservado a la Ley Orgánica y su consideración
 La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

Los trabajos que se remitan para su publicación, si procede, deberán enviarse en papel y disquete (en formato WP 6.1 o inferior) a la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, Pza. Puerta del Sol, 7, 3ª planta, 28013 Madrid.

Sobre la funcionalización del derecho de propiedad (José
 La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:

<http://www.comadrid.es>

Puede accederse a ella dentro de «Presidencia» o directamente, en: http://www.comadrid.es/cmadrid/revista_juridica/indice.htm

de centrales de producción de energía eléctrica tras la nueva ley del sector eléctrico (Ama GARCÍA NAVAS)

Selección de dictámenes

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de Junio de 1999, sobre la solicitud de autorización de entrada en domicilios 119

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de Junio de 1999, sobre ciertos Decretos del Gerente Municipal de Urbanismo por los que se ordena la reparación de diversos inmuebles 123

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 14 de Junio de 1999, en relación con la posible impugnación de dos acuerdos del Excmo. Ayuntamiento de Madrid por los que se modifica el plan general de dicha localidad 129



Directora

Francisco García Gómez de Mercado
Director General de los Servicios Jurídicos
Francisco.garcia@comadrid.es

Subdirectora

Salvador Victoria Bolívar
Letrado-Jefe del Servicio Jurídico Central
salvador.victoria@comadrid.es

Colaboradores

Eduardo Calvo Rojas

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Los trabajos que se remiten para su publicación se entienden sometidos a la consideración de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. La responsabilidad de los contenidos de los artículos publicados en esta revista es exclusiva de los autores.

Eduardo García de Enterría

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:

http://www.comadrid.es
http://www.comadrid.es/comadrid/serviciosjuridicos/index.htm

José Merino Jiménez

Magistrado, Director General de Justicia

Patricia Lázaro Martínez de Morentín

Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia

José Antonio Ortega Naharro

Decano de los Letrados Consistoriales del Excmo. Ayto. de Madrid

Luciano Parejo Alfonso

Abogado. Catedrático de Derecho administrativo

Manuel Rivero González

Abogado del Estado. Subdirector General de los Servicios Contenciosos

Edita

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

Tirada: 500 ejemplares
Coste unitario: 916 pesetas
Edición: 1999
I.S.B.N.: 1130-2817
Depósito legal: M-6-420-1999
Impresión: B.O.S. S.L.

ÍNDICE

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 17 de junio de 1999, sobre el portador de Convenio de Colaboración en materia de medio ambiente y reciclado entre la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, la Consejería de Economía y Empleo y la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid

Comentarios

Ámbito material reservado a la Ley Orgánica y su consideración como norma de atribución competencial (a propósito de la STC 173/1998, de 23 de Julio) (Joaquín MESEGUER YEBRA) 9

Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO) 21

Sobre la funcionalización del derecho de propiedad (José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS) 41

Jurisprudencia Social (Ricardo MORÓN PRIETO) 77

Sobre la autorización industrial necesaria para la instalación de centrales de producción de energía eléctrica tras la nueva ley del sector eléctrico (Ana GARCÍA NAVAS) 89

Selección de dictámenes

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de Junio de 1999, sobre la solicitud de autorización de entrada en domicilios 119

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de Junio de 1999, sobre ciertos Decretos del Gerente Municipal de Urbanismo por los que se ordena la reparación de diversos inmuebles 123

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 14 de junio de 1999, en relación con la posible impugnación de dos acuerdos del Excmo. Ayuntamiento de Madrid por los que se modifica el plan general de dicha localidad 129

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 17 de junio de 1999, sobre el borrador de Convenio de Colaboración en materia de medio ambiente y reciclado entre la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, la Consejería de Economía y Empleo y la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid 135

Informe de la Dirección General los Servicios Jurídicos, de 30 de junio de 1999, acerca las calificaciones otorgadas en determinadas pruebas selectivas de 150 plazas de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid 143

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 7 de julio de 1999, sobre el proyecto de reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad de Madrid 149

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de septiembre de 1999, sobre la aplicación del impuesto del valor añadido a la adquisición de una máquina rotativa por el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid 169

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 9 de septiembre de 1999, sobre la presentación de una reclamación en relación con el cambio de denominación de un municipio 179

Bibliografía 187

Índice acumulado 193

ÁMBITO MATERIAL RESERVADO A LA LEY ORGÁNICA Y SU CONSIDERACIÓN COMO NORMA DE ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL (A PROPÓSITO DE LA STC 173/1998, DE 23 DE JULIO)

COMENTARIOS

JOAQUÍN MESEGUER YEBRA

La última sentencia del TC que recupera cierta actualidad para las cuestiones tradicionalmente más controvertidas acerca de la Ley Orgánica¹, es la Sentencia 173/1998, de 23 de julio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones. Lo primero que llama nuestra atención, son los diez años que han transcurrido exactamente desde la impugnación de esta disposición hasta el dictado de la sentencia que pone fin al litigio, periodo durante el cual ha estado en suspenso la Ley recurrida. Causa verdadero pudor. Nada comparado, de todas formas, si uno se detiene un instante a pensar en los más de 3.400 recursos o cuestiones de inconstitucionalidad pendientes de resolver a 31 de diciembre de 1997.

No procura ser este breve artículo una crítica al actuar de este Alto Tribunal, pero resultaba ciertamente difícil mencionar determinados datos sin padecer cierto rubor. Polémicas aparte, nos interesa ahora

¹ Cuerpo Superior, Junta de Castilla y León.

ÁNGEL GARROBES MORALES en su obra crítica fuertemente la introducción de esta categoría en nuestra Constitución, basándose en el punto de partida de definir como «unificado residual» o «sistema de ley material llamado a coexistir en un mundo estabulado por unos distintos presupuestos». Todo tras causa de los constituyentes franceses, que inteligentemente identificaron esta figura con más restrictivos y concretos supuestos de contenidos inequívocos. Por contra, el art. 81 CE, contiene remisiones peligrosamente ambiguas que el autor considera incompatibles con la total precisión de consensos que exige el diseño de una categoría «material». Vid. *El lugar de la ley en la CE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 17 de junio de 1999, sobre el borrador de Convenio de Colaboración en materia de medio ambiente y reciclado entre la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, la Consejería de Economía y Empleo y la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid 135

COMENTARIOS

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 30 de junio de 1999, acerca las calificaciones otorgadas en determinadas pruebas selectivas de 150 plazas de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid 143

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 7 de julio de 1999, sobre el proyecto de reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad de Madrid 149

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de septiembre de 1999, sobre la aplicación del impuesto del valor añadido a la adquisición de una máquina rotativa por el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid 169

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 9 de septiembre de 1999, sobre la presentación de una reclamación en relación con el cambio de denominación de un municipio 179

Bibliografía 187

Índice acumulado 193

ÁMBITO MATERIAL RESERVADO A LA LEY ORGÁNICA Y SU CONSIDERACIÓN COMO NORMA DE ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL (A PROPÓSITO DE LA STC 173/1998, DE 23 DE JULIO)

POR

JOAQUÍN MESEGUER YEBRA¹

La última sentencia del TC que recupera cierta actualidad para las cuestiones tradicionalmente más controvertidas acerca de la Ley Orgánica², es la Sentencia 173/1998, de 23 de julio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones. Lo primero que llama nuestra atención, son los diez años que han transcurrido exactamente desde la impugnación de esta disposición hasta el dictado de la sentencia que pone fin al litigio, período durante el cual ha estado en suspenso la Ley recurrida. Causa verdadero pudor. Nada comparado, de todas formas, si uno se detiene un instante a pensar en los más de 3.400 recursos o cuestiones de inconstitucionalidad pendientes de resolver a 31 de diciembre de 1997.

No procura ser este breve artículo una crítica al actuar de este Alto Tribunal, pero resultaba ciertamente difícil mencionar determinados datos sin padecer cierto rubor. Polémicas aparte, nos interesa ahora

¹ Cuerpo Superior. Junta de Castilla y León.

² ÁNGEL GARRORENA MORALES en su obra critica fuertemente la introducción de esta categoría en nuestra Constitución, hasta el punto de definirla como «inexplicado residuo» o «islote de ley material llamado a coexistir en un mundo conformado por unos distintos presupuestos». Todo trae causa de los constituyentes franceses, que inteligentemente identificaron esta figura con muy restrictivos y concretos supuestos de contornos inequívocos. Por contra, el art. 81 CE, contiene remisiones peligrosamente ambiguas que el autor considera incompatibles con la total precisión de contornos que exige el diseño de una categoría «material». Vid. *El lugar de la ley en la CE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

exponer, a la luz de la sentencia citada, dos aspectos que aún hoy siguen generando litigio, resaltando que el presente trabajo se centra esencialmente en la reserva material que efectúa el art. 81 CE en favor de las leyes orgánicas, lo que a su vez se erige en parámetro de validez de tal categoría normativa. El primero de ellos se refiere a la fijación del ámbito material reservado a la Ley orgánica, y el segundo, al papel de este tipo de Ley en la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. En rigor, se trata de dos cuestiones estrechamente vinculadas, ya que al estar reservado el dictado de este tipo de Leyes al Estado, será éste el que, en materias de incumbencia autonómica -al menos, compartida-, afectadas por la reserva de Ley orgánica, concrete la extensión competencial de uno (Estado) y otras (Comunidades Autónomas).

Una intersección de cuestiones tan cruciales como éstas podemos encontrarla en determinadas materias competenciales. Este es el caso del derecho de asociación que, inicialmente, tiene su regulación como derecho fundamental en el artículo 22 CE, donde se dispone:

- «1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.»

Como pone de manifiesto la STC 173/1998, el Estado invoca determinados títulos competenciales para arrogarse competencias de muy diferente extensión en esta materia, aquí en concreto los artículos 139 y 149. 1. 1 CE³.

³ Art. 149. 1. CE: El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1ª La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Art. 139: 1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

Frente a este enunciado, examinamos el título competencial autonómico, y en concreto, ya que nos encontramos en el caso del País Vasco, el art. 10. 13 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, que reserva como exclusiva la competencia sobre «asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el país Vasco»⁴. En este enunciado se encuentran imbricados un criterio sectorial y otro territorial para la definición del propio ámbito de la competencia⁵.

Como resulta obvio, en nada facilita la resolución de eventuales conflictos de competencia la inexistencia de una norma estatal post-constitucional que aborde un primer deslinde de la materia⁶.

El debate central sobre el que gira la sentencia que comentamos no es nuevo en absoluto, pero ha de plantearse cada vez que se pone en tela de juicio el propio ámbito material de la Ley orgánica. Es sabido, y esta sentencia no aporta nada esencial al debate en ese sentido, que la reserva a este tipo de norma del «desarrollo de los derechos fundamentales» ha de interpretarse lo más restrictivamente posible⁷.

⁴ Real Decreto 3069/1980, de 26 de septiembre, de traspaso de servicios del Estado en materia de Fundaciones y Asociaciones Culturales, Libro y Bibliotecas, Cinematografía, Música y Teatro, Juventud y Promoción Sociocultural, Patrimonio Histórico-Artístico y Deportes.

⁵ Sin ánimo de ser exhaustivos, algunos de los Estatutos de Autonomía más recientemente modificados recogen de manera muy diferente esta competencia concreta. Así, los Estatutos de Autonomía de la Comunidad de Madrid, Murcia, Castilla-La Mancha, Castilla y León y Aragón, asumen simplemente funciones de ejecución en esta materia, especificando la última el carácter de las asociaciones sobre las que recae esta competencia (docentes, culturales, artísticas, benéficas, asistenciales y similares). Canarias la recoge de la misma forma que hemos visto en el EA del País Vasco, estando el EA de Cantabria dotado de una cierta particularidad, ya que, si bien, asume la competencia de ejecución sobre esa materia, el artículo 6.º dice que una Ley del Parlamento cántabro regulará, sin perjuicio de las competencias del Estado, el alcance y contenido del reconocimiento del origen cántabro y el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural de Cantabria, a las asociaciones montañesas o cántabras asentadas fuera de su ámbito territorial.

⁶ Esta materia se regula por la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones, parcialmente modificada en su art. 4 por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. No obstante, el Tribunal Constitucional afirma que esta normativa no cumple la función de desarrollar este derecho como género, estableciendo una regulación que haya de ser respetada por las leyes especiales que incidan en el ámbito de este derecho. Esto no impide que la Ley Vasca tenga que respetar el contenido abstracto de este derecho reservado a la Ley orgánica.

⁷ La STC 25/1981, de 14 de julio, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la L.O. 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, justifica la reserva de esta materia a la regulación por Ley orgánica con el argumento de que «...los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan

Ya se pone así de manifiesto con la STC 5/1981, con el objeto de evitar petrificaciones del ordenamiento y preservar la regla de las mayorías no cualificadas. Sólo requiere Ley orgánica, pues, la regulación que desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho⁸.

En concreto, el Tribunal afirma que la reserva orgánica convierte a las Cortes Generales en un «constituyente permanente» encargado de la regulación de los aspectos consustanciales a los derechos fundamentales, el contenido mínimo indispensable que requiere la norma remitente, de donde quedan excluidos los aspectos que no inciden directamente sobre el ámbito y límites y de los mismos⁹.

Mayores problemas presenta, continúa diciendo el Tribunal, la fijación del ámbito de reserva orgánica en función de títulos competenciales, ya que la extensión de la primera debe cohererarse con el bloque de constitucionalidad que distribuye competencias. Esto ocurre en supuestos como en el que nos ocupa, donde confluyen ambas cuestiones. Será en todo aquello que exceda del ámbito del art. 81. 1 CE donde pueda proyectarse el reparto competencial.

Esta tarea que parece en principio pacífica, no admite pautas interpretativas mecánicas, por lo que hay que extraer la solución concreta a raíz de cada uno de los conflictos que se vayan planteando, radicando aquí la extraordinaria dificultad de este tema: dónde acaba

un «status» jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuando el cometido de asegurar esta unificación, según el artículo 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna...».

⁸ En este sentido, diferentes STC como la 6/1982, 67/1985, 140/1986, 160/1987 y 127/1994. La STC 132/1989 añade como campo reservado a la Ley orgánica el establecimiento de límites o restricciones a los derechos fundamentales (también la STC 101/1991 y 88/1995).

⁹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ aluden como ejemplo, que viene especialmente a colación en nuestro trabajo, el registro de asociaciones «a los solos efectos de publicidad» —art. 22. 3 CE— que no requeriría como complemento para su plena operatividad, debido a su carácter instrumental y organizativo, el aparato legislativo. «Curso de Derecho Administrativo». Tomo I. Civitas (8ª edición) 1997.

el desarrollo del derecho en cuanto tal, y dónde comienza la regulación de la materia sobre la que éste se proyecta.

Para el Tribunal Constitucional no es la primera ocasión en la que se plantea la necesidad de efectuar esta operación, especialmente casuística, como vamos a poder observar. El Informe de la Secretaría General del Congreso de los Diputados acerca del carácter orgánico u ordinario de determinadas disposiciones del Proyecto de Ley por la que se crea el Consejo Económico y Social¹⁰, sugiere una de ellas. El art. 23. 2 CE que reconoce a «...los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes», está afectado a la reserva del art. 81 CE. El Tribunal reconoce explícitamente que la determinación de las causas de inelegibilidad afectan al derecho fundamental. El derecho comprende, por tanto, no solamente el acceso a las funciones o cargos públicos, sino también el derecho a permanecer en ellos de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

En la medida en que la tipificación de las causas de incompatibilidad puede llevar como consecuencia el cese en la condición de titular de un cargo público, cabría entender que aquella constituye, a efectos del art. 81. 1 CE, un desarrollo del art. 23. 2 CE, necesitado, por consiguiente, de Ley Orgánica.

LÓPEZ AGUILAR expone la doctrina iuspublicista que coincide con la jurisprudencia constitucional de la interpretación restrictiva del término «desarrollo», aplicado a la reserva de Ley orgánica. Este autor, apoyándose en algunos pronunciamientos de la jurisprudencia ya citada, se pregunta si el establecimiento de penas representa o no un desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas. Descarta las hipótesis planteadas por LAMARCA, de que la tipificación de las conductas penales deberían tener rango de Ley orgánica por el hecho de que el bien jurídico tutelado fuera un derecho fundamental, o que la conducta tipificada constituyese un exceso en el ejercicio de ese derecho¹¹.

¹⁰ Cfr. Revista de las Cortes Generales, n.º 23 (2.º cuatrimestre de 1991).

¹¹ Este autor pone el ejemplo de que ni las asociaciones paramilitares ni el delito electoral constituyen, en rigor, expresiones del derecho de asociación o del de participación. Son, antes bien, negaciones del régimen constitucional de garantía de esos derechos. Identificar la reserva de ley orgánica con este subgrupo de supuestos, equivaldría, en este sentido, a equiparar la referencia positiva al «desarrollo» de los derechos fundamentales y libertades públicas, a una lectura *ex negativo* de su verdadero ejercicio. *La reserva constitucional de ley*, Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 33 (sept./diciem. 1991).

Finalmente, entiende este autor que el verdadero punto fuerte en este ámbito de la reserva del carácter orgánico de la ley penal, reside en que la privación de libertad judicialmente establecida supone, efectivamente, un concreto «desarrollo» del genérico derecho a la libertad personal. Conecta lo expuesto con el fundamento jurídico 6.º de la STC 140/1986, de 11 de noviembre, donde se dice que «...el derecho a la libertad del art. 17. 1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo *en los casos y en la forma previstos en la Ley*», en una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido, el Código Penal y, en general, las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81. 1 de la CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener el carácter de orgánicas...»¹².

El auto de 28 de octubre de 1996 de la Sección 3.ª, sala 2.ª del Tribunal Constitucional, que inadmite el recurso de amparo nº 2903/1995, efectúa también pronunciamientos interesantes al hilo de toda nuestra argumentación¹³. La Mesa del Congreso de los Diputados entiende que esa proposición afecta al derecho a la vida del art. 15 CE, un derecho de singular fuerza expansiva, garantizado por la Constitución como proyección de su valor superior del ordenamiento jurídico constitucional en cuanto derecho troncal, al ser el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. El nacimiento y la concepción del ser humano son considerados desarrollo en cuanto al contenido esencial del derecho a la vida, y por lo tanto reservados a ley orgánica a tenor del art. 81. 1 CE e improcedente la iniciativa popular.

Pero en el mismo auto, se manifiesta que el mismo Tribunal ha reconocido como constitucionales, leyes que, sin tener el carácter de orgánicas, afectan a derechos fundamentales. En el ámbito de regulación de la persona humana y de determinados aspectos de su salud y vida, está la regulación de la personalidad en el Código Civil; las téc-

¹² Resulta especialmente interesante el voto particular de E. DIEZ-EIMIL en la STC 140/1986, donde se pregunta si no cabe extender esta misma fundamentación aparente a la totalidad de la normación procesal, en la medida en que integra el derecho a la obtención de la tutela judicial del art. 24 CE.

¹³ Presentado contra el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 11 de julio de 1995, por el que se inadmitía una proposición de ley presentada por la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular, por la que se regula el Estatuto Jurídico del Cuerpo Humano.

nicas de reproducción asistida, la protección del embrión y feto humanos, o los usos de los que son susceptibles, están en la Ley 35/1988 y Ley 42/1988; la extracción, transplante de órganos y la definición legal de la muerte humana en la Ley 30/1979; la salud humana y derechos del enfermo en la Ley 14/1986, etc...

En varias ocasiones se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad por presunta vulneración de la reserva orgánica del art. 122. 1 CE, que reserva a este tipo de norma la determinación de «...la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales...». En una de estas ocasiones se impugnaba el art. 142. 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que está definiendo parte del ámbito propio de un orden jurisdiccional, cuestión que debería estar reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴.

En el Auto de 22 de julio de 1997, por el que se inadmite la cuestión, el Tribunal Constitucional reproduce parte del fundamento jurídico 3.º de la STC 224/1993, donde de nuevo interpreta restrictivamente la reserva orgánica, reduciendo ésta a la definición genérica del ámbito de conocimiento litigioso. Cabe entonces que el legislador ordinario concrete las materias específicas objeto del conocimiento de los órdenes jurisdiccionales, produciéndose, de este modo, una colaboración entre los dos tipos de Ley que no obsta a ninguna reserva y resulta constitucionalmente lícita. Además, entiende aquí el Tribunal que el precepto impugnado no realiza atribución jurisdiccional concreta, sino que se limita a establecer que con esa resolución termina la vía gubernativa.

En este mismo terreno, la STC 213/1996, de 19 de diciembre, afirma que únicamente la Ley orgánica puede determinar la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso, de capital importancia para el diseño de la organización judicial¹⁵.

En el ámbito de otro derecho fundamental como es el derecho a la educación del art. 27 CE, se han planteado también interpretaciones de todo tipo y con ocasión de conflictos de muy diferente índole. Basta con recordar el conflicto positivo de competencias promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Gobierno Vasco,

¹⁴ El art. 142. 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dice que «...la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa.»

¹⁵ En parecidos términos la reciente STC 91/1998, de 23 de abril.

contra el decreto 480/1981, de 6 de marzo, sobre funcionamiento de la Alta Inspección del Estado en materia de enseñanza no universitaria en el País Vasco y en Cataluña, resuelto por STC 6/1982, de 22 de febrero. La Generalidad alegaba que tal regulación debía de haberse efectuado por Ley orgánica esencialmente, aparte otros argumentos, porque la Alta Inspección afecta al desarrollo del derecho fundamental.

El Tribunal, que no acepta este argumento, aduce que el Real Decreto no desarrolla el derecho fundamental de la enseñanza, sino que regula un organismo creado por la L.O.E.C.E. (ya derogada). La utilización de la reserva orgánica no puede extremarse hasta el punto de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental.

Semejante conflicto se resuelve en la STC 137/1986, de 6 de noviembre, en relación a la Ley del Parlamento Vasco 15/1983, de 27 de julio, por la que se crea «Euskal Ikastolen Erakundea-Instituto Vasco de Ikastolas», y se aprueba el Estatuto jurídico de las ikastolas. Haremos referencia a ella más adelante, con ocasión de la segunda controversia que planteamos en nuestro trabajo.

Volviendo a la sentencia que estamos analizando, nos damos cuenta de nuevo de que en este caso tampoco pueden aplicarse parámetros abstractos ni genéricos para inferir a priori qué aspectos son «desarrollo» del derecho fundamental de asociación. Por esta razón, el Tribunal analiza uno a uno los preceptos impugnados para averiguar la verdadera naturaleza de la materia que se regula en cada supuesto.

Es así como concluye que menciones del tipo «...la organización y funcionamiento de las Asociaciones será democrática...», y que la constitución de Asociaciones «...se llevará a cabo con respeto al pluralismo y a los principios democráticos...», son imposiciones y límites genéricos a la constitución y reconocimiento de las asociaciones, lo que constituye desarrollo directo de elementos esenciales de desarrollo del derecho, por lo que solamente las Cortes Generales a través de Ley orgánica pueden proceder a su regulación. En consecuencia, estos incisos son declarados inconstitucionales y nulos¹⁶.

Por contra, se estima que no repugnan esta reserva a Ley orgánica otros preceptos impugnados que, no obstante, sí pueden afectar a la delimitación competencial entre Estado-Comunidades Autónomas, y

¹⁶ Artículo 2. 1 y 2. 4 de La Ley del Parlamento Vasco 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones.

resultar inconstitucionales por violar la misma. Citamos alguno de estos extremos, aunque no sea objeto de este trabajo: aspectos relacionados con la constitución de las asociaciones, los efectos de la inscripción registral, el régimen de responsabilidad tanto de las asociaciones inscritas como de las no inscritas, las facultades reconocidas a las asociaciones para llevar a cabo sus fines y, por último, las causas y efectos de su disolución, sin olvidar las Asociaciones de Alumnos y de Padres de Alumnos¹⁷. A tenor de los estatutos de las asociaciones, tampoco debemos olvidar que la STC 67/1985 ya reconoció que la regulación de la elaboración y aprobación de los estatutos de los clubes deportivos no se incluía necesariamente en la reserva de Ley orgánica.

Para el Tribunal Constitucional no cabe duda de que la determinación de los elementos esenciales relativos a la titularidad del derecho de asociación y, muy especialmente, la precisión de las limitaciones constitucionalmente impuestas a determinados grupos de personas, deben considerarse incluidas en el ámbito de la reserva de Ley orgánica. Esto no impide, sin embargo, que los legisladores no orgánicos, tanto el estatal como los autonómicos, puedan concretar o extender esa titularidad al regular el régimen jurídico de las asociaciones concretas, respetando por supuesto lo establecido por el legislador orgánico.

El segundo asunto que nos planteamos al inicio de nuestro trabajo, afecta a la consideración de la Ley orgánica, entendida genéricamente como norma atributiva o delimitadora de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas. Y decimos genéricamente, porque excluimos de este análisis las Leyes orgánicas de transferencia o delegación del art. 150. 2 CE, ya que cumplen funcionalmente con ese objetivo, en cuyo caso no se plantea confusión alguna¹⁸.

El Tribunal Constitucional se pronuncia también a este respecto en la sentencia examinada, reiterando lo ya ha manifestado en ocasiones anteriores. Es evidente el diferente origen, naturaleza y evolución histórica de la técnica de la reserva de ley, en concreto de ley

¹⁷ Siempre, se entiende, con respeto a las disposiciones dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias ex art. 149. 1. 1 y 149. 1. 30 CE y no invada el ámbito reservado a la Ley orgánica del art. 81. 1 CE.

¹⁸ El art. 150. 2 CE dispone: «El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.»

orgánica, y la que poseen las reglas de atribución de competencias. El contenido y la finalidad de ambas figuras es sustancialmente diverso, por lo que la reserva del art. 81. 1 CE no contiene, en puridad, ningún título competencial habilitante a favor del Estado.

Sin embargo, siendo cierto que la reserva de Ley orgánica no supone atribución de ningún título competencial, no lo es menos que, en virtud de la reserva orgánica, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, y que las Comunidades Autónomas al ejercer sus competencias deben respetar el contenido de las mismas so pena de incurrir en vicio de inconstitucionalidad por vulneración del art. 81. 1 CE. Por ello, en la práctica, lo más relevante para la resolución del conflicto planteado en el caso de la STC 173/1998, no radica tanto en la distinción entre la naturaleza jurídica de la reserva de ley y las reglas de competencia, cuanto en la delimitación del alcance material de la reserva de ley orgánica y en la determinación de en qué medida esta delimitación debe hacerse o no a partir del sistema de distribución de competencia.

Resulta una paradoja la afirmación del alto Tribunal, privada casi al instante de toda virtualidad al reconocer que, siendo diferente la naturaleza de unas y otras normas, lo cierto es que quien únicamente puede dictar una ley orgánica es el Estado, y en tanto le está encomendada su dictado, las materias sobre las que recae esta reserva solamente a él le corresponden.

Esto no impide que la Ley orgánica pueda llamar a la ordinaria para integrar en algunos extremos sus disposiciones de desarrollo, y que dependiendo de la materia de que se trate, esta ley pueda ser la autonómica. A la división de materias entre la Ley orgánica y la Ley ordinaria hay que sumar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y de esa suma puede resultar, en el caso de derechos complejos como el derecho a la educación, un reparto de papeles entre la Ley orgánica, de inexcusable observancia en cuanto a la determinación de las normas básicas (y por ello estatales) de desarrollo del mismo, y las Leyes autonómicas, llamadas a integrar y completar esas normas básicas en el ámbito de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas correspondientes, a través de sus respectivos Estatutos¹⁹.

La STC 137/1986, de 6 de noviembre, sienta este criterio que se convierte en una referencia reiterada constantemente en posteriores

¹⁹ Cfr. op. cit. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

sentencias. En su fundamento 3.º, manifiesta que la opción del legislador orgánico de deferir a la Ley, positivamente condicionada por sus normas, la integración de algunos de sus enunciados, deviene imperativo constitucional cuando de articular las competencias estatales con las autonómicas se trata. La Ley Orgánica puede, ciertamente, disponer una regulación plena de los modos y órganos de participación de la comunidad escolar en el gobierno del centro, pero, aun en tal caso, una parte de esa normación habrá de tener carácter meramente supletorio respecto de las Comunidades Autónomas, que, al amparo de lo prevenido en el art. 149. 1. 30 de la Constitución, hayan recabado para sí las competencias que, en negativo, ese precepto permite sean asumidas en los Estatutos.

La delimitación de competencias que establece el art. 149. 1. 30, entre el Estado y las Comunidades cuyos Estatutos hayan operado a partir de este precepto, no podrá establecerse, sin más, tomando como parámetro el texto formalmente aprobado en «desarrollo» de los derechos enunciados en el art. 27 de la Constitución. Para alcanzar el deslinde competencial, es necesaria una indagación material, que permita identificar cuáles, de entre las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica, encierran «normas básicas para el desarrollo del art. 27», porque sólo son ellas, respecto de estas Comunidades, las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas. No toda divergencia, pues, entre Ley Orgánica y territorial, será causa de vicio de inconstitucionalidad en esta última, y sí únicamente ante un eventual apartamiento del contenido de aquellas «normas básicas», cuya identificación corresponde, en última instancia, a este Tribunal Constitucional.

Nos sirve una última cita de esta sentencia para cerrar nuestro trabajo, según la cual el criterio general de que, en el estado de las autonomías territoriales, las normas entronizadoras de reservas a determinadas fuentes no son, sólo por ello, atributivas de competencia a un cierto ente, parece habría aquí de tenerse en cuenta, tanto más cuanto que, según antes se apuntó, la colaboración —en términos generales— entre la Ley orgánica y ordinaria no ha de reputarse, en todo caso, constitucionalmente ilegítima.

OTRA BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Acerca de la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, CÉSAR AGUADO RENELO. Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 49. 1995.

Ley Orgánica del Poder Judicial: una contrarreforma técnico-jurídica. JOSÉ M. BRETAL VÁZQUEZ.

Ocho criterios en torno a la Ley y su descrédito (Breve esbozo). ADOLFO SERRANO DE TRIANA.

El sistema de fuentes del Derecho español tras la entrada de España en la CEE. ÁNGEL JUANES PECES y JOSÉ RAMÓN GALVÁN ARIAS.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS ANTE LA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

POR

FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Criterios diferenciadores entre contratos administrativos y privados: evolución. III. Criterios de la ley vigente. IV. Contratos administrativos nominados: la «supresión» del contrato de trabajos específicos. V. El problema de los contratos patrimoniales. VI. La recalificación de ciertos contratos como privados.

I. INTRODUCCIÓN

Como las demás personas físicas y jurídicas, las Administraciones Públicas, o las distintas entidades públicas en que estas se integran, pueden celebrar contratos, acuerdos de voluntades por medio de los cuales los interesados se obligan. Estos contratos pueden ser privados, regidos, en cuanto a su contenido, por el Derecho privado, al igual que los contratos que celebran los particulares, o administrativos, cuyo contenido se rige por normas administrativas, diferentes de las que rigen los contratos de los particulares entre sí². Esta distinción, existente ya en la precedente legislación, es recogida por la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 18 de mayo de 1995 (LCAP), respecto de la cual se plantea su reforma, entre otras cuestiones, en relación con qué contratos son administrativos y cuáles son privados, habiendo aprobado a tal efecto el Gobierno un proyecto de ley con fecha 25 de febrero de 1999.

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

² Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, coeditada por los Ministerios de Justicia y Fomento y el Boletín Oficial del Estado, págs. 54 y ss.

Desde luego, no todo lo no administrativo es privado ni viceversa, toda vez que el término que, en rigor, es oponible a privado es público, y dentro del Derecho público existen distintas ramas y no sólo el Derecho administrativo, al tiempo que el Derecho privado se subdivide también en distintas materias. Lo cierto, sin embargo, es que, por lo que se refiere a los contratos de la Administración, público equivale a administrativo y que el contrato privado pueda ser a su vez civil, mercantil o laboral es algo naturalmente ajeno al Derecho administrativo.

Además, debe precisarse que no existe una separación plena del régimen jurídico de los contratos privados de la Administración y los contratos administrativos, dado que en orden a su preparación y adjudicación, los contratos privados se rigen, al igual que los administrativos, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas de desarrollo, aplicando la doctrina de los llamados actos separables, esto es, actos administrativos separables del contrato privado (art. 9.1 LCAP), de modo que la distinción entre contratos administrativos y privados de la Administración sólo tiene relevancia en cuanto a sus efectos y extinción, no siendo siquiera preciso calificar de uno u otro modo el contrato si se examina su preparación o adjudicación (STS 27 de junio de 1.977, Ar. 3.421; 5 de octubre de 1.981, Ar. 4.064; 26 de noviembre de 1.985, Ar. 492; y 17 de noviembre de 1.986, Ar. 403).

A su vez, dentro de los contratos administrativos, se suele distinguir entre los típicos y los especiales. Aquellos contratos que la Ley da nombre y regula suelen llamarse nominados o típicos, si bien lo cierto es que en rigor puede haber otros contratos nominados (con un «nomen iuris») e incluso típicos (con una regulación legal) fuera de la ley general de la contratación administrativa, como los aprovechamientos forestales de la legislación de montes³, al paso que pueden existir contratos nominados en la Ley pero escasamente típicos, caso de los contratos de consultoría y asistencia o de servicios. Por otra parte, los contratos administrativos especiales se contraponen a los que vienen específicamente nominados por la legislación general, por hallarse regulados en normas especiales, como los aprovechamientos citados.

³ Arts. 37 y ss. de la Ley de Montes, de 8 de junio de 1.957, y arts. 264 y ss. de su Reglamento, de 22 de febrero de 1.962.

II. CRITERIOS DIFERENCIADORES ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS: EVOLUCIÓN

Dado que las Administraciones Públicas pueden celebrar contratos administrativos o privados, es claro que la mera intervención de un sujeto público en el contrato no lo convierte en administrativo, ni siquiera aunque las dos partes sean entes públicos (STS 5 de octubre de 1.981, Ar. 4.064). Por tanto, el elemento subjetivo, de participación de una Administración Pública en el contrato, aunque es condición necesaria para hablar de contrato administrativo, es insuficiente, debiendo acudir a otros criterios diferenciadores.

Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1.984 (Ar. 1.995), «la atribución a la jurisdicción civil ordinaria o a la contencioso-administrativa de la competencia para resolver las cuestiones conectadas con la actividad contractual de la Administración Pública, ha sido, desde siempre, un tema conflictivo y no decidido siempre de forma uniforme; así, inicialmente ... la Ley de 2 abril 1.845 ... supeditaba aquella competencia a que aquellos (los contratos de la Administración) tuvieran como fin la ejecución de toda especie de servicios y obras públicas, sistema esencialmente, continuado por la Ley de 13 septiembre 1.888 y por el Texto Refundido de 8 febrero 1.952 ...». Esta atribución no tenía trascendencia sustantiva, esto es, no se debía a la aplicación de normas distintas sino a razones puramente pragmáticas, porque los tribunales contencioso-administrativos se consideraban más rápidos y expeditivos o porque conocen mejor el funcionamiento de la Administración, que conviene no perder de vista al enjuiciar estas cuestiones.

Pero la dualidad entre contratos administrativos y privados de la Administración no se ha limitado a corresponder a una dualidad jurisdiccional, que parece efecto de una diferencia sustantiva pero es, en realidad, más bien causa de la misma, ya que es indudable que la doble vía jurisdiccional ha ahondado las diferencias entre unos contratos y otros, inicialmente formados bajo el mismo esquema. No es de extrañar, por ello, que, con posterioridad, se dotara a esta distinción de efectos sustantivos, de modo que los contratos administrativos no sólo son aquellos de los que conocen ciertos tribunales sino también aquellos a los que se aplica un determinado régimen jurídico: el Derecho administrativo, considerando que, mientras los contratos civiles se caracterizan por la igualdad entre las partes, en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales en la medida en

que una de ellas (la Administración) representa el interés general y el ordenamiento le confiere poderes exorbitantes para su tutela.

Esta tesis, de origen francés, fue recogida por nuestra doctrina y jurisprudencia (STS 20 de abril de 1.936, Ar. 1.010; 10 de noviembre de 1.942, Ar. 1.265; y 7 de marzo de 1.947, Ar. 416), que, en esta línea, mantenía la atribución del carácter administrativo al contrato en el caso tan sólo de que tuviera por objeto inmediato y directo la ejecución de obras o servicios públicos por estimar que en todas las demás relaciones contractuales la Administración actúa en el mismo plano que cualquier otro sujeto de relaciones jurídicas (STS 3 de julio de 1.941, 2 de febrero de 1.942, 28 de diciembre de 1.942 y 25 de octubre de 1.951).

En la primera redacción de la Ley de Contratos del Estado (LCE), de 8 de abril de 1.965 (arts. 18 y 19), se atiende a la tesis del contrato administrativo por naturaleza, siguiendo un criterio objetivo que limita el contrato administrativo al que tenga referencia a obras o servicios públicos. Este criterio tiene también su engarce legal en el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 27 diciembre 1.956⁴, a cuyo tenor se extiende la jurisdicción contencioso-administrativa a las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquier que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie.

Sin embargo, posteriormente, esta última disposición fue interpretada por la jurisprudencia en un sentido extensivo y superador del criterio objetivo. En un principio, se hablaba de obras y servicios públicos como objeto y finalidad del contrato administrativo, sin distinguir rigurosamente entre lo que constituye su objeto y su finalidad. Pero, posteriormente, se precisa que las obras o servicios públicos constituyen no tanto el objeto como la finalidad, revisando el anterior criterio objetivo, de modo que pueden ser objeto de los contratos administrativos las más diversas prestaciones. En este sentido, el dictamen del Consejo de Estado de 21 de mayo de 1.953 (Exp. 11.238) indica que la expresión obras o servicios públicos «no puede tomarse como indicadora del objeto, sino más bien de la causa, muchas veces remota, del contrato administrativo, demostrando así que el objeto de

⁴ La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, se ha limitado a declarar la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones referentes a los contratos administrativos, sin definirlos, ya que esta definición corresponde a la legislación sustantiva en vigor (art. 2, apartado b).

los contratos administrativos es variadísimo y que, en realidad, debe afirmarse respecto de ellos, como lo hace el art. 1.271 del Código Civil respecto de los contratos en general, que su objeto lo pueden ser «todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres» y «todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres», lo que no obsta para que el servicio público sea siempre la finalidad, próxima o remota, de la contratación administrativa».

Por otro lado, frente a la tesis de la desigualdad entre las partes en el contrato administrativo, propia del criterio objetivo, se ha criticado que pueda distinguirse entre contrato privado y contrato administrativo por la observancia o no de una igualdad entre las partes, puesto que la idea de igualdad en la contratación civil es muchas veces engañosa (en especial en los contratos normados y en los de adhesión). En realidad, el postulado de la igualdad en el contrato privado se no se ha predicado nunca de la posición de las partes sino de la articulación causal de las respectivas prestaciones, la cual es indudable que se produce también en el seno de los llamados contratos administrativos.

En suma, frente al criterio jurisdiccional (los contratos administrativos son los sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa) y al sustantivo de carácter objetivo (los contratos administrativos son los regidos por el Derecho administrativo, determinados por su objeto y en los que se aprecia una posición exorbitante de la Administración), el criterio finalista entiende que los contratos administrativos son aquellos cuya finalidad es desarrollar las funciones de la Administración Pública.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aclarado que «enfrentado al legal criterio teleológico, el ... del clausulado exorbitante tiene necesariamente que decaer como criterio calificador ... sobre todo porque este criterio encierra una tautología y no es en esencia distinto del finalista, por cuanto las cláusulas contractuales exorbitantes sólo pueden ser impuestas cuando ... en realidad constituye un contrato administrativo» y, «en definitiva, por tanto, la existencia de cláusulas exorbitantes en el contrato no constituye, en modo alguno, un criterio de calificación del contrato. Son una consecuencia de la calificación como administrativo» (Ss. 27 de diciembre de 1.977, Ar. 5.066; y 30 de octubre de 1.983, Ar. 5.846). De este modo, el contrato no es administrativo y se somete a la fiscalización de los tribunales contencioso-administrativos porque tenga un determinado objeto

(obras o servicios públicos) ni porque la Administración goce de ciertas prerrogativas sino porque tiene una determinada finalidad, de carácter esencialmente público. En este sentido, el art. 5.2 b) LCAP aclara que lo relevante no es el objeto, ya que, junto a los contratos administrativos típicos, con cierto objeto directo, son también administrativos contratos con «objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial».

Es fundamental, pues, la causa del contrato. En efecto, como apunta MONEDERO GIL⁵, con cita de FERNÁNDEZ DE VELASCO, en los contratos administrativos la causa no se puede encontrar, como en Derecho civil, en la prestación simplemente, sino en el fin perseguido, fin que ha de ser de interés público, de modo que el fin público es causa del contrato como elemento esencial del mismo (STS 15 de junio de 1.976, Ar. 4.106). En esta línea, la Sentencia de 8 de marzo de 1.986 (Ar. 1.773) recoge «este nuevo concepto del contrato administrativo que califica al negocio jurídico celebrado en función de la presencia en la causa del contrato de un fin público como elemento esencial del mismo ... «aunque la causa objetiva de una relación contractual (artículo 1.275 del Código Civil) y la finalidad que se desprende de la misma por la que se obligan las partes contratantes sean propias de una obligación sujeta a Derecho privado».

Como apunta DE SOLAS⁶, nuestro sistema de contratación administrativa parte de que en todos los contratos que celebre, al igual que en todos los actos jurídicos que lleve a cabo, la Administración debe perseguir la satisfacción del interés público (arts. 3 LCE y 4 LCAP), esto es, debe servir con objetividad los intereses generales (art. 103 de la Constitución), pero, aun cuando todos los contratos que celebra la Administración persiguen finalidades públicas, como no podía ser de otro modo, la trascendencia de éstas no siempre es la misma, de modo que en unos contratos se persigue un interés público especialmente relevante (poniendo como ejemplo clásico la construcción de una carretera) y en otros, aun cuando importante, no lo es tanto, como suele suceder en las ventas de bienes patrimoniales por la Administración. En efecto, en sentido amplio, todos los contratos de la Administración persiguen fines públicos, aunque es distinto según que se trate de contratos propiamente administrativos, en los que el fin público es esencial, o de contratos privados de la Administración, en los que tiene un carác-

⁵ *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, 1.977.

⁶ *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Ed. Tecnos.

ter más mediato y relativo. Además, el concepto de interés público ha de ser desmitificado, llegando a un concepto realista, consistente en las necesidades de bienes y servicios de las distintas unidades competenciales de la Administración o los servicios públicos gestionados por la misma, entendiendo servicio público, asimismo, «en el más amplio sentido, para comprender las actividades de la Administración que tiendan a satisfacer un interés general propio de su competencia, y por consiguiente estará incluido en el concepto todo lo que no sea gestión mercantil o actuación relacionada con el dominio privado» (STS 30 de octubre de 1.983, Ar. 5.846; y 11 de julio de 1.988, Ar. 5.603). En definitiva, todos los contratos sirven un fin público, pero el contrato será administrativo cuando dicho fin se persiga de forma directa e inmediata (STS 5 de julio de 1.983, Ar. 3.976)⁷.

Esta concepción del contrato administrativo se podía encontrar ya en la anterior Ley de Contratos del Estado, tras la reforma de 17 de marzo de 1.973, con la que se desborda el criterio del contrato administrativo como contrato de obras y servicios públicos (STS 11 de mayo de 1.982, Ar. 2.566, y 7 de noviembre de 1.983, Ar. 5.959). En su virtud, podían concebirse como contratos administrativos, aparte de una serie de contratos nominados o típicos (no calificados explícitamente como administrativos pero sometidos plenamente a la Ley de Contratos del Estado), cuyo carácter administrativo resulta de su objeto (obras públicas, servicios públicos o suministros a la Administración), aquellos otros «que tengan carácter administrativo, por declararlo así una ley, por su directa vinculación con el desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato» (art. 4.2.ª LCE), siendo privados los demás contratos.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1.993 (Ar. 9.839), concluye que son:

«criterios delimitadores de los contratos administrativos de los privados, en primer lugar, la condición administrativa insita en los contratos típicos de obras, gestión de los servicios

⁷ Por ello, no es muy precisa la afirmación de la STS de 5 de octubre de 1.981 (Ar. 4.064) cuando niega que el contrato de venta de bienes patrimoniales para obtener recursos económicos no tenga conexión con un fin de obra o servicio público «aunque fuere indirecta». Lo cierto es que no hay conexión directa y ello es lo que extrae el contrato del ámbito administrativo, si bien, los recursos obtenidos, y por ende el contrato, indirectamente, servirán para la satisfacción de fines públicos.

públicos y suministros; en segundo término, igual condición respecto de los contratos distintos de los anteriores a los que se les asigne carácter administrativo por una ley, su directa vinculación al desenvolvimiento de un servicio público o revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo, expresiones legales estas últimas unánimemente interpretadas por la más autorizada doctrina en el amplio sentido del giro o tráfico específico del órgano administrativo que celebre el contrato o de la actividad concreta que dicho órgano desarrolle en el ámbito de su competencia funcional, sentido recogido por la jurisprudencia conjuntamente con su criterio tradicional referido a obras y servicios públicos ..., y, por último, la condición privada de todos aquellos contratos no encuadrables en los casos examinados».

III. CRITERIOS DE LA LEY VIGENTE

La LCAP no aportó un nuevo criterio de delimitación del contrato administrativo, limitándose a tomar los criterios ya establecidos legal y jurisprudencialmente, con ciertas variaciones respecto del tenor de los preceptos de la Ley de Contratos del Estado, variaciones que no son sustanciales y que, fundamentalmente, siguen las pautas indicadas por la jurisprudencia.

En este sentido, el art. 5.2 configura como administrativos, junto a ciertos contratos típicos, determinados por su «objeto directo», «los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una Ley».

Una primera diferencia que se observa entre la nueva Ley y la anterior es el abandono de la caracterización del contrato administrativo por ser un contrato necesario para el desenvolvimiento regular del servicio público, que fue acogida por la Ley de Contratos del Estado, pero ahora abandonada por la dificultad en definir de manera precisa el concepto de servicio público y de determinar el carácter administrativo de un contrato por ser necesario para su desenvolvimiento regular. En su lugar, la nueva Ley, con mayor precisión y en términos más ajustados a los propuestos por doctrina y jurisprudencia, atiende ahora al «giro o tráfico administrativo» y la «presencia en la causa del

contrato de un fin público como elemento esencial del mismo». Con todo, el criterio dominante de corresponder el contrato al campo concreto de las competencias del órgano administrativo contratante, «el giro o tráfico específico de la Administración contratante» que dice la nueva Ley, tampoco es siempre claro y preciso, pues, como pone de manifiesto DE SOLAS⁸, a menudo las competencias de la Administración se establecen de forma excesivamente genérica y, de otro lado, todo contrato celebrado por la Administración ha de tener un apoyo, directo o indirecto, en las competencias de la propia Administración contratante.

Por ello, recogiendo también el criterio doctrinal y jurisprudencial que determina como nota propia y plenamente diferenciadora del contrato administrativo el perseguir directamente un fin público, la nueva Ley califica, asimismo, como contratos administrativos los que satisfagan «de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia» de la Administración contratante. Dicho criterio implica que el contrato puede ser administrativo aunque no esté determinada específicamente la competencia de la Administración contratante respecto del contrato que se pueda celebrar siempre que la competencia de la Administración contratante, aunque sólo esté determinada genéricamente, incluya una finalidad que satisfaga de forma directa o inmediata el contrato. Ahora bien, no basta cualquier finalidad pública sino que ha de ser específica de la competencia de la Administración contratante (de suerte que este criterio no permitiría calificar un contrato que persiguiese una finalidad meramente genérica de la Administración contratante o una finalidad específica de otra Administración distinta) y el fin público, como se sabe, ha de ser directo o inmediato, ya que, directa o indirectamente, la Administración ha de servir siempre «con objetividad los intereses generales» (art. 103.1 de la Constitución).

En definitiva, priman los criterios competencial y finalista, en los términos expuestos, aunque complementados por un criterio objetivo en cuanto a los contratos administrativos nominados (STS 24 de diciembre de 1.985, Ar. 6.405) y un criterio formal complementario: será administrativo también el contrato que determine como tal una ley. De esta forma, tanto los contratos administrativos especiales por ley como los típicos, que también son administrativos porque una ley, nominativamente, los califica como administrativos, pueden, en rea-

⁸ Ob. cit.

lidad, no estar vinculados con la gestión de un servicio público, caso de las obras para bienes patrimoniales. Con independencia de cuestiones conceptuales, tal criterio formal tiene la bondad de uniformar el tratamiento de ciertos negocios jurídicos de la Administración en que se estima procedente.

IV. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NOMINADOS LA «SUPRESIÓN» DEL CONTRATO DE TRABAJOS ESPECÍFICOS

Dentro de los contratos administrativos nominados en la LCAP, ésta distingue los de ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

En particular, los que podrían englobarse bajo una más simple denominación genérica «de servicios» comprenden los contratos de asistencia con empresas consultoras o de servicios, que fueron calificados como administrativos por la Ley de 17 de marzo de 1.973, de reforma de la Ley de Contratos del Estado, y fueron regulados por el Decreto de 4 de abril de 1.974, que, según la disposición derogatoria LCAP queda derogado salvo en la parte no recogida en articulado de la Ley y en cuanto no se oponga a lo establecido en ella, y, por otro lado, el contrato administrativo que excepcionalmente puede celebrarse con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, contemplado por la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1.984, que en su disposición adicional 4.^a cierra la posibilidad de la celebración de contratos administrativos de colaboración temporal, si bien excepcionalmente, admite que se contrate personal para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, cuyo contrato se someterá a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de las normas civiles o mercantiles. Este último contrato fue desarrollado por el Real Decreto de 17 de julio de 1.985, que, al igual que el anteriormente citado, es derogado por la LCAP salvo en la parte no recogida en articulado de la Ley y en cuanto no se oponga a lo establecido en ella.

Pues bien, el proyecto de ley «suprime» el contrato de trabajos específicos y habituales, aunque, en realidad, no es que se excluya de la contratación su objeto sino que se refunde dentro del contrato de

asistencia y consultoría y de servicios, desapareciendo los requisitos específicos (más rigurosos) de aquél.

En este sentido, la exposición de motivos del proyecto destaca de éste «la supresión 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 han suscitado en la práctica de su aplicación concreta». Ello, en realidad, se traduce en suprimir ciertas limitaciones, concretamente las de los arts. 198.3, 199.2, 201 y 202 LCAP, de suerte que será ahora aplicable el régimen general, más liberal, de los contratos de servicios.

Por otro lado, como también significa la propia exposición de motivos, «se admiten, con ciertos límites, las figuras de los contratos de arrendamiento financiero y de arrendamiento con opción de compra, superando el obstáculo que para su utilización suponía la prohibición de precio aplazado [art. 14.3 LCAP], y los contratos con empresas de trabajo temporal, con lo cual se pretende dotar a las Administraciones Públicas de figuras y modalidades contractuales de normal utilización en el tráfico contractual privado».

A tal efecto, se amplía el concepto de contrato de suministro, de suerte que se entenderá por tal «el que tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso». Podemos recordar, sin embargo, que el informe 1/1998, de 30 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entendió que, si bien en principio, la selección de un contratista que proceda a la adquisición de inmuebles para su posterior arrendamiento financiero puede calificarse como contrato administrativo de servicios financieros, existen «no obstante, argumentos para su configuración como contrato de naturaleza privada» ... «a partir de la incorporación del arrendamiento financiero de inmuebles a la Ley de Patrimonio del Estado», como contrato patrimonial, conforme al art. 5.3 LCAP.

Y, por otro lado, dentro del contrato de servicios se admite, como excepción la utilización de empresas de trabajo temporal, aunque sólo para la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios aná-

logos (art. 197.3 in fine). A pesar de este escaso ámbito de aplicación, el proyecto no ha dejado de tener críticas, tanto por las organizaciones sindicales como en la doctrina, en cuanto se estima que las Administraciones Públicas deben fomentar la estabilidad en el empleo y no el empleo precario que se presta a través de las empresas de trabajo personal⁹.

V. EL PROBLEMA DE LOS CONTRATOS PATRIMONIALES

El vigente art. 5 LCAP, después de delimitar los contratos administrativos en su apartado segundo, establece, en el tercero, que «los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y en particular los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables».

Puede entenderse, así, que «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables» son siempre contratos privados, lo que resultaría respaldado por el art. 9.1, cuando, al tratar del régimen jurídico de los contratos privados, dice que estos contratos (compraventa, donación, etc.) «se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable en cada caso» (si bien, más adelante, habrá que matizar esta afirmación, de acuerdo con la jurisprudencia). Por ejemplo, si se trata de la Administración del Estado, se aplicará la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, que regula la adquisición de bienes y derechos patrimoniales (arts. 19 y ss.), prevaleciendo estas normas sobre las de la LCAP relativas a la preparación y adjudicación de contratos (que, en principio, como establece el propio art. 9.1, son aplicables también a los contratos privados).

En este punto, el proyecto de ley es escasamente innovador: únicamente se aclara en el art. 9.1 LCAP que la aplicación de la legislación patrimonial se refiere a la preparación y adjudicación, que resultan, por consiguiente, prevalentes sobre las de la LCAP.

⁹ Cfr. *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, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid n.º 1, págs. 137 y ss.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa tiene declarado, en su informe 36/1997, de 10 de noviembre, que los contratos de compraventa y arrendamiento que celebra la Tesorería General de la Seguridad Social son contratos privados, tanto si la compra se celebran para sus propios fines como de las distintas entidades gestoras o el arriendo se celebra en calidad de arrendatario, para cubrir sus necesidades, como en calidad de arrendador, al objeto de rentabilizar el patrimonio inmobiliario del que es propietaria. Y, por su parte, el informe del propio órgano consultivo 7/1996, de 7 de marzo, dice que «con toda claridad el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que tiene la consideración de básico y, en consecuencia, aplicable a todas las Administraciones Públicas, establece en su apartado 1 que <<los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso>>. De este precepto de la LCAP resulta que la remisión a la legislación patrimonial ... es completa, sin restricción alguna», sin perjuicio del carácter supletorio de la LCAP.

Ahora bien, el art. 5.3 LCAP no puede interpretarse de forma tan tajante que excluya todos los contratos que cita de la contratación administrativa. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰ apunta que «así como los contratos sobre propiedad incorpóreas (propiedad industrial, marcas, propiedad intelectual) serán siempre contratos privados, esta mención de los contratos sobre bienes inmuebles análogos a los determinados expresamente no permite extraer la misma conclusión. Hay negocios concesionales sobre inmuebles ... que son negocios jurídico-públicos inequívocos».

En esta línea, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha rechazado que cualquier contrato sobre bienes patrimoniales quede excluido de la consideración como contrato administrativo, al entender que los contratos patrimoniales citados por la LCAP, en particular, como contratos privados, lo son siempre que no reúnan las características propias de los contratos administrativos, pues sólo los «restantes» (art. 9.3 LCAP) pueden ser privados.

De esta forma, se ha juzgado que si las notas propias de los contratos administrativos (art. 5.2 LCAP) están presentes pueden ser

¹⁰ *Ámbito de aplicación de la Ley*, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, pág. 123.

administrativos contratos de compraventa (STS 28 de mayo de 1.980, Ar. 2.843; 24 de febrero de 1.987, Ar. 3.359; y 16 de diciembre de 1.988, Ar. 10.161), arrendamiento de bienes (STS 17 de noviembre de 1.978, Ar. 132; 7 de marzo de 1.983, Ar. 1.622; 15 de marzo de 1.985, Ar. 2.824; 26 de noviembre de 1.985, Ar. 492, y 13 de julio de 1.987, Ar. 6.888) u otros tipos contractuales propios del Derecho privado, como la permuta (STS 13 de julio de 1.988, Ar. 6.060), el arrendamiento de obra (STS 22 de abril de 1.981, Ar. 1.834) o un arrendamiento de servicios (STS 17 de marzo de 1.979, Ar. 1.261). En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1.980 (Ar. 5.020) precisa que «si bien es cierto que, en principio, el contrato de compraventa de un bien inmueble por un ente municipal debe considerarse como de carácter civil ... no es menos cierto que cuando el contrato de que se trata tiende a la satisfacción directa e inmediata de una finalidad pública ... y se integra dicha finalidad en la causa del contrato, debe subsumirse éste dentro de un concepto amplio de obras y servicios públicos». De acuerdo con lo expuesto, pueden existir contratos de naturaleza privada, esto es, que respondan a un tipo contractual propio del Derecho privado, pero de carácter administrativo, que queden sujetos al Derecho administrativo ¹¹.

En concreto, el Tribunal Supremo califica los contratos sobre bienes patrimoniales como administrativos cuando el contrato se dirija a satisfacer un fin público como causa del contrato (STS 28 de noviembre de 1.981, Ar. 5.329). Por ejemplo, es calificado como administrativo el arrendamiento de bienes para el desarrollo de las actividades propias de la Administración (STS 17 de noviembre de 1.978, Ar. 132/79, y 17 de noviembre de 1.986, Ar. 403). Son también administrativos los contratos que tiene por objeto la enajenación de bienes patrimoniales de la Administración para satisfacer un fin público, primario y social, cual sea la distribución de las fincas entre agricultores y vecinos (STS 24 de diciembre de 1.985, Ar. 6.405) o la venta de una parcela con la finalidad primordial de facilitar la instalación de industrias (STS 14 de mayo de 1.987, Ar. 5.517, y 7 de noviembre de 1.988, Ar. 8.633). La jurisprudencia ha considerado igualmente como administrativo el contrato que tiene por finalidad la promoción y suministro de viviendas sociales por parte de la Administración, que constituye un servicio público (STS 4 de noviembre de 1.981, Ar. 339); y se ha apreciado la existencia de un contrato administrativo «en el que la

¹¹ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en *Comentarios ...*, *ob. cit.*, págs. 66 y 67.

Administración local dona y la estatal adquiere para dedicar el bien a una actividad propia de su ámbito de Derecho público, de servicio público y de interés general» (STS 7 de noviembre de 1.983, Ar. 5.959), como lo es el tendente a la realización de una actividad recreativa, al ser competencia municipal la prestación de actividades con fines recreativos y culturales (STS 30 de mayo de 1.983, Ar. 3.462).

Por el contrario, el contrato será privado «si la finalidad perseguida ... fue la de obtener recursos económicos», aunque estos recursos se destinen, lógicamente, a mejorar servicios públicos o cubrir el déficit del organismo contratante (STS 5 de octubre de 1.981, Ar. 4.064), siendo civil la venta de bienes patrimoniales para obtener dinero, con independencia de secundarios efectos sobre la promoción urbanística (STS 23 de febrero de 1.976, Ar. 1.422; y 28 de noviembre de 1.981, Ar. 5.329), por lo que, en definitiva, el contrato es privado si la enajenación de bienes patrimoniales u otro contrato sobre ellos, como el arrendamiento, tiene por finalidad la de obtener ingresos para la Administración sin una finalidad directa e inmediatamente conectada con un objetivo de interés público (STS 11 de diciembre de 1.978, Ar. 4.570; 5 de julio de 1.983, Ar. 3.976; y 8 de marzo de 1.986, Ar. 1.773). En cambio, si los rendimientos económicos obtenidos se destinan a la satisfacción de un interés público, como la asistencia sanitaria, «ello hace que sea lógico extender a este tipo de negocios jurídicos la tutela administrativa, pues en ellos subyacen de manera mediata intereses públicos» (STS 8 de marzo de 1.986, Ar. 1.773; y 13 de julio de 1.987, Ar. 6.888).

Desde luego, «es evidente que cuando la Administración actúa sobre los bienes de dominio público, en cualquier de sus diversos aspectos (incluyendo el ámbito contractual), lo hace revestida de <<imperium>> y utilizando una serie de facultades exorbitantes que son propias de los bienes de tal carácter y por tanto la competente para la revisión de los actos que sobre ellos recaigan será esta jurisdicción contencioso-administrativa salvo cuando se trate de cuestiones de propiedad, cuya competencia para resolverlas se encomienda a los tribunales de la jurisdicción civil» (STS 11 de mayo de 1.982, Ar. 3.162). Por supuesto, son contratos administrativos los que tienen por objeto bienes de dominio público adscritos a un servicio público (STS 11 de abril de 1.981, Ar. 1.8343; 2 de julio de 1.982, Ar. 5.256; 11 de marzo de 1.985, Ar. 1.503; y 27 de octubre de 1.987, Ar. 9.186). Y por su asimilación a los bienes de dominio público, merecen la calificación de administrativos los contratos sobre bienes comunales (STS 9 de febrero de 1.985, Ar. 1.007).

VI. LA RECALIFICACIÓN DE CIERTOS CONTRATOS COMO PRIVADOS

Como señala VICENTE IGLESIAS¹², el proyecto establece claramente y de una vez por todas la naturaleza no administrativa de los contratos de seguros, bancarios y de inversiones (aunque se mantienen reglas especiales sobre la adjudicación, que vienen impuestas por el Derecho comunitario), así como de los contratos de espectáculos y de los que tienen por objeto la creación artística y literaria.

Con ello, se exceptúa la aplicación del criterio general finalista, de modo que, aunque se tratase de contratos con una finalidad inmediata de carácter público de la específica competencia del poder adjudicador (lo que justificaría su carácter administrativo conforme al señalado criterio) se calificarían siempre como contratos privados.

Con todo, debe distinguirse entre unos y otros contratos. Los primeros (seguros y bancarios) han sido calificados, en ciertas condiciones, como contratos administrativos. En cambio, en el caso de los contratos artísticos, su calificación como contratos privados no ha motivado grandes controversias, al menos en España.

Así, el Tribunal Supremo tiene declarado que es administrativo el contrato de seguro suscrito para cubrir al personal al servicio de la Administración contratante, «interés netamente público que hace insoslayable la presencia de unas potestades administrativas (STS 21 de noviembre de 1.986, Ar. 1.543), y ha calificado como administrativo el contrato de préstamo a través del cual la Administración ejerce una potestad administrativa de fomento (STS 4 de febrero de 1.987, Ar. 2.062). Y el dictamen del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 1996 (Exp. 2992/96) pone de manifiesto que el art. 207 LCAP contempla el contrato de servicios bancarios a la Administración como contrato administrativo (junto con los servicios de seguros, dentro del concepto de servicios financieros).

En concreto, en relación con el contrato de seguro para cubrir la responsabilidad de la Administración, GAMERO CASADO¹³ comparte la tesis doctrinal mayoritaria sobre su calificación de contrato administrativo y reclama, incluso, una regulación especial, pues, la aplica-

¹² VICENTE IGLESIAS, José Luis, *Comentarios a propósito de la próxima reforma de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, Actualidad Administrativa n.º 31, 30 de agosto al 5 de septiembre de 1999, pág. 862.

¹³ GAMERO CASADO, Eduardo, *Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, Revista Española de Derecho Administrativo n.º 103, julio/septiembre 1999, págs. 357 y ss.

ción de la Ley del Contrato de Seguro privado causa diversos problemas, como el olvido de la LCAP y la LJCA por los tribunales civiles (que se entienden competentes y aplican a la Administración las mismas reglas que a los sujetos privados) y, especialmente, la dificultad de cubrir la responsabilidad patrimonial con el contrato de seguro de responsabilidad civil. Esta dificultad, además, es tanto fáctica, por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración asusta a las compañías de seguros, como jurídica, pues la Dirección General de Seguros ha considerado que la responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución ajena a la responsabilidad civil extracontractual y por ello no puede quedar cubierta por el seguro de esta última, de suerte que, unificado el régimen sustantivo y el fuero jurisdiccional de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el Derecho y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en virtud de la LJCA de 1998 y la Ley 4/1999¹⁴, tal seguro, en el ámbito de la Administración, sólo cubre la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de delitos o faltas cometidos por su personal¹⁵.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe, 41/1998, de 16 de diciembre, admite que el contrato de seguro puede ser un contrato privado o también un contrato administrativo, como contrato de servicios (como prevé el art. 207.6 a) LCAP), en el informe 34/1996, de 30 de mayo, afirma el carácter administrativo de los contratos bancarios de préstamo, y, en el informe 31/1996, de 30 de mayo, califica como administrativos contratos de préstamo, póliza de crédito y seguro, como contratos de servicios financieros, así como los contratos de suministro de energía eléctrica y teléfono, como contratos de suministro, mientras que reputa que los contratos de festejos taurinos, orquestas musicales y artistas son contratos privados, aunque deben someterse, en cuanto preparación y adjudicación, a la LCAP, a falta de normas específicas. Asimismo, el informe 35/96, de 30 de mayo, de la propia Junta, ya declaraba que los contratos con artistas son contratos privados, pues

¹⁴ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Ed. Aranzadi, págs. 123 y ss.; y *La modificación del régimen de la responsabilidad de la Administración por la Ley 4/1999*, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid n.º 4, agosto/octubre 1999.

¹⁵ Por el contrario, a nuestro juicio, la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad extracontractual y presenta la misma naturaleza, aunque tenga diferentes reglas, que la responsabilidad civil.

no son contratos típicos y tampoco se dan las circunstancias del art. 5.2 b) LCAP. En la misma línea, el informe 41/1996, de 22 de julio, sostiene que «los contratos de contenido creativo o artístico a que se refiere el propio escrito de consulta deben ser calificados como contratos privados y, en cuanto a su régimen jurídico, en la preparación y adjudicación, se aplicarán, en defecto de normas especiales inexistentes, las de la propia ley que, sin embargo, no comprende, por incompatibilidad con su naturaleza, las relativas a la clasificación», si bien los contratos de adquisición de propiedad intelectual se rigen por la legislación patrimonial del Estado (conforme al art. 9.1 LCAP), sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la legislación de propiedad intelectual.

Sin embargo, el Consejo de Estado, en su dictamen de 22 de diciembre de 1998 (Exp. 4464/98), en relación con el proyecto de ley de reforma de la LCAP, se ha manifestado en contra de la calificación como privados de todos estos contratos. Dice, así, que «el Consejo de Estado no desconoce las dificultades prácticas que se derivan de la aplicación a estos contratos del régimen general de la contratación administrativa. Pero este dato no es suficiente para excluir la aplicación de dicho régimen, ni permite compartir la afirmación contenida en la memoria de que sea la Directiva 92/50/CEE (modificada por la Directiva 97/52/CE) la que expresamente establece que los anteriores contratos no tiene carácter administrativo».

Es más, para el Consejo de Estado, todos estos contratos quedan incluidos en la citada Directiva, que incluye, en su ámbito de aplicación, como contratos públicos de servicios, «los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora [como el Estado, los entes territoriales o los organismo de Derecho público]», con exclusión de algunos supuestos, entre los que no se encuentran los estudiados. Es más, éstos aparecen en los anexos de la Directiva, concretamente, en el apartado 6 del anexo I A (servicios financieros, tanto de seguros como bancarios y de inversiones, con la excepción de los relativos a títulos u otros instrumentos financieros, y los servicios prestados por bancos centrales), y en el apartado 26 del anexo I B (servicios de esparcimiento, culturales y deportivos). Y, por ello, el citado alto cuerpo consultivo concluye que todos estos contratos han de recibir la calificación de administrativos.

No podemos, sin embargo, compartir tan tajante conclusión. Como sabemos, la distinción entre contratos administrativos y privados sólo

tiene relevancia en cuanto a los efectos y extinción del contrato. La preparación y adjudicación de todo contrato de la Administración debe celebrarse conforme a las normas administrativas. Así, en realidad, la Directiva 92/50, de 18 de junio, no pretende calificar contratos como administrativos o privados en cuanto al régimen de fondo de los mismos. Únicamente se ocupa, según anuncia su propio título, de la «coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios». En consecuencia, los contratos objeto de la controversia deben adjudicarse de acuerdo con lo establecido por la Directiva, puesto que efectivamente les es aplicable, pero su contenido y extinción habrá de regirse por las normas que procedan al amparo de la aplicación de nuestra legislación, sin que el Derecho comunitario imponga aquí una u otra solución. En esta línea, GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁶ estima que cabe intentar mantener el carácter privado de los contratos contemplados por el Derecho comunitario imponiendo como reglas especiales las referentes a la publicidad y a las formas de adjudicación, así como las particularidades anejas a estas dos materias, que es donde se manifiestan las exigencias comunitarias.

Ahora bien, es preocupante la «huida del Derecho administrativo»¹⁷, que aquí se manifiesta. Se huye del Derecho administrativo porque este establece formalidades difícilmente aplicables al mundo de la banca y los seguros, en el que, generalmente, la Administración, como los demás sujetos, se limita a firmar un contrato de adhesión, y al mundo del espectáculo, en el que las negociaciones y contrataciones son reacias al formalismo.

De todos modos, la declaración legal puede llegar a interpretarse en un sentido no tan concluyente, de suerte que estos contratos, al igual que los patrimoniales, son ejemplos de contratos privados, pero serán privados siempre que no presenten las notas propias de los contratos administrativos, aunque hay que reconocer que la voluntad del legislador es excluirlos de lo administrativo, hasta el punto que en un anteproyecto inicial se llegó a excluir los contratos artísticos de la ley, incluyéndolos en la enumeración de su art. 3.

En cualquier caso, mejor que huir del Derecho administrativo es hacer de éste un instrumento más útil, modificando lo que proceda (vía que no es la aquí seguida para estos contratos aunque sí para otros).

¹⁶ *Ámbito ...*, ob. cit., pág. 122.

¹⁷ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Ed. Civitas, 2ª ed. (1.º en la Editorial), págs. 123 y ss. y 199 y ss.

SOBRE LA FUNCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

POR

JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS¹

SUMARIO: I. La concepción social del derecho de propiedad. II. La función social como referente teleológico. III. La función social y la delimitación del contenido del derecho de propiedad. IV. La acción funcionalizadora del poder público sobre la propiedad. V. La función social como elemento estructural del derecho de propiedad. La propiedad estatutaria.

I. LA CONCEPCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La posición nada desdeñable que ocupa la propiedad en el contexto económico, social y jurídico de la colectividad ha supuesto que, desde antiguo, se haya convertido en asunto de especial consideración en esa triple perspectiva, singularmente destacado para la ciencia jurídica².

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

² Para una aproximación histórica al derecho de propiedad resulta recomendable la obra de GUMERSINDO DE AZCARATE: «Ensayo sobre la Historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa», Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880, tomos I, II y III. También, pero con un tratamiento más filosófico, ALONSO MARTÍNEZ, MANUEL: «Estudios sobre el derecho de propiedad», Imprenta de Eduardo Martínez García, Madrid, 1874. Es interesante la distinción que formula DE AZCARATE entre *propiedad* y *derecho de propiedad*, formulada en los siguientes términos: «La propiedad es la relación esencial, sustantiva y total; el derecho de propiedad es el conjunto de condiciones necesarias para que aquella pueda realizarse y cumplirse; la primera es el fondo, el segundo la forma; aquella el todo, éste la parte (...) Desde el momento en que se reconoce la relación de la propiedad como real y necesaria, basta atender á la naturaleza general del derecho para comprender que ha de protegerla y ampararla, como lo hace con todas las demás de la vida, *condicionándola*» (la cursiva es del autor; *op. cit.*, tomo III, p. 364). Una exposición más sintética, pero exhaustiva, de la evolución histórica del concepto de propiedad como proyección de la tensión de Derecho público y Derecho privado en DOMÍNGUEZ LUIS, JOSÉ ANTONIO: «Registro de la Propiedad y Administración Pública?», Comares, Granada, 1995, pp. 233 y ss, de donde tomamos buena parte de las ideas que aquí exponemos. También encontramos esa visión histórica, incluyendo un análisis del Derecho comparado europeo, puede verse LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Propiedad privada del suelo y derecho a edificar», Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 32 y ss. En la literatura foránea cabe citar, por todos, LABOULAYE, EDOUARD: «Histoire du droit de propriété foncière en Occident», Batignolles-Monceaux, Paris, 1839. Curiosamente, en la portada de la obra reza la siguiente cita: «At jus privatum latet sub tutela juris publici», BACON, *Aphorisme*, III».

Sin necesidad de retrotraernos más allá de los confines de la contemporaneidad se constata en este punto la discordancia que existe entre la concepción liberal legalmente positivizada del derecho de propiedad y las exigencias que se derivan de un modelo de Estado que, como el actual, propugna, entre otros objetivos, garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo³.

Desde la perspectiva histórica que se propone, y por lo que a nuestro país se refiere, el tratamiento jurídico de la propiedad arranca de la construcción de uno de los pilares básicos de la dogmática privatista cual es el derecho subjetivo⁴ y se positiviza en el artículo 348 del Código Civil —norma que se inspira a su vez en el artículo 544 del CC francés de 1804 que tiene el siguiente tenor literal: «la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements»—, reflejo todavía de esa concepción individualista⁵ que pugna con la moderna concepción social plasmada en los textos fundamentales⁶.

³ Cfr. RUIZ-GIMENEZ, JOAQUIN: «La propiedad. Sus problemas y su función social», Salamanca-Madrid, 1962.

⁴ Como señala MONTES PENADES, en el precepto de nuestro CC la propiedad se presenta como un «derecho subjetivo real que se especifica frente a las demás situaciones activas subjetivas de carácter real a través de las notas de unidad, perpetuidad, exclusivismo o exclusividad e ilimitación (en el sentido, esta última, de globalidad o indeterminación de facultades concretas)» («Comentario al artículo 348 del Código Civil», en «Comentario del Código Civil», Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, t. I, pp. 951-953).

⁵ ALVAREZ-CAPEROCHIPI se refiere a la propiedad como «principio epistemológico del derecho» —en cuanto «es la traducción jurídica absoluta e inmediata, de forma dogmática e inconsciente, de los valores ideológicos admitidos» y en cuya identidad «se resuelve el conflicto supremo entre el individuo y el Estado y, a la vez, se reconocen y se regulan las facultades organizativas y la responsabilidad de las personas individuales en sus relaciones económicas y sociales»—, resaltando a continuación la «concepción subjetivista e individualista» que subyace en la definición del artículo 348 del CC y que en realidad es «una manifestación concreta de la concepción subjetivista e individualista de la teología y filosofía a partir del nominalismo y la reforma protestante» («Curso de derechos reales», Civitas, Madrid, 1986, tomo I, p. 25).

⁶ Se hace eco COCA PAYERAS del desacoplamiento de la concepción individualista de la propiedad plasmado en los primeros proyectos de codificación respecto de las nuevas condiciones socioeconómicas del siglo XIX, y estudia la repercusión de este fenómeno en la doctrina jurídica generadora de una pujante corriente de sociologismo jurídico. Su explicación del distanciamiento creado entre el concepto de propiedad del artículo 348 del CC y la literatura jurídica española de principios de siglo parte de un planteamiento situacional que en buena medida ya ha sido tratado en páginas precedentes. Concretamente dice lo siguiente: «Como consecuencia del largo proceso de codificación civil, que ocupó casi todo el siglo XIX, el concepto de propiedad perfeñado a principios de éste en los primeros proyectos de codificación, de corte liberal en consonancia con los intereses de la clase detentadora del poder, acaba siendo el que, con levísimos matices, se promulga como definitorio de ese derecho, pero a finales del siglo. Momento en el que las condiciones sociales europeas, ..., más las específicas de España, como el crecimiento de las ciudades al son de la industrialización, o el minifundismo y latifundismo en el campo, eran un ariete imparable contra los dogmas del liberalismo económico y sus manifestaciones jurídicas» (COCA PAYERAS, MIGUEL: «Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica», en *Studia Albotoniana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pp. 163 y ss.)

Así, la Constitución republicana de 1931 recoge en su artículo 44, con notoria influencia de la Constitución mejicana de 1917 y de la alemana de Weimar de 1919, el nuevo criterio del derecho de propiedad por el que éste «deja de ser considerado como un reducto exclusivo del individuo para asumir el papel de núcleo referencial en el que convergen intereses múltiples, que se pretende encuentren un criterio de orientación y equilibrio en la normativa constitucional». E incluso las Leyes Fundamentales del período franquista —en concreto la Declaración XII del Fuero del Trabajo de 1938 los artículos 30 y 31 del Fuero de los Españoles de 1945 y el Principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional⁷, —constituyen en cierta medida una continuidad de esta situación precedente, si bien con un cierto tono de «contrarreforma»⁸ pues en ellas se predica la dependencia de la propiedad privada respecto del interés público y de las necesidades sociales hasta el punto de que, formalmente, la garantía de la propiedad privada aparecía notablemente debilitada⁹.

Sin embargo, es el artículo 33 de la CE el que ha representado un paso significativo en la moderna configuración social del derecho de propiedad¹⁰. Después de que en el número 1 de este precepto constitucional «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia»,

«... puede haberla autonomía de la propiedad como un poder funcional...»

⁷ El tenor literal de la Declaración XII del FT es el siguiente: «El Estado reconoce y ampara la propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales, quedando subordinadas todas las formas de propiedad al interés supremo de la nación, cuyo intérprete es el Estado». Por su parte, el artículo 30 del FE señalaba que «La propiedad privada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares o sociales, es reconocida y amparada por el estado. Todas las formas de propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común»; en tanto que el artículo 31 disponía que «El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: hogar familiar, heredad, útiles de trabajo y bienes de uso cotidiano». Finalmente, el Principio X de la LPMN reconocía «a la propiedad privada en todas sus formas como derecho condicionado a su función social».

⁸ MONTES PENADES, V.L.: «Panorama de la propiedad privada después de la Constitución de 1978», en «Propiedad, Urbanismo, Derecho Comunitario Europeo y Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», Ciclo de Conferencias de los Centros Hipotecarios de Galicia y Madrid (1984-1986), CNRP, 1986, p. 14.

⁹ PÉREZ LUÑO, A.E.: «Artículo 33», en «Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978», Edersa, Madrid, 1983, tomo III, p. 393.

¹⁰ Sobre la génesis de este precepto constitucional, destacando el autor como dato más relevante «la escasa polémica que suscitó» sobre todo si se compara con la «agria y prolongada» gestación del artículo 44 de la Constitución de 1931, vid. COCA PAYERAS, «Tanteo y retracto, función social de la propiedad...», *op. cit.*, pp. 258 y ss. Por su parte, SCHIFFRIN denota una cierta «ambigüedad» en este precepto al punto que «permite sostener tanto que existe un núcleo dado intangible de la propiedad que impide su reestructuración profunda como para argumentar que el contenido de la propiedad puede ser estructurada por el legislador con arreglo a su función social» («Constitución y propiedad», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 62, 1981, p. 122).

el número 2 establece que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes», para garantizar en el número 3 que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»¹¹.

Del examen comparativo de ambos preceptos —art. 348 CC y 33 CE— puede entenderse, «prima facie», una clara contradicción del precepto constitucional con el sentido y alcance del primero. Ahora bien, como certeramente observa PÉREZ LUÑO¹², esta situación antinómica ha sido superada por los criterios integradores y jerárquicamente superiores en el plano normativo enunciados en la Constitución. Es por ello que el tradicional «agere licere» del propietario no puede estar revestido de la significación absoluta e ilimitada que pudo tener en sus orígenes de la codificación civil —la doctrina clásica incluía en el estatuto del propietario las facultades de «ius utiendi», «fruendi», «abutendi» y «disponendi»¹³ — sino que debe interpretarse de acuerdo con los valores y, a la vez, con las exigencias de orden social y económico que configuran la disciplina constitucional de la propiedad¹⁴.

¹¹ Resume PAREJO ALFONSO la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el indicado precepto indicando que en éste debe distinguirse el derecho de propiedad en sentido objetivo o institucional (n.º 2 del precepto) y el derecho en sentido subjetivo (n.º 3 del precepto). En el primer caso se trata del derecho de propiedad propiamente dicho o en cuanto tal, vinculado al libre desarrollo de la personalidad y, por tanto, a la libertad en general como se insistirá más adelante, mientras que en el segundo se está más bien ante el objeto de ese derecho, la situación patrimonial concreta e individualizada constituida en cada caso conforme a dicho derecho, es decir, a título jurídico de propiedad —Sentencias del Tribunal Constitucional 11/1983, de 2 de diciembre; 166/1986, de 19 de diciembre; y 67/1988, de 18 de abril— («Fe pública y Administración Pública», en «La Fe Pública», en el volumen de ponencias presentadas a las Jornadas organizadas por el Ministerio de Justicia y el Consejo General del Notariado los días 18, 19 y 20 de abril de 1994, Consejo General del Notariado, Madrid, 1994, p. 163). Sobre la dimensión constitucional del derecho de propiedad en su vertiente urbanística puede verse J.E. SORIANO GARCÍA: «Las facultades dominicales en la tercera Ley del Suelo», en «Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pp. 102 y ss., espec. pp. 114-125.

¹² *Op. cit.*, III, pp. 416-417.

¹³ Recordemos que las facultades tradicionales que se atribuyen al derecho de propiedad son el goce, la disposición y la vindicación.

¹⁴ Afirma CABELLO DE LOS COBOS que «la propiedad, salvo hipótesis de laboratorio, nunca ha sido un derecho absoluto, ni histórica ni objetivamente. La propiedad no es más que la potencialidad permanente del uso de un bien determinado, con carácter exclusivo y excluyente». Recuerda a este respecto que ya en las Reales Ordenanzas de la ciudad de Plasencia sobre propiedad rústica (recopiladas en el año 1548), la Disposición 13 del Título XVIII impone una importante limitación al uso de esa propiedad rústica estableciendo la labranza forzosa de un cuarto de cada dehesa a favor de los vecinos de Plasencia y su Tierra:

En la misma línea, COCA PAYARES¹⁵ subraya que ha de ser precisamente la nota de la función social la que, desaparecidos aquellos factores, cumpla el papel unificador que el poder pleno e ilimitado cumplía para los revolucionarios franceses y, en este sentido, señala el autor que el artículo 33 CE se sitúa jerárquicamente por encima del Código civil, y también por encima de las leyes especiales, pero con una diferencia de contenido; así, mientras que el artículo 348 CC describe técnicamente «cualquier derecho» de propiedad como facultad de «gozar y disponer», lo que hacen las leyes especiales es perfilar las concretas formas de goce y disposición, fijándolos cualitativamente y en sus límites; y al hacerlo, esas leyes especiales en materia de propiedad, existentes, y las que se promulguen en el futuro, por una parte se están sirviendo del contenido del artículo 348 CC, y, por otra, se sujetan al mandato constitucional de que la «función social» delimite el contenido del derecho de propiedad, o sea ese «goce» y «disposición» de su titular.

II. LA FUNCIÓN SOCIAL COMO REFERENTE TELEOLÓGICO

Puede hablarse entonces de la propiedad como un poder funcional en el que las facultades de goce y disposición, para ser merecedoras de la tutela del Derecho, no pueden ir acompañadas de cualquier interés, sino tan sólo de aquellos intereses predeterminados por la propia Constitución¹⁶, para cuya satisfacción ha sido funcionalizado el derecho

Y añade el autor que la ausencia de toda referencia a la función social en el artículo 348 del CC, remite la inclusión de ésta al inciso final del párrafo primero cuando dice «de acuerdo con las leyes» («La propiedad inmobiliaria y el derecho de la construcción en las directivas comunitarias», en «Estudios de Derecho europeo privado» —obra coordinada por J.M.ª DÍAZ FRAILE—, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, p. 283). Por su parte, MEDINA DE LEMUS señala que «la función social en nuestra Constitución no actúa por vía de consecuencia sino por aplicación directa, corrigiendo ese candor de corte liberal que pudo cumplir su papel en la época de la revolución industrial, pero hoy carece de sentido, toda vez que la concepción clásica y liberal de la propiedad resulta corregida en atención a una mayor exigencia de la justicia social que, por otra parte, tampoco estuvo ausente en el espíritu y en la imagen que siempre ofreció el artículo 348 del CC español» («La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 27).

¹⁵ *Op. cit.*, p. 270.

¹⁶ Sobre el alcance configurador de la función social de la propiedad puede verse LÓPEZ LÓPEZ, ÁNGEL M.: «la disciplina constitucional de la propiedad privada», Ed. Tecnos, Madrid, 1998, especialmente pp. 53 y ss.

mismo¹⁷. De aquí que, como bien dice PUIG PEÑA, el momento actual de la propiedad es el de la superación de la concepción individualista y liberal —que, partiendo de un plano estrictamente iusprivatista, se fija principalmente en la idea de poder— por otra concepción social que contempla la propiedad no sólo como institución jurídica, sino también como institución económica, destacando en ella la idea de función¹⁸.

Aparece así la idea de función social de la propiedad¹⁹ como «referente teleológico» del derecho de propiedad, constituyendo su propio «espíritu interno» y «cauce limitante»²⁰ vinculado a la satisfacción de un interés o utilidad social²¹, y que al margen de valoraciones éticas²²

¹⁷ BARNES VÁZQUEZ: «La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario», Civitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1988, p. 87. Añade el autor que «el propietario no es el exclusivo titular del bien (como, recordemos una vez más, acontecía en el período liberal), aunque resulta evidente que goza de ciertos poderes sobre el mismo. Es, por otro lado, la satisfacción de la finalidad social del derecho la que legitima el otorgamiento, conservación y tutela de la propiedad. Al no ser el <exclusivo titular>, porque tan sólo goza de algunos poderes que tienen por objeto el bien y al ser delimitados éstos —por la misma sociedad: el legislador— para alcanzar un fin social, conectamos de nuevo con que es la colectividad la que ostenta, por así denominarlo, un <derecho primario> sobre los bienes» (p. 89).

¹⁸ PUIG PEÑA, FEDERICO: «Compendio de Derecho Civil Español», Ed. Pirámide, Madrid, 1976, tomo II («Derechos Reales»), p. 59.

¹⁹ Concepto este «vago y difuso», en palabras de DE LOS MOZOS, J.L.: «Retorno a la «galaxia» de la función social de la propiedad», en «El sistema económico en la Constitución española», XV Jornadas de Estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, vol. I, p. 928.

²⁰ RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO: «El principio constitucional de la función social de la propiedad», en «Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX», Homenaje al Profesor Garrido Falla, Editorial Complutense, Madrid, 1992, vol. III, pp. 1.542-1.544. En esta acepción, el autor concibe la función social como «encauzamiento» y como orientación «limitativa» del ejercicio del dominio, de donde se derivan tres consecuencias destacables: primera, de carácter formal: la existencia de la noción de función social en cualquier ordenamiento jurídico no precisa de su concreta formulación literal en la legislación, pues la misma está ligada a diversidad de manifestaciones según los distintos textos constitucionales pero siempre con el substrato ideológico de la vinculación de la propiedad; segunda, la función social de la propiedad en la concepción limitante que se maneja supone una delimitación previa del dominio; tercera y última, la función social como «subordinante limitativo» de la propiedad implica que cuando constriña singular y discriminatoriamente el ejercicio de las facultades dominicales cabe exigir el resarcimiento de los eventuales perjuicios producidos como consecuencia de la privación del contenido esencial del derecho o de alguna de sus facultades.

²¹ En este sentido, señala HERNÁNDEZ GIL que «la función social de la propiedad ha dejado de ser sólo una actitud ideológica para integrarse en el contenido normativo conformador de la institución hasta el punto de que hoy ostenta el rango de precepto constitucional (art. 33)» («La posesión como institución jurídica y social», Obras Completas, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, II, p. 75).

²² Puede verse en este sentido, por todos, VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: «Fundamento, función social y limitaciones de la propiedad privada», en «Estudios sobre Derecho de cosas», Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, pp. 119 y ss., donde establece la conexión entre los conceptos de «función social» y «bien común», pues al atribuir carácter ético a los deberes de legítimo uso de la propiedad privada dentro de ciertos límites, el segundo de ellos «encierra hasta ciertos límites en el campo ético de los deberes dimanantes de la función social de la propiedad y sólo fuera de ello permite la intervención del Estado en los estrictos límites del principio de subsidiariedad» (p. 132).

se encuentra indubitablemente juridificada en nuestro ordenamiento jurídico, revistiendo así un carácter normativo y vinculante.

Así las cosas, esta idea funcionalista del derecho de propiedad implica la capacidad o aptitud que poseen los bienes para, de acuerdo con su particular naturaleza, atender los requerimientos colectivos que expresan las necesidades propias de la comunidad en el marco armonizador derivado de la subordinación a éstos del ejercicio de las facultades dominicales que integran la función individual de dicho derecho²³. Es precisamente a través de nociones instrumentales como las de «interés general», «interés o utilidad pública», «interés o utilidad social» o «interés o utilidad nacional» que se hace efectiva esa función social.

La fórmula función social de la propiedad refleja, en suma, la idea de subordinación o dependencia de la colectividad, vinculación de aquella al interés de la comunidad que, en todo caso, ha de pugnar con un «uso peligroso» del propio derecho de propiedad alejado de la responsabilidad de su titular²⁴.

En este sentido, ya WALINE²⁵ afirmaba que la concepción moderna del derecho de propiedad se construye sobre la idea de los «valores sociales inapropiables». Explica el autor a este respecto que el ejercicio del «ius abutendi» no presenta habitualmente ningún inconveniente social en cuanto consistente en la transferencia a un tercero de todos o parte de los derechos del propietario sobre la cosa. En cambio, lo que si resulta frecuentemente más refutable desde el punto de vista social no es, se insiste, ese ejercicio del «ius abutendi», sino el abuso en el ejercicio del «ius utendi», como sucede en el supuesto del no uso del derecho de propiedad combinado con la pretensión de impedir a los terceros servirse del mismo: v. gr. el propietario que deja sus tierras en baldío o su vivienda desocupada. En esto consiste precisamente lo que WALINE denomina la destrucción «gratuita» de la propiedad, y que es difícilmente tolerable por la mentalidad actual menos individualista que antaño. En definitiva, el uso peligroso de la propie-

²³ RÍOS ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 1.549.

²⁴ Dice MEDINA DE LEMUS que «la propiedad privada es una prolongación indudable de la libertad del individuo, pero también es cierto que la otra cara de la libertad se halla en la responsabilidad o, si se quiere, la solidaridad, en el contexto del Estado democrático moderno, en el que cabe exigir un desarrollo proporcionado y congruente de los poderes públicos y de los poderes de los particulares que es precisamente donde hay que situar la sede en la que ha de examinarse el moderno concepto de propiedad? («La propiedad urbana...», *op. cit.*, p. 24).

²⁵ «L'individualisme et le Droit», Editions Domat, Montchrestein, 1949, pp. 345 y ss.

dad es todavía más antisocial. De aquí las restricciones que desde el Derecho Administrativo se imponen al ejercicio del derecho de propiedad (demolición de edificios que amenazan ruina, prohibición de destinar la tierra a ciertos cultivos o gravar fiscalmente la no utilización de los bienes), que contrastan con la propiedad absoluta tal como se contemplaba en el artículo 544 del Code²⁶.

En esta línea es concluyente DOEHRING²⁷ cuando afirma que la institución de la propiedad sólo puede realizarse a través de su función social, que por ello mismo tiene efecto constitutivo, constituyendo ésta el fundamento de la capacidad dispositiva que es elemento integrante de la propiedad privada, al punto de erigirse en «limitación social» que evita la destrucción misma del poder dominical en cuanto éste no reconociera unas barreras, precisamente las que levanta su funcionalidad social.

En cualquier caso, tampoco faltan posturas beligerantes frente a esta idea de funcionalización de la propiedad²⁸. Así, ARECHEDERRA²⁹

²⁶ La Ley Foral 18/1989, de 29 de diciembre, de modificación de la Norma sobre reforma de las Haciendas Locales de Navarra, por la que se crea un nuevo impuesto municipal - el impuesto sobre viviendas desocupadas-, razona en el Preámbulo la conveniencia de dicha medida, a la vez que designa sus objetivos, en los siguientes términos: «La propiedad privada está expresamente reconocida en el párrafo primero del artículo 33 de la Constitución Española. Pero este derecho a la propiedad privada ha de acomodarse con la función social que, de acuerdo con la leyes, delimitar su contenido. Por lo tanto las leyes pueden limitar las facultades de los propietarios en beneficio de la comunidad. Desde hace varios años la especulación inmobiliaria ha tenido una de sus principales manifestaciones en la posesión por particulares de viviendas desocupadas con la preferente, si no única, finalidad de aprovechar su fuerte incremento de valor con el paso del tiempo. El artículo 47 de la Constitución reconoce el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna, pero la tenencia de viviendas desocupadas con fines especulativos supone un elemento distorsionador de la economía así como una desviación de la función que ha de delimitar la propiedad privada. Navarra, de acuerdo con el artículo 44.1 de la LORAFNA, tiene la competencia exclusiva en materia de vivienda, por lo que corresponde al Parlamento Foral la aprobación de la legislación pertinente, como recientemente se ha hecho con la Ley Foral de medidas de intervención en materia de suelo y vivienda, con el fin de reglamentar un conjunto de medidas tendentes a que el suelo y la vivienda cumplan su función social y a evitar actuaciones favorecedoras de la especulación en la propiedad inmobiliaria. Esta Ley Foral pretende, pues, dotar a la Administración Local del adecuado marco legal que permita a los municipios y concejos la aplicación de este nuevo impuesto; corregir los posibles defectos en que han podido incurrir las entidades locales al aprobar Ordenanzas de Arbitrios con fines no fiscales sobre estas materias y legitimar sus actuaciones tendentes a evitar la especulación en la propiedad inmobiliaria, de acuerdo con el principio constitucional de la función social de la propiedad».

²⁷ DOEHRING, KARL: «Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático», en «El Estado Social» (AA.VV), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 145.

²⁸ Una síntesis de la disparidad de posturas doctrinales acerca del significado y alcance de la función social de la propiedad en LOBATO GÓMEZ: ¿Propiedad privada?, *op. cit.*, pp. 337 y ss.

²⁹ ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS IGNACIO: «Propiedad y constitución de servidumbres», Ed. Dykinson, Madrid, 1993, p. 133.

se muestra bastante crítico con la cláusula de la función social de la propiedad, subrayando por ello la primacía institucional de la propiedad desde un punto de vista estructural y en este sentido afirma no compartir afirmaciones como «la función social como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada», o la función social de la propiedad «como parte integrante del derecho mismo», contenidas en la sentencia del TC de 26 de marzo de 1987. Para el autor, textualmente, «la función social es una apelación externa para legitimar una propiedad que, en la conciencia de los hombres, ha perdido su capacidad configuradora del orden social. Pero su esquema estructural no ha sido sustituido. La retórica tiende a evitar dicha sustitución. Al menos a dilatarla».

Por su parte, DE LOS MOZOS³⁰ se refiere a la «galaxia» de la función social de la propiedad entendida no como un concepto jurídico, sino como una «idea» que sirve para poner en relación conceptos jurídicos, como la propiedad y la libertad de empresa en el marco de la actividad planificadora del Estado y de los entes públicos. En este sentido, refuta la instrumentación de la función social de la propiedad como una suerte de fórmula mágica capaz de erigirse en factor corrector de todos los desequilibrios sociales, para no pasar de ser un mero «criterio de política legislativa» que, en cualquier caso, está supeditado a la garantía constitucional del derecho de propiedad.

En cualquier caso, la idea de función social no puede conducir a una formulación absoluta hasta llegar a un concepto de «propiedad socialista» excluyente de toda idea de propiedad individual. En este sentido, bien puede decirse que el principio de la función social de la propiedad se comporta como punto de transacción entre planteamientos ideológicos dispares (liberalismo vs. marxismo) en un contexto histórico que encuentra en el fenómeno de la socialización del Derecho su expresión cenital: no se trata de concebir el Derecho como regla dada en exclusiva para el Estado (Derecho público) o para el individuo (Derecho privado), sino como reglamentación de la sociedad misma, basado no en la abstracción del ente estatal ni en la noción de individuo o persona como ente solo o aislado, sino en tanto que unido a los demás solidariamente. En esta perspectiva, la socialización del Derecho expresa un sometimiento progresivo de las relaciones jurídicas a normas obligatorias por razón de necesidad social. Precisamente, el instrumento que caracteriza a esta socialización del

³⁰ «Retorno a la «galaxia»...», *op. cit.*, pp. 932-933.

Derecho es la acción estatal o pública en general, que se presenta como intervención en la disciplina de las relaciones intersubjetivas, ya a través del legislador, ya por medio de la Administración Pública, o bien por vía judicial³¹.

III. LA FUNCIÓN SOCIAL Y LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

La confluencia de planteamientos éticos, filosóficos, económicos, sociales y jurídicos sientan las bases de un nuevo régimen jurídico de la propiedad privada³², donde se deja notar creciente presencia del intervencionismo del Estado en el seno de las relaciones económicas y sociales, acentuada tras la depresión de 1929 y que tiene como corolario la restricción progresiva de las prerrogativas del propietario sobre el objeto de su derecho³³.

Como ha puesto de manifiesto ZANOBINI³⁴, la transformación experimentada por el principio de la función social de la propiedad, el cual no fue del todo desconocido en el período del individualismo liberal que siguió a la Revolución francesa, encuentra en el modelo de Estado actual que tiene entre sus fines prioritarios la dirección y el control de la vida económica nacional un sentido claro de imposición de fuertes limitaciones al propietario, además de una serie de deberes que inexcusable observancia en el ejercicio de su derecho como tal.

En este contexto, adquiere particular importancia la determinación del significado de la garantía del contenido esencial³⁵ del derecho de propiedad que aparece como indisponible por el legislador a la hora de desarrollar el estatuto de la propiedad (art. 53.1 CE).

La complejidad del asunto parece evidente, sobre todo desde la pretensión exegética de glosar dicha significación. Así lo reconoce PÉREZ LUÑO³⁶, quien, una vez subrayada la innovación que represen-

³¹ Vid. CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: «La socialización del Derecho y su actual panorámica», Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (separata), Madrid, 1965, pp. 11-14.

³² Cfr. DOMÍNGUEZ LUIS, J.A.: «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, p. 233 y s.

³³ Vid. LOBATO GÓMEZ: «Propiedad privada...», *op. cit.*, pp. 93 a 96.

³⁴ «Corso di Diritto Amministrativo», Dott. A. Giuffrè, Milano, 1958, volume quarto, p. 186.

³⁵ Noción esta de «contornos contingentes y en permanente devenir» (MORIS, M.: «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución en crisis», en «La Constitución española de 1978. Estudio sistemático» (dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA), Civitas, Madrid, 1980., p. 406).

³⁶ «Comentarios a las leyes políticas...», *op. cit.*, III, pp. 409 y 411.

ta esta garantía en el sistema constitucional español y tras referirse a las experiencias italiana y alemana en este punto, señala que la determinación de dicho contenido esencial constituye el problema básico de la hermenéutica del artículo 33, ya que servirá de criterio para delimitar todas las manifestaciones concretas de estos derechos (la propiedad privada y la herencia). Por esta razón, añade el autor, dicho problema no puede resolverse ni partiendo de elementos extraconstitucionales, ni apelando a una hipotética noción esencial a priori de la propiedad, sino que debe abordarse tomando como punto de partida el análisis sistemático de la Constitución, completándolo con aquellos datos, normativos y sociológico-políticos, más relevantes.

También para MONTES PENADES³⁷, pero en este caso desde la perspectiva que identifica el contenido esencial del dominio «con la observación del núcleo de señorío o de libertad del propietario», el tema del contenido esencial del dominio ofrece un aspecto incierto en relación a la determinación de los límites de tolerabilidad de la intervención del Estado sobre derechos que, para continuar siendo tales, han de expandirse en una esfera, aunque reducida, de autonomía, consintiendo al titular actuar decisiones, y ofreciéndole una mínima satisfacción del interés personal, sin el cual el ejercicio del derecho quedaría sin alimento. De esta manera, como indica el propio autor, vuelve a suscitarse la dicotomía ya conocida de la compatibilidad o incompatibilidad entre los conceptos de función y derecho subjetivo, que se eleva a «nudo dogmático» de la admisibilidad y del alcance de la función social de la propiedad, que no es un límite del dominio, sino la razón de los límites, y de los deberes, de la propiedad y del propietario. En este sentido, relacionando las nociones de «poder jurídico» y de «potestad» —en cuanto expresión, la primera, de la posición de libertad o de preeminencia reconocida al sujeto respecto de otros sujetos, y, la segunda, del poder atribuido al sujeto como propio pero sólo en relación con una función que le haya sido también atribuida como propia, es decir, poder instrumental respecto de la función— concreta el problema en determinar si el propietario, por esencia, aunque en el interior de un núcleo reducido, sigue caracterizado por el señorío, rodeado de un cerco de límites y de deberes personales —establecido *ob rem* o *propter rem*— que dejan inalterado el núcleo. O expresado en otros términos, si la solidaridad social impone una «reducción» del contenido dominical, pero no altera la esencia.

³⁷ «La propiedad constitucional...», *op. cit.*, pp. 67-70.

La idea de la solidaridad social³⁸ como delimitador del poder dominical sobre la cosa está presente en TORRALBA SORIANO³⁹ cuando afirma que la introducción de la exigencia de una función social en el concepto de derecho subjetivo ha implicado una concreción del contenido y de las facultades del mismo, así como una especie de legitimación de la titularidad derivada de su correcto ejercicio, legitimación que juega, positivamente, manteniendo al titular que ejerce sus derechos de acuerdo con las necesidades sociales, y negativamente, privando del derecho a causa de un ejercicio abusivo o antisocial del mismo (v.gr. así expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad). De aquí que, como apostilla el autor, el derecho subjetivo no aparece actualmente como señorío de la voluntad, sino que, por el contrario, al titular de los derechos subjetivos se le imponen una serie de obligaciones en razón de la función social que ha de cumplir, de donde resulta que la transformación operada por el derecho de propiedad no es tanto cuantitativa sino, fundamentalmente, cualitativa: la dinámica de la función social se ha acentuado por razón del principio de la solidaridad social⁴⁰.

En la misma línea se expresa CABELLO DE LOS COBOS⁴¹ quien, a partir de la concepción constitucional de la propiedad como derecho fundamental en virtud de la cual entiende el dominio en su dimensión dinámica —activa—, marcada por esa función social delimitadora de su contenido, sobre el postulado general de que ese propio reconocimiento desarrolla por sí mismo una función de idéntica naturaleza,

³⁸ MONTES PENADES expresa sus observaciones críticas sobre el particular rechazando la utilización de fórmulas tan abstractas como la de «solidaridad» para traducir la idea de «función social», lo que las convierte en «inoperantes por genéricas», y cuyo «común denominador... no es otro que un criterio de valoración que se sirve —en última instancia— de un método político de discriminación de intereses en contraste», cuando precisamente «la propiedad constitucional parece representar una feliz conjunción o apretada síntesis de intereses o bienes en juego» («La propiedad privada...», *op. cit.*, pp. 62-63, coincidiendo con la doctrina de IANNELLI). También, con cita de este mismo autor italiano, MEDINA DE LEMUS insiste en que con base en la idea de solidaridad o la fórmula abstracta de función social pueden justificarse todas las aplicaciones que se quieran según las orientaciones políticas («La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico», *op. cit.*, p. 24).

³⁹ «El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXI, 1975, p. 436.

⁴⁰ La Ley 4/1989, de 21 de julio, de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural de Asturias apunta en su Preámbulo que la ley persigue el uso racional de la tierra, evitar su infrutilización y mejorar la técnica de su aprovechamiento, todo ello con el fin de conseguir la mejora de la condición de vida del sector agrario y elevar su condición social, tratando de lograr su equiparación con otros sectores sociales.

⁴¹ «La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea», *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 1994, p. 108.

considera que si la función social del derecho de propiedad forma parte de su contenido ordinario o intrínseco, se destaca y valora el doble carácter de su existencia. De un lado, la función social de la titularidad privada del derecho y, de otro, la delimitación de su contenido. Así pues —añade—, se estima de utilidad social su existencia y se le dota de un contenido mínimo, que haga reconocible este derecho (sin llegar a desnaturalizarse), y de unas garantías legales que salvaguarden su pacífico ejercicio. En fin, como diría DE CASTRO⁴², el contenido esencial del derecho de propiedad viene a identificarse con las facultades que comprende el derecho subjetivo y que integran su propia sustancia.

Por su parte, MOVILLA ÁLVAREZ⁴³ se refiere al contenido esencial de la propiedad desde la perspectiva de la institución expropiatoria para señalar que «la especialidad del derecho de propiedad, a diferencia de otros derechos y libertades, es que cuando a través de la intervención legal se sobrepasa la función delimitadora y se entra en el «núcleo duro» (contenido esencial), la consecuencia no es la inconstitucionalidad de la norma invasora, sino que el derecho de propiedad «cede para convertirse en un equivalente económico cuando el bien de la comunidad legitima la expropiación», de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional en las sentencias 37/83 de 26 de marzo y 111/83, de 2 de diciembre. Concretamente, la STC 6/1991, de 15 de enero, declara que en la medida en que la expropiación esté fundada en un fin público o social, ninguna lesión del contenido esencial del derecho de propiedad se produce.

Precisamente, el Tribunal Constitucional, en su función de intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 LOTC), no ha eludido proporcionar los criterios que permitan descubrir ese contenido esencial de la institución dominical. Al respecto ha declarado que «se entiende por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin

⁴² «Derecho civil de España», Parte General, Madrid, 1955, tomo I, p. 655.

⁴³ «La expropiación forzosa en el marco constitucional: elementos subjetivos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 26 y ss. Para este autor «la función social en ningún caso cabe predicarla de la propiedad como institución o como derecho subjetivo, al modo que preconizaba DUGUIT. La propiedad —asevera— no es una función social, no lo es en nuestro Derecho, ni tampoco el derecho de propiedad es reconocido porque cumple una función social. Continúa siendo un derecho individual y su existencia se justifica más allá del servicio que pueda prestar a la sociedad. La función social a que hace referencia el art. 33.2 de la Constitución Española afecta al plano técnico interno del derecho de propiedad como delimitación de su contenido». Y en este sentido, para este autor el contenido esencial de la propiedad se presenta como un «límite» a la delimitación, esto es, el problema de los «límites» o «delimitaciones» del derecho de propiedad y la reconocibilidad del mismo, problema este que reconoce el propio autor «no tiene fácil solución».

la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga» (Sentencias 11/1981, de 8 de abril y 6/1983, de 4 de febrero).

Insistiendo en estos planteamientos, la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo declara que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general». Para añadir a continuación que «debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las ahora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad reconocido en la Constitución —art. 33—, y en este orden de cosas hay que recordar que el artículo 128.1 del texto fundamental subordina toda riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general; que el artículo 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa; que el artículo 45 ordena a los poderes públicos para que velen por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva; o que, finalmente, el artículo 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y en particular, de la agricultura y ganadería. La Constitución española reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o finalidad que cada categoría de bienes objeto del dominio, está llamada a cumplir. Por ello la fijación del contenido esencial de la propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la

necesaria referencia a la función social, entendida ésta no como límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (FJ 2). En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia 170/1989, de 19 de octubre.

Podría decirse, en consecuencia, que el principio de la función social se encuadra, junto con el principio de la garantía de la propiedad privada, en el orden público económico diseñado por la Constitución, en el que coexisten, por lo demás, elementos procedentes del individualismo liberal —v.gr. la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38)— en unión de otros propios de una democracia social —por ejemplo, y de manera especial, aquellos que establecen la subordinación de la total riqueza del país, en sus distintas formas y con independencia de su titularidad, al interés general (art. 128) o la planificación global de la actividad económica en orden a atender las necesidades colectivas (art. 131)—. De suerte que puede hablarse entonces de una estrecha relación —«fusión íntima, total e identificada»⁴⁴— entre el interés individual y la función social, al punto que corresponde a los poderes públicos determinar la dimensión del contenido del derecho de propiedad, respetando un reducto específico para su titular, de quien se espera la colaboración necesaria para obtener finalmente las cotas de bienestar social que son objetivo último del Estado Social y Democrático de Derecho.

IV. LA ACCIÓN FUNCIONALIZADORA DEL PODER PÚBLICO SOBRE LA PROPIEDAD

Según esto, y como apunta PAREJO ALFONSO⁴⁵, el derecho de propiedad que se proclama y garantiza en el artículo 33 CE se nos presenta no con el carácter de derecho fundamental, sino únicamente de derecho constitucionalmente protegido, pero disponible por el poder legislativo de configuración social, con un carácter de derecho cuyo contenido positivo y real viene delimitado, es decir, creado por la decisión legislativa y que aparece subordinado, es decir, vincula-

⁴⁴ MEDINA DE LEMUS: «La propiedad urbana...», *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵ PAREJO ALFONSO, «Estado Social y Administración Pública...», *op. cit.*, p. 79.

do o funcionalizado por las exigencias del interés general (art. 128.1 CE)⁴⁶.

En este punto, no deja de ser interesante la referencia que el autor hace al derecho de propiedad desde la consideración de éste como «exponente paradigmático» que representa la ruptura con el modelo tradicional operada en el plano socioeconómico. En este sentido, afirma que la cláusula de libertad (art. 1.1 CE) no es ya equiparable sin más a la de «libertad y propiedad» propia de la ideología burguesa liberal, si bien reconoce que el planteamiento actual caracterizado por la trabazón entre el Estado de Derecho y el Estado Social, en su contenido y alcance, aparece fuertemente lastrado por el arrastre histórico de categorías e ideas formuladas y cristalizadas sobre un modelo de Estado —el de Derecho—, construido sobre un patrón formal y liberal que descansaba en la idea de una sociedad homogénea (la caracterizada por la burguesía) con intereses asimismo homogéneos (la libertad individual y la propiedad) y autónoma respecto del Estado (concebido como organización diferenciada garante del marco en el que debía desenvolverse la sociedad) y entendía, por tanto, el Estado de Derecho como una garantía de la sociedad frente al Estado.

En cambio, el actual Estado social (y democrático) de Derecho tiene su engarce en el elemento constitutivo de la dignidad de la persona como fundamento mismo del orden político y de la paz social

⁴⁶ En otro sitio se referirá también a este importante aspecto de la «funcionalidad de la garantía constitucional de la propiedad» para afirmar que «el reconocimiento del instituto de la propiedad supone una decisión de construcción del orden socioeconómico a partir y sobre el dominio privado de los bienes», lo cual no significa «la vinculación del constituyente a una determinada tradición normativa (en particular, la jurídico-civil), que le impida incorporar la correspondiente evolución y, por tanto, legitimar nuevas configuraciones de los contenidos dominicales». Empero, ello «sí implica la consolidación constitucional de un núcleo esencial de la institución (a partir del cual se hace reconocible para la conciencia colectiva el objeto de la normación correspondiente), que postula una ponderación adecuada y justa de las circunstancias por el legislador ordinario; ponderación que sería controlable en último término en virtud de principios constitucionales generales, tales como los de interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, igualdad, etc.» («Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas», *op. cit.*, p. 79). *Vid.* en este sentido también del mismo autor «La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán», I, II y III, en la Revista Española de Derecho Administrativo, núms. 17, 19 (1978) y 20 (1979), pp. 245-272, 541-570 y 33-56, respectivamente, donde se ofrece un comentario detenido de la sentencia del Tribunal Federal alemán (Pleno de lo Civil) de 10 de junio de 1952 en la que se engarza la garantía de la propiedad con el principio de igualdad y con la idea de «pretensión de sacrificio» en el marco constitucional de la Ley Fundamental de Bonn, y «El Urbanismo ante el Derecho», Revista de Derecho Urbanístico, núm. 71, 1981, pp. 64 y ss., insistiendo en la idea de que en un Estado social como el nuestro el concepto de contenido esencial inmune a la disponibilidad del legislador ha de ser interpretado restrictivamente, consistiendo el núcleo último del dominio sobre una cosa en el uso y disposición de ésta conforme a su naturaleza propia.

(art. 10.1 CE), el cual no se respeta ni se realiza por la Constitución sólo con la garantía por el Estado de las esferas de libertad ciudadana, sino además con la acción estatal positiva de remoción de los obstáculos y de creación de las condiciones precisas para que esas esferas de libertad no se transformen de hecho en cegadoras de la auténtica libertad, sean reales y efectivas, por tanto, para los ciudadanos y éstos estén en situación no meramente formal, sino verdadera de disfrutar y ejercer esa libertad.

Importa reseñar en este punto que el postulado o cláusula del Estado social, inicialmente considerado por la doctrina germana como «concepto en blanco carente de sustantividad», norma con valor meramente político pero en modo alguno con contenido jurídico (GREWE), mantiene hoy su vigencia entendido como principio rector vinculante para los poderes públicos, prescripción de fines del Estado y, más aún, norma constitucional habilitante que encomienda al Estado una tarea de configuración social (H.P. IPSEN, FORSTHOFF). Se trata, en definitiva, de una relativización de los derechos subjetivos (WIEACKER) en vista de su función social, pues la esencia del principio de Estado Social se manifiesta en la corresponsabilidad de la sociedad y del individuo para el bienestar común.

Este es el contorno en el que se perfila el principio de Estado social que proclama nuestra Constitución que ha de entenderse, por tanto, como contenido vinculante para todos los poderes del Estado de acuerdo con la actividad configuradora del legislador en el marco preestablecido por la propia Constitución, que encuentra su plasmación concreta en el principio de la igualdad (art. 1.1) y en los deberes genéricamente contemplados en el artículo 9.2, y de manera más precisa la regulación de los derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 30 a 38), en los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52) y la economía y la hacienda (arts. 128 a 136). En esta perspectiva puede afirmarse que la función social actúa como principio legitimador por el que el legislador define o delimita el contenido esencial del derecho de propiedad sobre la base de la implementación de los intereses generales: es una directriz para la potestad legislativa y para el conjunto de los poderes públicos⁴⁷.

Y en la medida en que la función social de la propiedad se erige en mecanismo unificador de diversas normas y principios constitucionales (arts. 1., 9.2, 40.1, 45, 46, 47, 128.1, 130 y 131.1) en su interac-

⁴⁷ *Vid.* LOBATO GÓMEZ, «Propiedad privada...», *op. cit.*, p. 346.

ción con el derecho de propiedad, se apunta a que es precisamente de esta interconexión de donde puede extraerse la pauta que nos ofrece el perfil y contenido de esta fórmula, lejos así de presentarse como nuevo concepto jurídico indeterminado⁴⁸.

Como señala MORISI⁴⁹, la modulación normativa de la relación entre las potestades públicas de conformación y decisión y las facultades autónomas de los particulares es la que define el contenido real de cada situación de dominio y la delimitación de este contenido corresponde a la acción funcionalizadora del poder público sobre la propiedad.

Singularmente, la tensión entre esas potestades públicas de conformación y decisión y las facultades privadas se proyecta en el régimen de propiedad del suelo y la vertiente del derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 de la CE. De suerte que si bien el uso del suelo no se sustrae a la dinámica del mercado, lo cierto es que la funcionalidad de éste se contrae a los límites que impone el interés general, corrector de los excesos liberalistas incompatibles con la función social de aquél plasmada en la realización efectiva del derecho de todas las personas a una vivienda digna. En este punto adquiere particular significado la potestad pública de la ordenación del territorio, que disciplina la función social del derecho de propiedad a través de la determinación del destino de las propiedades privadas que establece la planificación urbanística. Concretamente, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que señala que la competencia de la Administración Pública en la ordenación del suelo a través de la tarea de planificación urbanística ha de tener en cuenta, entre otras directrices que prevé la propia legislación urbanística, la de la función social de la propiedad (Sentencias de 7 de diciembre de 1989, 25 de junio de 1992, 6 de abril y 10 de julio de 1994, 25 de febrero y 26 de junio de 1995 y 18 de marzo de 1998, entre otras).

En esta perspectiva, PAREJO ALFONSO plantea la relativización de la garantía constitucional de la propiedad⁵⁰ como fórmula que per-

⁴⁸ *Idem*, p. 344.

⁴⁹ MORISI: «Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía...», *op. cit.*, p. 405.

⁵⁰ Coincidiendo esencialmente con el planteamiento de WALINE que exponíamos anteriormente afirma PAREJO ALFONSO, ahora desde la perspectiva de nuestra ordenación constitucional, que la garantía constitucional del derecho de propiedad, consecuencia del principio implícito de la apropiabilidad de los bienes con contenido patrimonial —consecuencia, a su vez, del principio general de libertad y de libre desarrollo de la personalidad (arts. 10.1 y 17.1 CE) y de sus concretas manifestaciones, en el orden económico-social, en los derechos al trabajo y a libre elección de profesión y oficio (art. 35.1 CE) y a la

mite la admisión de la la función social de la propiedad privada como factor esencial de la legitimidad de ésta y su consideración como contribución al bienestar colectivo⁵¹. Es decir, la decisión constitucional en favor de la construcción del sistema de posesión y distribución de la riqueza y los bienes sobre la propiedad privada trae causa de la consideración del derecho subjetivo correspondiente como instrumento idóneo para la conformación de un orden social justo, comportándose desde luego como un verdadero derecho de participación⁵². Precisamente, la STS de 17 de diciembre de 1998, en referencia expresa a la de 15 de noviembre de 1993, señala que la ejecución del planeamiento reclama una importante participación de los ciudadanos —artículo 4.2 de la Ley del Suelo de 1976 y hoy, con matices, artículo 4.4 del Texto Refundido de 26 de junio de 1992—. Y añade: «Esa participación de los interesados en la ejecución del planeamiento les otorga la condición de colaboradores de la administración, pues cumpliendo las exigencias de la función social de la propiedad cooperan en la realización de los fines de interés público a que tiende el planeamiento, y la colaboración con el poder público está sujeta de modo más estricto, si cabe, a las exigencias de la buena fe».

Es por ello que, de acuerdo con el autor citado, no existe posibilidad de contradicción con el principio de Estado social derivado del reconocimiento de tal derecho. Antes al contrario, la garantía de la

libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE), se relativiza inmediatamente en función de determinaciones constitucionales expresas, tales como los artículos 128.1 (subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus diversas formas y con independencia de su titularidad) y 45.2 (deber de velar por la utilización de todos los recursos naturales). Determinaciones constitucionales estas últimas que hacen plenamente congruente la regulación contenida en el artículo 132 de la CE, que excluye la directa apropiación privada de concretos bienes y faculta al legislador ordinario para ampliar la exclusión a otros distintos; prescripciones que avalan, así, la interpretación de la delimitación constitucional de un ámbito (precisable por el legislador ordinario) excluido de la garantía de la propiedad privada (campo de los bienes o de las cosas situadas extra commercium o no apropiables por los sujetos ordinarios del Derecho): sentencias del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo; 227/1988, de 29 de noviembre y 149/1991, de 4 de julio («Fe pública y Administración Pública», *op. cit.*, p. 164).

⁵¹ Como hace notar PAREJO ALFONSO, el Estado social «es justamente el resultado de la adaptación del Estado surgido de las revoluciones liberales a la sociedad industrial y postindustrial y consiste en un Estado interesado en y responsabilizado del bienestar de la colectividad» (L. PAREJO, A. JIMENEZ-BLANCO y L. ORTEGA: «Manual de Derecho Administrativo», Ariel, Barcelona, 1994, p. 14).

⁵² Sin olvidar, ya en el concreto terreno de la propiedad inmobiliaria, la importancia decisiva que adquiere la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración del planeamiento urbanístico como factor de legitimación democrática de éste, cuya necesidad viene siendo destacada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 28 de octubre de 1988, 30 de enero y 28 de diciembre de 1989, y 13 de marzo y 30 de abril de 1990.

institución de la propiedad desempeña una función armonizadora o de síntesis entre las exigencias maximalistas que podrían derivarse del principio social y el sistema de propiedad privada como derecho absoluto. De un lado, el derecho subjetivo resultante del reconocimiento de la institución aparece funcionalizado al interés general. De otro lado, el deber estatal de inducir las condiciones precisas a una mayor igualdad entre los ciudadanos encuentra el límite constitucional que la propiedad privada levanta frente a una indebida sustracción patrimonial o un exceso en el sistema de distribución de la riqueza y los bienes⁵³.

En virtud de lo cual la garantía constitucional de la propiedad «deja de construirse sobre la estructura de un derecho fundamental (derecho de libertad y reaccional)», para adoptar la propia de un derecho participativo al cual no puede reconocerse aún «la eficacia plena e inmediata desde el plano constitucional que es propia de los derechos públicos subjetivos clásicos (los derechos de libertad)». Por el contrario, le «es consustancial la nota de relatividad, al estar condicionado(s) en último término por las posibilidades económico—financieras de la comunidad en su conjunto»⁵⁴.

En este orden de cosas, el derecho de propiedad se constituye en presupuesto de la libertad y de la dignidad de la persona sancionadas constitucionalmente, de suerte que la propiedad debe conectarse con la garantía de un orden en el cual cada persona pueda conseguir los instrumentos materiales para su libertad e igualdad⁵⁵ partiendo de que la intervención de los poderes públicos, fundamentalmente del legislativo, ha de dirigirse a asegurar al propietario la conexión entre el interés público y el interés del aquél, pero sin anular la propiedad privada, respetando la doble garantía con que es tutelada por nuestro ordenamiento: la reserva de ley⁵⁶ y la necesidad de respeto de su contenido esencial⁵⁷.

Precisamente, el tríptico función social—delimitación—reserva de ley perfila el derecho de propiedad como un instrumento en aras de la consecución del bien común, superadora de la exclusiva y absoluta

⁵³ «Estado social...», *op. cit.*, p. 83.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 81.

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, «Artículo 33», en «Comentarios...», *op. cit.* III, p. 413.

⁵⁶ Si bien en el supuesto arquetípico de la propiedad inmobiliaria esta reserva de ley se flexibiliza en la medida en que la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de la función social precisa, además del concurso preferente de las leyes, de la colaboración reglamentaria para completar la regulación de éstas y lograr así la plena efectividad de sus mandatos. *Vid.* STC 37/1987.

⁵⁷ *Idem*, p. 409.

relación entre el dueño y la cosa, relacionando armónicamente el provecho del propietario con la utilidad general, resultando por tanto inadmisibles el ejercicio antisocial de este derecho⁵⁸.

Idea esta que se completa con la constatación de que la propiedad privada, como situación jurídica, consiste en la tipificación operada por el ordenamiento de una relación económica de goce o disfrute, o si se quiere, de utilización de los bienes⁵⁹, funcionalizando el derecho, lo que obliga a su puesta en relación con los artículos 38 y 128 de la CE, pues solamente desde esta perspectiva será posible la delimitación positiva de este derecho subjetivo en el marco de la solidaridad social que «establece una nueva situación de equilibrio entre individuo y sociedad, a través de la cual se trata de corregir los excesos del individualismo, manteniendo la dignidad de la persona humana»⁶⁰.

V. LA FUNCIÓN SOCIAL COMO ELEMENTO ESTRUCTURAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD. LA PROPIEDAD ESTATUTARIA

Precisamente en torno a la «dignidad de la persona» se ha levantado en Italia —a lo largo de los años ochenta y como superación de la polémica sostenida, entre otros, por RODOTA y PERLINGIERI— la teoría del Derecho civil constitucional que pretende reconstruir los conceptos dogmáticos tradicionales del Derecho civil (propiedad, contrato, derechos de la personalidad,...) desde la perspectiva constitucional en un intento de contraer el «avasallamiento» del intervencionismo estatal que, por lo demás, se considera contrario al «pacto social» expresado formalmente por la Constitución.

A ella se refiere DE LOS MOZOS⁶¹ reseñando que la idea central de esta concepción radica, sencillamente, en que el nuevo centro del sistema hay que situarlo en el «personalismo constitucional», lo que lleva a afirmar al autor que la Constitución ha restaurado el concepto liberal de propiedad privada y, según esto, el núcleo central del concepto de propiedad privada, en el orden constitucional, supone que la propiedad es libre, ya que, de tal manera, como derecho que atribuye

⁵⁸ GARRIDO GÓMEZ, M. ISABEL: «El principio de autonomía privada en el sistema económico constitucional», en «El sistema económico en la Constitución española», *op. cit.*, vol. I, pp. 368-369.

⁵⁹ MONTES PENADES, «Panorama de la propiedad privada...», *op. cit.*, p. 73.

⁶⁰ TORRALBA SORIANO, «El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXI, 1975, p. 348.

⁶¹ «El Derecho de propiedad y la Constitución de 1978», *op. cit.*, pp. 137 y ss.

unos bienes y confiere unas facultades, sirve al interés legítimo de la persona, cumpliendo con ello su función social. Aserto este que propicia sostener que la función social de la propiedad revestiría un sentido positivo frente al concepto negativo de la misma que entraña un límite del derecho de propiedad. Y frente a esta dimensión que podríamos considerar particular del concepto de «función social» se inscribiría, según el autor, la dimensión derivada de los artículos 128.1 y 131 de la CE en cuanto supedita los intereses particulares a los generales y cuya concreta formulación depende de la política jurídica, de la manera de entender la *utilitas publica*, cuestión esta que por su embridamiento con el pluralismo de una sociedad democrática depende de la prudencia política y de la oportunidad histórica. Por todo ello, concluirá DE LOS MOZOS, el concepto de función social a que se refiere el artículo 33.2 CE implica un límite negativo del derecho de propiedad privada, por lo que debe ser, en buena técnica jurídica, interpretado restrictivamente, es decir, teniendo en cuenta no sólo el criterio de la *utilitas publica o social*, sino también el de la *utilitas privata* que fundamenta constitucionalmente aquel derecho.

Sin embargo, esta tesis contrasta con aquella otra que encuentra precisamente en los límites al derecho de propiedad un elemento de robustecimiento de éste, al punto que tales límites pueden entenderse como «efecto constitutivo» del derecho mismo. Así se expresa DOEHRING⁶², para quien no hay que ver la libertad individual en una relación bipolar y en contraste con su correspondiente limitación. Es más, los límites a los derechos individuales no se erigen en obstáculo a éstos, sino que, por el contrario, los «constituyen» y «robustecen». En efecto, como apunta el autor, la «garantía institucional» implica un robustecimiento de las libertades individuales a través de su propia limitación: la institución de la propiedad solamente puede realizarse a través de su «función social», de donde emerge la noción misma de la propiedad privada y su correspondiente garantía. Precisamente, es el respecto a los intereses comunitarios, la vinculación a la colectividad la que hace posible la existencia misma del derecho de propiedad, siendo el poder del Estado como titular de competencias el que establece, en tanto que instancia neutral, los límites del derecho y, al hacerlo así, crea al mismo tiempo los ámbitos de libertad de las facultades dispositivas en convivencia con los intereses sociales.

⁶² «Estado Social...», op.cit., pp. 140 a 146.

Sin duda la necesidad de conciliación de los intereses particulares con los generales, del interés privado con el público⁶³, pues precisamente en el seno de esta correspondencia armónica se conseguirá un pleno desarrollo de las potencialidades personales en el marco de la comunidad, y a ello debe contribuir precisamente la realización de esa funcionalidad garantista de la propiedad. Singularmente, reconocer que particulares fenómenos del mundo moderno, entiéndase el crecimiento urbano o la modernización de las infraestructuras de desarrollo, exigen técnicas de intervención limitadoras que, evolucionando del tradicional instrumento expropiatorio, permitan a los poderes públicos configurar la prosecución de los intereses públicos, es más, de los intereses que redundando en una utilidad pública no pueden ser realizados más que por la acción del conjunto. Así lo entiende también BARNES cuando afirma que «la identidad entre la utilidad privada y la social se alcanza, en fin, mediante la intervención pública que determina la dimensión y ejercicio del contenido dominical»⁶⁴. Como ha puesto de relieve BRUGI «el derecho de propiedad está sujeto, desde luego, por la índole misma del Estado y del Municipio modernos, en cuanto instituciones con fines sociales, a una multiplicidad de limitaciones tutelares de intereses físicos, morales o intelectuales de los ciudadanos, todas las cuales pueden comprenderse en la denominación de limitaciones administrativas»⁶⁵.

Puede hablarse así de del derecho de propiedad como un derecho «elástico», en los términos expresados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998 cuando declara que «hace tiempo que ha entrado en crisis la concepción clásica de la propiedad que consideraba a ésta como un derecho unitario. La propiedad se configura hoy, sobre todo, por obra de la legislación especial y en razón de su función social, como un derecho «elástico» dotado de diverso contenido e, incluso, de diferente estatuto. Este pluralismo, consecuencia de la multiplicidad de normas especiales, contempla según las clases de propiedad diversas formas de intervención administrativa en función de las características y de la trascendencia social de los bienes sobre los

⁶³ HEDEMANN se refiere a la denominada duplicidad de caras del Derecho civil, que conlleva en la propiedad un doble aspecto como consecuencia de las declaraciones de derechos generales del hombre o derechos fundamentales de los modernos textos constitucionales, a saber: de una parte, salvaguardia, garantía de la propiedad privada; de otra, su vinculación a un deber (HEDEMANN, J.W.: «Derechos Reales», Edersa, Madrid, 1955, vol. II, p. 141 y ss.).

⁶⁴ «La propiedad constitucional...», op. cit., p. 64.

⁶⁵ BRUGI, BIAGIO: «Instituciones de Derecho Civil», Ed. Hispano-Americana, México, 1946, p. 187.

que se proyecta el derecho. Ello supone una tensión dialéctica entre el interés individual del titular y el interés de la colectividad presente en el propio reconocimiento constitucional de la propiedad que realiza el artículo 33 CE, al consagrar a un tiempo el derecho y la función social que delimita su contenido de acuerdo con las leyes. La referencia a la «función social» como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada, o como factor determinante de la configuración legal de su contenido, pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado al titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o el interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre los bienes objeto del mismo, pero también, al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y cargas establecidos de acuerdo con las Leyes en atención a valores o intereses de la colectividad, o, dicho en términos utilizados por la STC 37/1987, de 26 de marzo, en atención «a la finalidad o interés social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir».

Y añade dos precisiones adicionales la meritada Sentencia. En primer lugar, «la fijación del «contenido social» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes. Esta incorporación de las exigencias sociales al contenido de la propiedad privada se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas, no meramente ablativas, en las facultades del propietario. En segundo lugar, como una de las manifestaciones más clásicas del principio, existe una reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad (art. 33.2 CE), que no impide, sin embargo, una cierta regulación por la Administración <de acuerdo con las Leyes>, cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria».

Por tanto, concluye el Tribunal Supremo, «el reconocimiento constitucional de la propiedad no se opone al establecimiento legal de

los límites expuestos, ni al ejercicio de la consecuente potestad por parte de la Administración, siempre que se efectúe con sujeción a la finalidad para la que está otorgada y de acuerdo con los pertinentes criterios técnicos que deben resultar acreditados».

En la perspectiva que venimos exponiendo, y de conformidad con el marco constitucional, más que entender la función social como límite externo del derecho de propiedad se hace necesario considerarla como interiorizada en el propio derecho, pues no tanto se trata de constreñir las facultades que al propietario corresponden cuanto de asignar a éste una serie de deberes de conducta cohonestables con los intereses sociales o colectivos. Un ejemplo paradigmático lo hallamos en la facultad de edificación que se otorga al propietario del suelo en el ámbito urbanístico, que, contrariamente a lo que ocurría en el sistema de tradición absolutista en que dicha facultad edificatoria (o demolidora para reedificar) pertenecía a la libre esfera de acción del propietario, el principio de función social, ya desde la Ley del Suelo de 1956, plasma la idea de que el denominado «ius aedificandi» se encuentra ínsito en el derecho de propiedad y le es atribuido por el legislador, bien directamente, bien a través del planeamiento urbanístico⁶⁶.

La función social opera así como elemento estructural del derecho de propiedad en cuanto factor determinante de la delimitación legal de su contenido y que revela la vertiente institucional, derivada de aquélla, que cada categoría o tipo de bienes sobre los que recae el señorío dominical está llamado al cumplir⁶⁷. De aquí la expresión de *plasticidad infinita* (JOSSEMAND) que se aplica al derecho de propiedad: el señorío sobre los bienes ha de sujetarse a estatutos en armonía con los fines perseguidos; por tanto, no hay que hablar de *propiedad*, sino de *propiedades*.

Nos enfrentamos así al moderno fenómeno que integra la denominada concepción pluralista del dominio, es decir, la constatación de uno de los rasgos que caracterizan la nueva «dogmática de la propiedad» en palabras de ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI⁶⁸: la ruptura de la natu-

⁶⁶ Como ilustra DOERING, en el ámbito urbanístico «el límite fijado en las distancias es el que confiere el derecho a edificar. Sin esa limitación social ciertamente el dueño del solar sería libre en su disposición, pero únicamente libre en el primer acto dispositivo, nada más» («Estado Social...», *op. cit.*, p. 145). Sobre la configuración jurídica de la facultad de edificar en la legislación urbanística, véase LOBATO GÓMEZ: «Propiedad privada...», *op. cit.*, pp. 545 y ss., y bibliografía allí citada.

⁶⁷ *Cf.*: STC 37/1987, de 26 de marzo.

⁶⁸ «Curso...», *op. cit.*, I, p. 43. *Vid.* también BARNES VÁZQUEZ: «La propiedad constitucional...», *op. cit.*, pp. 98-107.

raleza unitaria del derecho de propiedad y la subiguiente «diversificación de estatutos de la propiedad». Este tránsito de la «propiedad» a las «propiedades» obedece a la pluralidad de los sujetos (propiedad pública-privada), del objeto (propiedad urbana, rústica, aguas, minas, etc.) y a la aparición de nuevas formas de dominio (propiedad industrial, intelectual, etc.). Multiplicación de «status» particulares que, señala el autor, «se debe fundamentalmente a la crisis de las categorías jurídicas y al predominio creciente del Estado y a la actividad administrativa».

En este orden de cosas, MORISI⁶⁹ precisa que el constituyente no se ha limitado a «remarcar» el carácter pluralista de la propiedad (las propiedades y no la propiedad: pluralidad de regímenes diferenciados que corresponde a las distintas modalidades de ejercicio del derecho en virtud de las características físico-productivas de cada especie de cosas), sino que ha expresado además otra connotación real de la institución de la propiedad, sobre la que se funda su configuración económica y normativa específica: que cada categoría de bienes se identifica en base a los diferentes usos sociales de que puede ser objeto legítimamente. Y ello presupone entonces una diferente aptitud social de cada tipo de bien —y de sus modalidades de uso y destino—, lo que, asu vez, presupone la existencia de finalidades diferentes a las del titular del derecho —la función social— para cada tipo de bienes.

Insiste en estos mismos argumentos MÚÑOZ MACHADO⁷⁰ cuando, en referencia a la citada sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, afirma que el estatuto unitario de la propiedad urbana, que en cerraba el Código civil, se ha roto en una pluralidad de regulaciones específicas que configuran tipos diferentes de propiedad, para reconocer a continuación, coincidiendo con la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia, la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedad dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae.

En cambio, desde posiciones iusprivatistas es clara la oposición a esta concepción estatutaria de la propiedad o teoría de las propieda-

⁶⁹ «Aspectos esenciales...», *op. cit.*, p. 404.

⁷⁰ «El planeamiento urbanístico», en el «Tratado de Derecho Municipal», obra colectiva que él mismo dirige, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 1.731.

des⁷¹. En una línea más matizada se manifiesta COCA PAYARES⁷², quien defiende una configuración unitaria del derecho de propiedad pero en cuanto resultante de la yuxtaposición del artículo 33 CE al 348 CC. En este sentido sostiene que una vez «desaparecidos los factores de diversificación, ya no tiene sentido hablar de diferentes propiedades», entendiéndose por tales factores, en primer lugar, el concepto individualista del derecho de propiedad y, en segundo lugar, el propio objeto del derecho de propiedad prevalentemente fundiario: la unión de ambos en el derecho de propiedad convertía a éste en un derecho pleno e ilimitado sobre la tierra. La evolución progresiva de dicha desaparición la explica así: el advenimiento del capitalismo permite la diversificación del objeto del derecho de propiedad, apareciendo otros objetos que requerían un ejercicio de poder menos excluyente, dando lugar a diferentes «formas» de propiedad. Ha de ser en una segunda fase del desarrollo capitalista cuando pueda hablarse de diferentes derechos de propiedad, con «estatutos diferentes» en armonía con los fines perseguidos. El último paso lo sitúa en el artículo 33.2 CE que arrincona definitivamente la propiedad como derecho subjetivo pleno, sustituyendo esta nota por la de «función social».

En definitiva, puede decirse que se ha producido una *objetivización* de la función social de la propiedad, pues ésta ha de predicarse

⁷¹ Vid. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: «Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística», *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 23, 1971, pp. 13 y ss., espec. p. 32. Por su parte, O'CALLAGHAN y PEDREIRA, en referencia expresa al artículo 348 del CC, afirman que «el precepto responde a una realidad social y económica preindustrial que trató de distanciarse y romper con una concepción feudal de la propiedad». Ahora bien, añaden, «en todo caso, el precepto, actualmente tiene que ser interpretado de conformidad con la Constitución y con las leyes especiales, teniendo en cuenta la existencia de propiedades estatutarias (urbana, rústica,...)» («Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial», Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, I, p. 559). En este mismo sentido se manifiesta AROZAMENA SIERRA al afirmar —comentando la STC 37/1987, de 26 de marzo— que «la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil. Por el contrario —explica el autor—, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamientos de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance distinto. De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad de diferentes tipos de propiedad dotados de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» (ARAZAMENA SIERRA, JERÓNIMO: «Constitución, urbanismo y derecho de propiedad», Cuadernos de Derecho Judicial («Urbanismo»), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 19-20).

⁷² «Tanteo y retracto...», *op. cit.*, pp. 267-268.

no tanto del derecho de propiedad en sí, cuanto de los bienes (o derechos) que constituyen el objeto de éste⁷³.

Son numerosos los ejemplos de normación sectorial en nuestro ordenamiento jurídico en los que podemos encontrar la alteración del tradicional régimen civilista del derecho de propiedad en relación con los distintos tipos de bienes sobre los que éste recae, subyaciendo en todos ellos las ideas provenientes de una concepción social del Derecho.

Así, en materia de montes, la Ley de 8 de junio de 1957, de Montes, dispone en su artículo 4.4, inciso segundo, que «el disfrute de los montes de los particulares también quedará sometido por motivo de interés público a aquellos preceptos de esta Ley que les sean aplicables», siendo a este respecto significativo el artículo 25 que faculta al estado para «adquirir mediante compraventa, permuta o expropiación aquellos montes de propiedad particular o derechos sobre los mismos que mejor puedan contribuir al cumplimiento de los fines propios del Patrimonio Forestal del Estado» (la remisión de la Ley al Patrimonio Forestal del Estado debe entenderse hecha en la actualidad en favor del Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza —ICONA—). La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1998 reconoce que «la propiedad forestal, en concreto, ha sido objeto de una tradicional regulación especial, en la que su aprovechamiento está sujeto a limitaciones administrativas inspiradas en el principio de conservación y mejora de las masas forestales, y en las que están también presentes finalidades de protección del suelo frente a la erosión e, incluso, la defensa de un adecuado medio ambiente, que constituye un bien constitucionalmente protegido (art. 45 CE). Limitaciones, por otra parte, que no desnaturalizan el contenido esencial de la propiedad desde la consideración de cualquiera de los dos sistemas metodológicos utilizados al respecto por el Tribunal Constitucional; esto es, desde el examen del conjunto de facultades que atribuyen la reconocibilidad social al derecho de propiedad, y desde la protección jurídica de los intereses que integran el núcleo del derecho de propiedad. Así aparece constitucionalmente justificado que también, en los montes particulares, los aprovechamientos de los productos forestales se realicen dentro de los límites que permitan los intereses de su conservación y mejora (art. 29 LM), que estén sometidos a la intervención de la Administración Forestal que regulará los

⁷³ Vid. LOBATO GÓMEZ: «Propiedad privada...», *op. cit.*, p. 350.

disfrutes con sujeción a criterios técnicos (art. 30 LM), y que, de manera más, concreta se establezca: la sujeción a licencia las cortas o aprovechamientos maderables (art. 229 RM) y que las cortas a hecho o de aclareos intensivos lleve aparejada la obligación, por parte del dueño, de repoblar el arbolado (art. 233 RM)».

En materia de agricultura, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobada por Decreto 118/1973, de 12 de enero, dispone con carácter general en su artículo 1 que «el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional». Para a continuación, con base precisamente en el principio de función social que deben cumplir las fincas rústicas, enunciar los deberes a que están obligados sus titulares, entre otros, la explotación de la tierra «con criterios técnico-económicos apropiados según su destino agrario más idóneo» o la realización en tales fincas de «las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles» (art. 2).

En la misma línea se sitúa la Ley 14/1990, de 28 de noviembre, de Concentración Parcelaria de Castilla y León, cuyo artículo 1 establece que es objeto de la misma la concentración parcelaria y la estructuración del suelo rústico para promover la constitución de explotaciones agrícolas económicamente viables en el marco del conjunto de acciones de ordenación del derecho de propiedad y la función social de la misma, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

Por su parte, la Ley de Extremadura 3/1987, de 8 de abril, de Ordenación y utilización de las tierras de regadío señala en su Preámbulo que «la función social de la propiedad, que sanciona la Constitución, es claramente incumplida, en todas aquellas tierras en que bien por parte del Estado o por particulares, se han hecho las obras necesarias para conducir y disponer de agua y ésta no se utiliza. Este mandato constitucional urgía desarrollarlo y concretarlo en nuestra Comunidad dentro del marco estatutario, por la singular injusticia social que un regadío abandonado representa en nuestras actuales circunstancias económicas y sociales (...) Las nuevas transformaciones de secano en regadío, imponen la fijación de criterios de carácter estable, que en armonía con la legislación existente, permitan la distribución de tierras, en base tanto de la función social de la propiedad como de los avances tecnológicos, a la vez que se propicia la equiparación entre las rentas industriales y las agrarias. En consonancia con los principios que la Constitución y el Estatuto nos imponen,

esta Ley persigue una tecnificación profunda de nuestros regadíos que se compatibilice con el cumplimiento de la función social de los mismos». De aquí la rotundidad con que se expresa el artículo 2 de la Ley: «Todo propietario de tierra de regadío, está obligado a que la misma cumpla la función social que le es inherente. Se entenderá que la incumple aquella tierra que no se ajuste a los preceptos de esta Ley, produciéndose como efecto inmediato la declaración de regadío infrutilizado».

En materia de minas, la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, al regular los aprovechamientos de los recursos de la Sección A) —según la clasificación que se establece en el artículo 3.1—, prescribe los deberes de los propietarios de los terrenos donde se encuentren tales recursos, así como las facultades estatales en orden al aprovechamiento directo o cesión de estos recursos por motivos de interés nacional (arts. 20 y 21).

Pero es sin duda en el ámbito del *urbanismo* donde se más se deja notar la realidad de una propiedad fuertemente intervenida o limitada administrativamente, al punto de llegar a afirmarse que tal número de restricciones hacen que se pierda, a veces, la noción misma de dominio⁷⁴.

El artículo 61 de la Ley del Suelo de 1956 —que pasó a ser el artículo 76 del Texto Refundido de 1976— señalaba que «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios»⁷⁵. Por su parte, el artículo 5 del Texto Refundido de 1992, bajo el esclarecedor título de «función social de la propiedad», proclama que dicha función social «delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condicio-

⁷⁴ En este sentido se expresa CABELLO DE LOS COBOS, L. M.²: «La propiedad inmobiliaria y el derecho de la construcción...», *op. cit.*, p. 290. Por su parte, GARCÍA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO formula un decálogo de las singularidades del modelo urbanístico español en relación con otros sistemas o modelos urbanísticos europeos, que hacen de aquél «una verdadera excepción o modelo *sui generis*, destacando como nota común la administrativización del estatuto de la propiedad fundiaria en detrimento de su tradicional configuración civilista («La excepcional estructura del urbanismo español en el contexto europeo?», Documentación Administrativa, núms. 252-253, septiembre 1998-abril 1999, pp. 15-18).

⁷⁵ Señalan MARTY y RAYNAUD que el urbanismo ha afectado a los elementos tradicionales de la estructura del derecho de propiedad. Así, el derecho a usar y disfrutar de la cosa está condicionado por las exigencias del urbanismo que introducen ciertas afectaciones (v.gr. industriales), o limitan el derecho a construir o demoler subordinadamente a su ejercicio de conformidad a un plan preestablecido que se traducirá en una licencia de edificación («Droit Civil», Vol. II «Les biens», Ed. Sirey, Paris, 1965, p. 318).

na su ejercicio»⁷⁶. Por cierto, que este precepto no ha sido afectado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, por la que se declaran inconstitucionales 177 preceptos del Texto Refundido de 1992. Es más, la sentencia se refiere expresamente al apartado a) del artículo 3.1 de esta norma que contempla una de las finalidades a que debe atender la acción urbanística sobre el régimen del suelo, concretamente la que consiste en procurar que el suelo se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, garantizando el cumplimiento de las obligaciones y cargas derivadas de la misma señalando al respecto que el precepto en cuestión y que expresa la idea que subyace al artículo 33.2 de la CE y al artículo 128.1 de la CE.

Este precepto del TRLS de 1992 ha sido derogado por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, estableciendo el artículo 1 de ésta que «es objeto de la presente Ley definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social...»; en tanto que el artículo 2.1 señala que «las facultades urbanísticas del derecho de propiedad se ejercerán siempre dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en las leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la clasificación urbanística de los predios». Y, precisamente, tales deberes y cargas que debe asumir el propietario son expresión de la dimensión social del contenido de la propiedad y se configuran como condicionantes del ejercicio de las sucesivas facultades urbanísticas⁷⁷. Por su parte, el artículo 34 de esta misma Ley se refiere a la expropiación urbanística «por incumplimiento de la función social de la propiedad»⁷⁸. Precisamente, la indicada STC 61/97 se refiere a la función social formando parte del contenido del derecho de propiedad, y que en el caso de la propiedad

⁷⁶ Al punto que, como señala SÁNCHEZ GOYANES, esa delimitación, a través de la ordenación urbanística, del ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad sobre las distintas clases en que se divide el suelo puede serlo en ocasiones «fatalmente» («La configuración estatutaria de la propiedad del suelo», Revista de Estudios Locales, número extra de 1999, p. 14).

⁷⁷ SÁNCHEZ GOYANES: «La configuración estatutaria...», *op. cit.*, p. 16.

⁷⁸ Supuesto este en el la propiedad implica una situación de derecho-deber: se presenta aquella como un derecho para defenderla de los demás «erga omnes»; pero es también un deber para hacerla servir a los demás. En esta tesis, «el derecho y el deber se concatenan de tal manera que el uno y el otro dependen mutuamente entre sí. El incumplimiento del deber debilita y puede afectar a la subsistencia del derecho y el no ejercicio del derecho lleva consigo el incumplimiento del deber» (DE FRUTOS ISABEL, JOSÉ M.²: «¿Es posible la expropiación de deberes?», en «Estudios Jurídico-Sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra», Universidad de Santiago de Compostela, 1960, vol. II, p. 960).

urbana, manifestación típica de esa función social son el deber de edificar y construir, en sentido amplio. Y en cuanto facultades estas que son las señaladas por la ordenación urbanística⁷⁹, se habla entonces de la propiedad inmobiliaria como *propiedad estatutaria*. Es evidente, pues, que la nueva Ley, lejos de significar ruptura o rectificación en este punto, constituye una solución de continuidad —incluso un «regreso»— a la legislación precedente, manteniendo el contenido del derecho de propiedad su dependencia del dato de la clasificación del suelo, que predetermina la definición última de la función social a través de la calificación del mismo señalando sus usos concretos⁸⁰.

En esta línea, la legislación urbanística autonómica insiste en los planteamientos establecidos por la estatal. Así, por ejemplo, el artículo 1.3.b) de la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja señala entre los aspectos que comprende la actividad administrativa en materia de urbanismo «la delimitación del contenido del derecho de propiedad del suelo por razón de la función social de éste»; en tanto que el artículo 143.5 se refiere a la expropiación «por incumplimiento de la función social de la propiedad». Por su parte, el artículo 2.1.b) de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha también incluye en la actividad urbanística «entendida como —actividad administrativa de ordenación de la ocupación, transformación, uso y aprovechamiento del suelo» y, por ende, función pública—, formando parte integrante de ella, «la delimitación del contenido del derecho de propiedad del suelo por razón de la función social de éste», añadiendo el artículo 49 que dicha delimitación se opera por la «clasificación y, en su caso, la calificación urbanísticas del suelo» que «vinculan los terrenos y las construcciones o edificaciones a los correspondientes destinos y usos y definen la función social de los mismos». El artículo 4.2 de la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias sitúa entre los «principios que

⁷⁹ Subraya GARCÍA-BELLIDO que nuestro modelo urbanístico es el «único caso en Europa por el que el Derecho Administrativo altera e interfiere los derechos y obligaciones subjetivos del Derecho Civil», y anota cómo en la legislación urbanística española se invierte el proceso que observan otras legislaciones europeas en el sentido de que mientras en la mayoría de las situaciones el régimen jurídico del suelo preexiste como elemento jurídico general que los instrumentos urbanísticos se limitan a tener en cuenta, en nuestro caso, como sabemos, es el planeamiento urbanístico el que decide los diferentes regímenes jurídicos del suelo («La excepcional estructura...», *op. cit.*, p. 51).

⁸⁰ PAREJO ALFONSO, L.: «El régimen urbanístico de la propiedad del suelo en la LRSV: clasificación y derechos y deberes de los propietarios», Documentación Administrativa, núms. 252-253, septiembre 1998-abril 1999, p. 224.

informan y presiden toda la actuación pública y privada en relación con la ordenación de los recursos naturales, territorial y urbanística, el de «la función social de la propiedad urbana». Finalmente, la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid utiliza la expresión «función social» en el artículo 49 con ocasión de la regulación del suelo no urbanizable al disponer que «la clasificación como suelo no urbanizable deber precisar la sujeción o no de éste a un régimen de protección. Este último régimen ultimaré, por razón de la situación y de las características objetivas, la ordenación territorial y urbanística de los terrenos correspondientes y, por tanto, la delimitación del contenido de la propiedad conforme a su función social».

Precisamente, es en el marco de la propiedad urbana donde se ha creado una verdadera función pública urbanística⁸¹, que integra la *publicatio* del ámbito determinado por la transformación y utilización del suelo más allá del goce y disfrute según sus utilidades naturales y que es concedido al derecho de propiedad por la ordenación urbanística⁸²,

⁸¹ La configuración de la actividad de ordenación del territorio como verdadera función pública está presente en el art. 3 de la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja; art. 2.1 y 2 de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha y art. 2.1 de la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación del Territorio de Canarias. En el mismo sentido el art. 3 de la Ley 5/1999, de 25 de marzo, Urbanística de la Comunidad Autónoma de Aragón. Sobre el urbanismo como función pública puede verse DOMÍNGUEZ LUIS, J.A.: «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, pp. 233 y ss. y referencias bibliográficas allí recogidas. Se insiste en este planteamiento en los trabajos «Consideraciones en torno a la STC 61/1997 y el proyecto de Ley sobre Reforma del Suelo y Valoraciones» y «La actividad urbanística y el agente urbanizador», publicados ambos en el Boletín de Urbanismo, Edit. Praxis, números de 5 de enero y 5 de noviembre de 1998, pp. 53 y 84 y 89, respectivamente. También se pronuncia sobre este mismo tema LOBATO GÓMEZ: «Propiedad privada...», *op. cit.*, pp. 471 y ss.

⁸² La Ley Foral 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de intervención en el Suelo y Viviendas en Navarra recuerda en el Prámbulo que «el reconocimiento del derecho a la propiedad y la delimitación de su contenido, de acuerdo con la función social que está llamada a desempeñar en una sociedad cada vez más interrelacionada y compleja, es una constante en los ordenamientos jurídicos europeos occidentales durante el siglo XX. En España las Leyes del Suelo de 1956 y su reforma de 1975 y la de Expropiación Forzosa de 1954 supusieron importantes hitos en la evolución del concepto de derecho de propiedad. Más tarde la Constitución Española de 1978 ha recogido plenamente esta transformación gradual del derecho a la propiedad. En su artículo 33 se reconoce el derecho a la propiedad privada, para acto seguido declarar que la función de este derecho delimitar su contenido de acuerdo con las Leyes. Asimismo, el artículo 128.1 preconiza la subordinación de toda la riqueza al interés general, en sus distintas formas y cualquiera que sea su titularidad. La Ley Fundamental ha querido imponer, además, a los poderes públicos como principios rectores de la política social y económica, dos importantes deberes, esenciales en un Estado social. El primero de ellos, el de la tutela por la racional utilización de todos los recursos naturales, entre ellos, lógicamente el suelo, el único que no puede incrementarse, por lo que exige su planificación y control. El segundo deber impuesto por la

apareciendo de esta manera lo que se ha dado en denominar una *propiedad privada vinculada*⁸³.

De esta manera, el derecho de propiedad se muestra como un instrumento en aras de la consecución del bien común, superadora de la exclusiva y absoluta relación entre el dueño y la cosa, relacionando armónicamente el provecho del propietario con la utilidad general, resultando por tanto inadmisibles el ejercicio antisocial de este derecho. Podría afirmarse entonces, de forma expresiva, que el propietario solamente está legitimado para percibir las utilidades «socialmente neutras»⁸⁴, es decir, aquellas que no impliquen un perjuicio para la sociedad, tanto por causa de un mal uso del derecho como por la inactividad de éste cuando a ello se está obligado; en definitiva, se aboga por una gestión socialmente útil de los bienes. Es más, como apunta MEDINA DE LEMUS⁸⁵, se trata de contemplar la propiedad como un concepto dominical que exige del titular del derecho la utilización del bien en el sentido que más convenga a la colectividad, lo que va más allá de un goce no dañino o socialmente «neutro» y que supone, en definitiva, la utilización de los bienes para fines socialmente útiles.

Y son las concepciones propias del Estado social las que han conseguido transformar el contenido esencial del derecho de la propiedad que se deriva del artículo 348 del Código civil, encontrando ahora éste su auténtica legitimación en el principio de solidaridad, eje conductor del total edificio constitucional⁸⁶. La propiedad, hoy, se enmarca en un compromiso social, constituye una categoría social, no sólo personal, y, en este sentido, puede afirmarse que sólo puede adquirirse y detentarse legítimamente bajo el presupuesto de que sirva a la cooperación recíproca en el seno de la

Constitución afecta al derecho de todos al disfrute de una vivienda digna y adecuada, que se concreta en la promoción de las condiciones necesarias para hacer efectivo ese derecho, añadiendo a la disposición tres premisas sustanciales: la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, la interdicción de la especulación y la participación en la plusvalía que genera la acción urbanística de los entes públicos».

⁸³ Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, «Registro de la Propiedad...», *op. cit.*, p. 297 y nota núm. 192.

⁸⁴ BARNES VÁZQUEZ, J.: «La propiedad constitucional...?», *op. cit.*, p. 52.

⁸⁵ «La propiedad urbana...», *op. cit.*, pp. 31 y 25. Explica el autor que «parece exigible al propietario que la explotación del bien sea socialmente útil, con lo cual, se garantiza a los ciudadanos singulares el ejercicio de sus libertades, pero demandando al titular del derecho que con todas sus posibilidades contribuya al bienestar social...».

⁸⁶ MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS: «Medio ambiente y función social de la propiedad», en «El sistema económico en la Constitución española», *op. cit.*, pp. 894-895.

comunidad⁸⁷, reservándose el Estado/poderes públicos la facultad de intervención para controlar el ejercicio del poder dominical conforme a las exigencias que demanda el interés general.

POR

RICARDO MORÓN PRIETO*

SUMARIO: 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. La exención de los transportistas con vehículo propio del ámbito del Estatuto de los Trabajadores. 3. TRIBUNAL SUPLENTE. La descentralización de tareas por las Administraciones Públicas. 4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. Negociación colectiva y libertad sindical (en torno a la impugnación del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid).

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE).

El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas

El fenómeno del cambio de titularidad en las entidades económicas a las que se encuentran ligados trabajadores en virtud de vínculos contractuales fue objeto de regulación temprana en el ámbito de la

⁸⁷ La Ley de Extremadura 9/98, de 26 de junio, del Impuesto sobre Suelo sin edificar y Edificaciones ruinosas, constituye una manifestación del ejercicio de las competencias autonómicas sobre la materia y, en este sentido, se citan «la eficaz salvaguardia de la función social de la propiedad, reconocida por el artículo 33.2 de la Constitución, que exige delimitar, por parte de cualquier poder público, el contenido de este derecho de manera que se tenga en cuenta la necesidad de utilizar los bienes también en interés de la colectividad, justificando tal idea de función social la existencia de límites a la utilización 'egoísta' de los bienes, y también la imposición al propietario de deberes y de obligaciones, para asegurar su utilización conforme a los intereses de la colectividad, la obligación de todos los poderes públicos, recogida en el artículo 45.2 de la Constitución, de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, entre los cuales, evidentemente, se encuentra el suelo, no constituyendo, desde luego, una utilización racional el que éste se mantenga inutilizado o sea acaparado indebidamente por sus propietarios; y el efectivo cumplimiento del mandato recogido en el artículo 47 de la Constitución de que todos los españoles tengan derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, para lo cual se ordena imperativamente a los poderes públicos que establezcan las condiciones, y establezcan las normas oportunas, para hacer real y operativo este fundamental derecho ciudadano, siempre con el objetivo de regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general» (No obstante, señalar que esta norma se encuentra suspendida de vigencia y aplicación por Providencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1998 al admitirse a trámite el recurso de inconstitucionalidad n.º 4487/98 interpuesto por el Presidente del Gobierno).

de intervención para controlar el ejercicio del poder económico, de forma que las exigencias que demanda el interés general no se instrumenten en aras de la subordinación de los individuos a la cosa, relacionando armónicamente el provecho del propietario con la utilidad general, resultando por tanto inabordable el ejercicio antisocial de este derecho. Podría afirmarse entonces, de forma expresa, que el propietario solamente está legitimado para percibir las utilidades socialmente neutras²⁵, es decir, aquellas que no impliquen un perjuicio para la sociedad, tanto por causa de un mal uso del derecho como por la inactividad de éste cuando a ello se está obligado; en definitiva, se aboga por una gestión socialmente útil de los bienes. Es más, como apunta MEDINA DE LEMUS²⁶, se trata de contemplar la propiedad como un concepto dominical que exige del titular del derecho la utilización del bien en el sentido que más convenga a la colectividad, lo que va más allá de un goce no dañado o socialmente «neutro» y que supone, en definitiva, la utilización de los bienes para fines socialmente útiles.

Y son las concepciones propias del Estado social las que han conseguido transformar el contenido esencial del derecho de propiedad que se deriva del artículo 348 del Código civil, encontrando ahora este su auténtica legitimación en el principio de solidaridad, eje conductor del total edificio constitucional²⁷. La propiedad, hoy, se enmarca en un compromiso social, constituyéndose una categoría social no solo personal, y en este sentido, puede afirmarse que la Ley de Expropiación Forzosa de 1977, al imponer el deber de utilidad social, constituye una manifestación del ejercicio de las competencias atribuidas a los poderes públicos en virtud de la Constitución, que exige del titular de la propiedad reconocida por el artículo 33.1 de la Constitución, el contenido de este derecho de manera que se evite, por parte de cualquier poder público, el contenido de este derecho de manera que se evite en cuanto a la necesidad de utilizar los bienes también en interés de la colectividad, los fines de la utilización social en existencia de bienes a la utilización «egocéntrica» de los bienes y también la imposición al propietario de deberes y obligaciones para asegurar su utilidad social en el ejercicio de la propiedad, la obligación de ejercer los poderes públicos en el sentido que más convenga a la colectividad, lo que va más allá de un goce no dañado o socialmente «neutro» y que supone, en definitiva, la utilización de los bienes para fines socialmente útiles.

JURISPRUDENCIA SOCIAL

POR

RICARDO MORÓN PRIETO¹

SUMARIO: 1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas.* 2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *La exclusión de los transportistas con vehículo propio del ámbito del Estatuto de los Trabajadores.* 3. TRIBUNAL SUPREMO. *La descentralización de tareas por las Administraciones Públicas.* 4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID. *Negociación colectiva y libertad sindical (en torno a la impugnación del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid).*

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCE):
El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas

El fenómeno del cambio de titularidad en las entidades económicas a las que se encuentran ligados trabajadores en virtud de vínculos contractuales fue objeto de regulación temprana en el ámbito de la entonces Comunidad Económica Europea, mediante la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Esta regulación, que ha sido incorporada por los ordenamientos de los distintos Estados miembros, cuenta con un extenso tratamiento en nuestra normativa, que supera en algunos aspectos los mandatos de protección contenidos en la Directiva comunitaria.

A pesar de la generalización del tratamiento normativo en la Comunidad, la identificación de los supuestos a los que es de aplica-

¹ Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Autónoma de Madrid.

ción la Directiva, —que constituyen el núcleo de imputación de un particular régimen de subrogación y mantenimiento de derechos— ha sido objeto de notables problemas interpretativos que han dado lugar a numerosos pronunciamientos por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad y que han motivado finalmente una reciente modificación del propio contenido de la Directiva, con la intención de delimitar más precisamente algunos supuestos incluidos y otros excluidos de su ámbito de aplicación.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, la incorporación de la Directiva 77/187/CEE puede calificarse de plena y en algunos aspectos, como se mencionaba anteriormente, incluso superada. Sin embargo, a la vista de algunas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo en relación con la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, puede deducirse que existen divergencias interpretativas en torno a los supuestos de hecho a los que se aplicaría de acuerdo con la normativa comunitaria. Esta falta de sintonía se ha puesto de manifiesto en la presentación por órganos jurisdiccionales españoles de algunas cuestiones prejudiciales al respecto ante el Tribunal de Justicia de la CEE. Tres de ellas de los TSJ de Castilla-La Mancha y de Murcia y del Juzgado N.º 1 de lo Social de Pontevedra han dado lugar a dos Sentencias dictadas el 10 de diciembre de 1998.

La primera de ellas respondiendo a los asuntos acumulados C—127/96, del TSJ Murcia y C-74/97, del Juzgado de lo Social N.º 1 de Pontevedra resuelve sobre la aplicabilidad de la Directiva 77/187 a la situación en la que una empresa que encomendaba a otra la limpieza de sus locales o de parte de estos decide pone fin al contrato que la vinculaba a aquella y pasar a ejecutar dichas tareas por sí misma.

La segunda de las sentencias en relación con el asunto C-173/96, con origen en una cuestión prejudicial del TSJ de Castilla-La Mancha se refiere al supuesto en el que un organismo público, que adjudica a una empresa la gestión de un servicio de ayuda a domicilio decide, a la finalización de la concesión conceder la gestión de dicho servicio o adjudicar la contrata a una segunda empresa.

Las distintas cuestiones planteadas por los distintos órganos jurisdiccionales y que dan lugar a las dos sentencias comentadas se pueden reconducir a tres núcleos fundamentales:

En primer lugar, si estamos ante una transmisión de empresa en el supuesto de sucesión de contratas o en el supuesto de recuperación y realización directa de un servicio que ha venido siendo realizado por un tercero.

En segundo lugar, si dicha transmisión puede venir referida a una actividad accesoria o complementaria de la que realiza principalmente la cedente de dicha actividad, esto es, si dichas actividades accesorias pueden interpretarse incluidas bajo el concepto de parte de un centro de actividad.

Y en tercer lugar, cuál es la relevancia, para declarar la existencia de una subrogación empresarial, del hecho de que la empresa que se hace cargo de la prestación del servicio o la realización de la actividad, lo haga con el mismo o lo realice con otro personal (el propio o contratado expresamente para ello).

Por lo que se refiere a la primera cuestión, atinente a las formas o procedimientos en los que puede producirse un traspaso de empresas, centros o actividades en el sentido de la directiva comunitaria, las sentencias resuelven en sentido positivo, afirmando que la Directiva se aplica a las situaciones en la que una empresa que encomendaba a otra empresa la prestación de un servicio (de limpieza, en un caso, y de atención a domicilio, en otro) ponga fin al contrato que les vinculaba y o se pase a realizar bien directamente, bien mediante la contratación o adjudicación a otra empresa. A este respecto, hay que destacar que al abordar el problema el Tribunal se reitera en una asentada doctrina basada en una amplísima interpretación del concepto de cesión contractual. En efecto, como recuerda la propia Sentencia, dicho concepto incluye todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que asume las obligaciones de empresarios frente a los empleados de una empresa (Asunto Merckx) y particularmente en los casos que se pueden denominar sucesión de contratas (como ya se puso de relieve en los Asuntos Schmidt y posteriormente Sützen).

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones—la aplicación de la Directiva a una actividad accesoria—también es resuelta afirmativamente por las Sentencias de 10 de diciembre de 1999, que establecen literalmente recordando las Sentencias de 12-11-92 (Asunto Watson Rask y Christensen y Asunto Schmidt)— que la circunstancia de que la actividad de limpieza solo constituya una actividad accesoria si relación necesaria con su objeto social no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva. Doctrina que, por otra parte, ha sido acogida expresamente por la modificación del régimen de traspaso realizada por la Directiva 98/50/CEE no vigente en el momento de planteamiento de las cuestiones prejudiciales— que incluye dentro del concepto de tras-

paso el mantenimiento de la identidad de una entidad económica ya fuese esencial o accesoria (art. 1.1 b, *in fine*).

En relación con la tercera de las cuestiones la relevancia de la utilización o no del personal originario por la nueva empresa— coinciden ambas sentencias en afirmar que el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores —al igual que otras circunstancias análogas tales como la transmisión de elementos materiales, muebles o inmuebles, clientela, etc— son datos que han de tomarse en cuenta para determinar la existencia del traspaso de una entidad económica, verdadero nudo gordiano de la cuestión.

Y a este respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en las resoluciones objeto de este comentario, reproduce y, por tanto, consolida— la particular doctrina de la sentencia de 11 de marzo de 1997 (Asunto Süzen) respecto de los elementos objetivos centrales necesarios para que exista un traspaso en términos comunitarios, y que es, precisamente, la existencia de transmisión, entre ambas empresas de una entidad económica, entendiendo por tal *un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio*.

Esta doctrina, mediante la cual el Tribunal se distancia de la establecida en el Asunto Schmidt que estaba presidida por un concepto espiritualista de la transmisión, en el que es decisivo la continuación de las actividades económicas sin necesidad de que esté acompañada de transmisión patrimonial— incorpora para determinar la existencia de traspaso la exigencia de que la transmisión tenga por objeto una entidad económica. Sin embargo, hay que destacar que el distanciamiento de las sentencias comentadas (siguiendo lo dictaminado en el Asunto Süzen) respecto a la anterior doctrina es solo parcial y relativo, ya que incluyen dentro del concepto de entidad económica *el conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común...cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea*, cuestión que es especialmente relevante en aquellas tareas o prestaciones de servicios cuyo contenido patrimonial es mínimo o inexistente (tales como las tareas de vigilancia, limpieza, atención a domicilio, etc).

En este sentido, en relación con su proyección en nuestro ordenamiento, hay que destacar que la doctrina consolidada en las dos sen-

tencias que se han comentado, si bien se acerca a las interpretaciones patrimonialistas de nuestro Tribunal Supremo, al coincidir en la exigencia de que se dé la transmisión de una entidad económica, contrasta con la posición extrema de nuestro Alto Tribunal que limita la aplicación del artículo 44 ET al supuesto que se produzca una transmisión de elementos materiales de una empresa a la siguiente o, fuera de estos casos, en el supuesto en el que venga expresamente establecido en el convenio colectivo del sector o en el pliego de condiciones de la correspondiente concesión administrativa, en la medida en que acepta la posibilidad de que dicha entidad económica transmitida pueda venir constituida por un colectivo de trabajadores organizados sin necesidad de que vaya acompañada del traspaso de activos materiales, maquinaria, etc.

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC):

La exclusión de los transportistas con vehículo propio del ámbito del Estatuto de los Trabajadores.

La delimitación del ámbito subjetivo del derecho del trabajo —que constituye el núcleo de imputación del conjunto de la normativa laboral, de seguridad social e incluso la procesal— nunca ha sido una cuestión pacífica, produciéndose históricamente importantes variaciones legales y judiciales en su definición que, no obstante, no han logrado terminar con las denominadas zonas grises o supuestos limítrofes con otras figuras correspondientes a otras ramas del ordenamiento (la civil y la mercantil prioritariamente, aunque también la administrativa). Uno de estos supuestos grises viene constituido precisamente por la actividad de los transportistas que realizan sus tareas mediante el vehículo propio, máximo exponente de los vaivenes legislativos y judiciales a que se hacía referencia y cuyos abatares han recalado en el Tribunal Constitucional, que examina el asunto en la Sentencia del Pleno, 227/1998 de 26 de noviembre de 1998 (BOE 312/98, de 30 de diciembre) por la que se resuelven dos cuestiones de constitucionalidad en relación con el párrafo segundo del art. 1.3.g del Estatuto de los Trabajadores.

En efecto, tradicionalmente esta actividad fue considerada por los tribunales laborales como una relación de naturaleza mercantil, en la medida en que la propiedad del vehículo suponía la existencia de un elemento material susceptible de explotación con autonomía propia

que distanciaba a quien lo utilizara de las tradicionales notas de dependencia y ajenidad. Fue la celebre sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986 (mas conocida como la sentencia de *los mensajeros*) la que varió el criterio de los tribunales pasando a entender que a pesar de la propiedad del vehículo si se presentaban las notas características de la relación laboral (retribución, ajenidad y dependencia o subordinación) estabamos ante una relación de tal carácter, en la medida en que el vehículo no tiene una relevancia económica determinante ya que lo predominante es el trabajo personal del interesado, siendo el vehículo tan solo una herramienta o mero instrumento. Dicha doctrina permite mantener, no obstante, la calificación de la actividad como relación mercantil cuando la relevancia económica del vehículo propio fuese de tal intensidad que su explotación sea un elemento esencial, esto es, cuando la entidad de la inversión configure su explotación como una actividad independiente.

A pesar de su consolidación en las resoluciones de los tribunales españoles, esta cuestión fue objeto de un sorpresivo tratamiento por la Ley 11/1994 que varió su régimen al calificar como relación jurídico—mercantil la prestación de servicios de los transportistas con vehículo propio y licencia administrativa para su utilización. Es precisamente esta disposición la que centra la resolución del Tribunal Constitucional, que, en concreto, aborda la cuestión de si la nueva regulación constituye una exclusión del concepto de trabajador o tan solo una presunción de no laboralidad y, en el primer caso, si esta exclusión es acorde con los principios constitucionales y que tiene su origen en el planteamiento de sendas cuestiones de constitucionalidad por el Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona y por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede Burgos), cuyos argumentos son, resumidos, los siguientes:

En primer lugar, se cuestiona por los órganos jurisdiccionales, como se ha indicado, si estamos ante una verdadera exclusión o tan solo se trata de una presunción (*iuris tantum*) de inexistencia de relación laboral, salvo que se demuestre que se dan las notas características del concepto de trabajador. Se alega, en este sentido la continuidad de la actual redacción del los artículos 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores que definen las notas de la relación laboral y establece una presunción de laboralidad cuando estas se dan, respectivamente—.

En segundo, lugar, y en caso de que se trate de una exclusión legal definitiva (*iuris et de iure*), entienden que se constituye una exclusión

contraria a los principios constitucionales, que priva a un sector social de derechos constitucionalmente relevantes (no se olvide que la exclusión del ámbito laboral priva del ejercicio de derechos tan relevantes como los fundamentales de libertad sindical y huelga).

Los preceptos constitucionales cuya vulneración se alega son los artículos 9.3 (principios de jerarquía y seguridad jurídica), 14 (principio de igualdad), 35.2 (derecho a un Estatuto para los trabajadores) y 149.1.7^a (competencia del estado en legislación laboral) de la Carta Magna, aunque los motivos de inconstitucionalidad de la nueva regulación legal se pueden reducir a tres básicamente: que el art. 1.3.g, al excluir genéricamente a todos los transportistas con licencia y vehículo propio, aun dándose las notas de laboralidad contenidas en el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores vulneraría el genérico principio de igualdad y el más particular derecho al mismo estatuto que todos los trabajadores, haciéndose depender dicha exclusión de aspectos tan formales como la propiedad del vehículo y la obtención de una licencia requerida para vehículos de más de dos toneladas—. En segundo lugar, se dice que al ser una competencia autonómica la determinación del tonelaje preciso para requerirse la licencia de transporte, queda igualmente diferido la definición del ámbito de aplicación del derecho laboral a cada comunidad, siendo esta una competencia estatal, lo que al menos en línea de hipótesis— permitiría establecer distinciones según comunidades, lo que resultaría igualmente contrario a la constitución. Finalmente se expone que tal modificación, no debidamente razonada resulta arbitraria y, por tanto, vulneraría el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución.

De las distintas cuestiones planteadas la que constituye el verdadero nudo gordiano es si la diferenciación del trato normativo respecto de los transportistas con vehículo propio de más de dos toneladas (si fuera de 1950 kilos ya no estaría excluido) está suficientemente justificada desde el punto de vista constitucional o por el contrario es discriminatoria.

El pleno del Tribunal Constitucional desestima la inconstitucionalidad del artículo impugnado con base en los siguientes argumentos:

Por un lado, plantea el Tribunal que si bien el mandato del artículo 35 de la Constitución configura una reserva legal para dotar de un régimen jurídico a un cierto sector social que no confiere al legislador libertad absoluta en cuanto a su configuración, también es cierto que el concepto de trabajador no aparece definido expresamente en nues-

tra Constitución. Por lo tanto su definición y el establecimiento de su régimen constituye, se continúa razonando, una tarea que incumbe realizar al legislador, dentro de los propios límites constitucionales, entre otros el principio de igualdad y no discriminación.

El uso de esa potestad permite al legislador laboral el establecimiento de regímenes jurídicos diversificados si estos son razonables y proporcionados a la disparidad de situaciones reguladas. Y en este sentido el Tribunal entiende que la exclusión (que es interpretada, contra la opinión de los demandantes y del Abogado del Estado) es constitucional puesto que no es caprichosa ni formal tal y como se le reprocha sino que por el contrario obedece a la existencia de varios elementos objetivos: la propiedad del vehículo, la titularidad de una autorización administrativa y el carácter de vehículo comercial de servicio público. A juicio del Tribunal, la concurrencia de dichas exigencias constituye una justificación suficiente para considerar no laboral la actividad desarrollada en dichas circunstancias, sino la propia de un empresario autónomo del transporte que presta sus servicios con la habilitación requerida por las normas administrativas.

Por otro lado, el tribunal aborda el reproche de inconstitucionalidad que se deriva del hecho de que las Comunidades Autónomas puedan fijar en su respectivo territorio un umbral de peso para la obtención de la licencia de transporte, determinando el concepto de trabajador, lo que supondría de un lado una intromisión en las competencias *mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas* exclusivas del Estado en materia de legislación laboral y podría suponer si lo ejerciera cada comunidad de modo distinto— una vulneración del principio de igualdad y no discriminación.

Pues bien, este extremo también es rechazado por el Tribunal en primer lugar porque al respecto de estas materias de transporte fijación de umbrales de tonelaje— las Comunidades tienen conferida las competencias cuando el transporte se efectúe en su territorio (artículo 148.1.5ª de la constitución). En segundo lugar, porque en todo caso no ha quedado acreditada la existencia de dichas regulaciones diferenciadas de las Comunidades Autónoma. Y en último extremo porque y, a este respecto se deja caer la posibilidad de que en el futuro se pueda hipotéticamente dar un trato diferenciado por las Comunidades Autónomas— el Tribunal no puede efectuar pronunciamiento alguno dirigido a solventar futuros e hipotéticos conflictos.

3. TRIBUNAL SUPREMO (TS):

La descentralización de tareas por las Administraciones Públicas.

La contratación de tareas con otras empresas, se está convirtiendo en un fenómeno cada vez más extendido y más complejo, del cual se derivan frecuentemente problemas legales a los que se tienen que enfrentar los tribunales. La existencia del fenómeno de la descentralización productiva, por otro lado, ha dejado de ser patón exclusivo del sector privado y afecta cada vez más a las prácticas de las administraciones públicas dirigidas a dotar de mayor eficacia su actuación. Uno de los problemas que se deriva de estos fenómenos es la determinación de las responsabilidades. Efectivamente la regla general de nuestra legislación laboral permite la libre contratación de servicios entre empresas salvo excepciones prohibidas como el caso en que la contratación tenga por objeto la cesión ilegal de trabajadores—. Dicha regla general, no obstante, viene matizada en lo supuestos en los que el objeto de la contratación mercantil es la realización de parte de la propia actividad. En estos caso no se prohíbe su realización pero se establecen determinadas cautelas para garantizar los derechos de los trabajadores (artículo 42 ET).

Precisamente este asunto, ha sido abordado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1998 (Ponente A. Martín Valverde), al resolver sobre la posible responsabilidad solidaria del INEM respecto de las deudas salariales contraídas por los centro colaboradores que participan en los Programas del Plan de Formación e Inserción Profesional.

La cuestión que centra el debate es si la figura de los convenios de colaboración de los centros colaboradores del Plan FIP es equiparable a la subcontratación de obras o servicios y en este caso, si esta subcontratación corresponde a la propia actividad de la empresa comitente. De la respuesta positiva o negativa a esta cuestión se deriva la aplicación o no del régimen de responsabilidad solidaria establecido en el Artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo que se refiere al primer aspecto, la sentencia recuerda que no es inhabitual equiparar con la contratación de obras o servicios otras figuras o negocios jurídicos equivalentes (tales como los contratos administrativos que adjudican la realización de un servicio público), ya que la responsabilidad solidaria de las deudas salariales atribuida al empresario que contrata o subcontrata obras o servicios no se limita a los negocios jurídicos formalidades como contratos de ejecución de obra (SSTS 23-12-1996 y 18-3-1997, entre otras).

En relación con la segunda cuestión si estamos ante un supuesto de contratación de parte de la propia actividad— el propio Tribunal recuerda que existen dos teorías doctrinales en torno al alcance y la definición del concepto de propia actividad, acogidas ambas por distintas decisiones jurisdiccionales.

Según la primera denominada del ciclo productivo y más restrictiva— el concepto de propia actividad se limita a las actividades inherentes a la producción de bienes y servicios que pretende prestar o colocar en el mercado, por lo que la contratación de tareas que no afecten a ese núcleo de actividad no supone la aplicación del régimen de responsabilidad legalmente establecido. Por el contrario, la segunda más expansiva, denominada de las actividades indispensables— amplía el concepto a todas aquellas tareas específicas o inespecíficas, necesarias para desarrollar adecuadamente sus funciones.

La sentencia, de acuerdo con la reciente doctrina de la sala, se inclina por la primera de las tesis, excluyendo del ámbito del concepto de propia actividad de la empresa principal las tareas o actividades complementarias inespecíficas. Para ello se apoya en el hecho de que las funciones encomendadas legalmente al INEM se refieren al fomento de la formación a través de las oportunas acciones de actualización, perfeccionamiento y en su caso reconversión, tareas que no son asumidas de manera necesaria por el INEM, sino que corresponde también a empresas o entidades públicas o privadas, que pueden desarrollar dichas actividades por sí misma o de manera concertada con el organismo público de empleo. Se entiende, por tanto, que la actividad de formación no es propia y exclusiva del INEM, que se dedica prioritariamente a la subvención, correspondiendo su realización a otros agentes.

Por lo demás, esta doctrina coincide con la jurisprudencia consolidada que establece que la financiación por parte de un organismo público de las actividades formativas o educativas de otras empresas o entidades no convierte a dicho organismo en empleado de los trabajadores de estas (entre otras, STS 3 y 18-7-1995).

4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (TSJM):
Negociación Colectiva y Libertad Sindical (en torno a la impugnación del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid).

Entre las resoluciones dictadas durante el primer trimestre del año por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid destaca particular-

mente por su dimensión e interés la número 69/1999, que resuelve sobre una demanda de *tutela de la libertad sindical* interpuestas por las organizaciones sindicales CEMSATSE y la Federación de Servicios Públicos de UGT contra los firmantes del Convenio Colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid, la Consejería de Hacienda de esta comunidad, la Unión Sindical de Comisiones Obreras de Madrid y la Confederación Sindical Independiente de Funcionarios, respectivamente, cuyo objeto es, básicamente, que se declare la vulneración de la libertad sindical de las partes actoras al impedirles las demandadas concurrir a la firma del citado convenio colectivo.

Del amplio relato de los hechos declarados probados que tratan de reflejar la compleja tramitación de un proceso de negociación colectiva particularmente tumultuoso— se derivan de forma muy resumida— las siguientes circunstancias:

Transcurrido un cierto periodo de negociaciones, convocadas por la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, a las partes a lo que de manera notoria era el acto de la firma del Convenio Colectivo, presentado el texto íntegro de éste suma de los acuerdos parciales obtenidos hasta ese momento— y realizado el ofrecimiento para la firma tan solo dos (CCOO y CSIF) de los de los cuatro sindicatos responden afirmativamente. Como quiera que reunían la legitimidad suficiente para ello se procedió con dichos sindicatos a la ejecución del acuerdo continuando con el acto formal de la firma de los documentos correspondientes acto que ocupó cerca de dos horas—.

Con posterioridad se sucedieron dos procesos paralelos. Por un lado, los miembros firmantes del Convenio comienzan su aplicación y administración, formando las correspondientes comisiones paritarias y modificando la composición de los órganos de participación sindical de acuerdo con la composición de dichas comisiones paritarias. Por otro lado, las organizaciones sindicales no firmantes del Convenio (CEMSATSE y UGT), comienzan un proceso de progresivo acercamiento a los firmantes del Convenio, con el horizonte, nada descartable, de su adhesión a este.

En este contexto, las alegaciones sobre la cuestión de fondo que fundamentan las demandas son la existencia de una conducta impeditiva del ejercicio de la negociación colectiva contenido esencial del derecho a la Libertad Sindical (art. 28.1 CE y 2.2.d LOSL)—, por lo que se solicita la declaración de que dicha conducta es contraria al artículo 28.1 de la Constitución, así como el reconocimiento de los

sindicatos actores de su derecho a firmar tal convenio. Por su parte la central sindical UGT solicita subsidiariamente, que se declare su derecho a formar parte, en proporción a su representatividad, de la Comisión Paritaria del Convenio, dado el carácter de negociador de dicho sindicato.

Corresponde, por tanto, al Tribunal ceñir su estudio, tal y como establece el artículo 180.1 de la Ley procesal laboral, exclusivamente a la determinación de si existió o no la vulneración alegada del derecho fundamental, esto es en palabras del propio Tribunal *si, con ocasión de la aprobación y firma del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid, dicha administración autonómica, CCOO y/o CSIF, conculcaron el derecho fundamental de libertad sindical, en concreto para negociar y para firmar un convenio, de los sindicatos actores.*

En primer lugar, los razonamientos jurídicos del Tribunal se detienen en la entidad que deben tener las circunstancias fácticas para que se deduzca la vulneración de un derecho fundamental y a quién corresponde su prueba. A este respecto, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencia, y de modo didáctico se razona que este tipo de vulneraciones requieren de una cierta intencionalidad y que su existencia a pesar de la ayuda procesal que pueda contener el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral— precisa de una prueba suficiente por parte de los demandantes de tutela, no pudiendo deducirse de meros indicios o conjeturas y por supuesto nunca de las solas alegaciones de parte.

Ciñéndose al caso concreto el Tribunal entiende que los datos aportados por las codemandantes aportan indicios de una posible vulneración. A pesar de lo cual, fruto de su conjunta valoración y confrontación con los hechos alegados y probados por las codemandadas concluye que no existió vulneración alguna del derecho de Libertad Sindical, pues si bien los comportamientos de la administración autonómica y la de las cuatro centrales sindicales implicadas en la negociación no fueron todo lo transparente que hubiese sido de desarrollarse...no redundaba todo ello en la realización de un acto final de la negociación diáfano.

SOBRE LA AUTORIZACIÓN INDUSTRIAL NECESARIA PARA LA INSTALACIÓN DE CENTRALES DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA TRAS LA NUEVA LEY DEL SECTOR ELÉCTRICO

POR

ANA GARCÍA NAVAS

SUMARIO: 1. La ley 54/1997, del sector eléctrico como marco normativo en el que se regula la exigencia de autorización previa de instalación. 2. Concepto, naturaleza y caracteres de la autorización de instalación de centrales de producción de energía eléctrica. Bibliografía.

1. LA LEY 54/1997, DEL SECTOR ELÉCTRICO COMO MARCO NORMATIVO EN EL QUE SE REGULA LA EXIGENCIA DE AUTORIZACIÓN PREVIA DE INSTALACIÓN.

La actual Ley vigente en materia de energía eléctrica, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, ha venido a cumplir una de las exigencias más importantes desde el punto de vista comunitario, cual es la liberalización del sector eléctrico, como objetivo fundamental sobre el que debe asentarse la consecución de un mercado interior de la electricidad, lo que, a su vez, constituye un paso previo para la consecución del mercado interior europeo¹.

La nueva Ley tiene como fin básico establecer la regulación del sector eléctrico y, en este sentido, persigue los siguientes objetivos:

¹ Efectivamente, la nueva Ley ha sido dictada con objeto de la transposición de la Directiva 96/92/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que propugnaba ya, desde hacía tiempo, la liberalización del sector eléctrico como paso previo para la consecución del mercado interior energético, necesario, a su vez, para la consecución del mercado interior europeo.

- garantizar el suministro eléctrico,
- garantizar la calidad de dicho suministro,
- asegurar que el suministro se garantice al menor coste posible, y
- garantizar la protección del medio ambiente.

La producción de energía eléctrica aparece regulada en el Título IV de la Ley distinguiéndose dos regímenes distintos, el ordinario y el especial.

Las actividades de producción de energía eléctrica en el régimen ordinario están reguladas en los artículos 21 a 26 y, de acuerdo con dicha regulación, se encuentran sometidas al régimen de autorización administrativa previa. Además, se dice que cuando para la producción de energía eléctrica sean necesarios aprovechamientos hidráulicos habrá que estar a lo dispuesto en la Ley de Aguas de 1985, que establece la necesidad de autorización o concesión, dependiendo del uso de las aguas que aquéllas hayan de utilizar (artículo 22).

Las actividades de producción de energía eléctrica en el régimen especial², están previstas en los artículos 27 a 31. Estas actividades, al igual que las del régimen ordinario, también se encuentran sometidas al régimen de autorización administrativa previa.

2. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES DE LA AUTORIZACIÓN DE INSTALACIÓN DE CENTRALES DE PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA.

A. Concepto y naturaleza jurídica

La autorización necesaria para la instalación de centrales de producción de energía eléctrica aparece prevista en el artículo 21.1 de la

² De acuerdo con el artículo 27 de la Ley, tendrán la consideración de producción de energía eléctrica en régimen especial las siguientes actividades, siempre y cuando se realicen desde instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 Mw:

Autoprodutores que utilicen la cogeneración u otras formas de producción de electricidad asociadas a actividades no eléctricas siempre que supongan un alto rendimiento energético.

Cuando se utilice como energía primaria, alguna de las energía renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante, siempre y cuando su titular no realice actividades de producción en el régimen ordinario.

Cuando se utilicen como energía primaria residuos no renovables. También tendrá la consideración de producción en régimen especial la producción de energía eléctrica desde instalaciones de tratamiento y reducción de los residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios, con una potencia instalada igual o inferior a 25 Mw, cuando suponga un alto rendimiento energético.

LSE, donde se establece que «la construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica estará sometida al régimen de autorización administrativa previa en los términos establecidos en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo».

Tras la lectura de este artículo se nos plantea el problema de determinar cuál es la naturaleza jurídica de esta autorización, es decir, establecer si la autorización de instalación de centrales de producción de energía eléctrica levanta una prohibición permitiendo, en el caso concreto y al sujeto determinado, el ejercicio de la actividad o, por el contrario, se configura como un acto declarativo de derechos que viene a reconocer que existe un derecho previo al ejercicio de la actividad.

Sobre este punto, y antes de entrar a resolver el problema concreto que nos planteamos, debemos partir del hecho de que, tradicionalmente, la doctrina ha venido distinguiendo dos posturas en torno a las cuales se construyó dogmáticamente el concepto de autorización: por un lado, nos encontramos con la postura defendida por OTTO MAYER quien, partiendo del mecanismo sobre el que la autorización actúa, la definió como el acto administrativo que levanta la prohibición preventivamente establecida por la norma de policía, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad no ha de producir, en el caso concreto, perturbación alguna sobre el buen orden de la cosa pública; por otro lado, RANELETTI parte de la idea de que la autorización presupone la preexistencia de un derecho, por lo que queda configurada como un acto declarativo de derechos que remueve los límites impuestos al ejercicio de ese derecho por razones preventivas³. No obstante, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han apuntado que estos conceptos no sólo ofrecen una visión dogmática parcial sino que, además, no se ajustan al concepto que hoy debe mantenerse de autorización, concepto nuevo surgido a raíz de la crisis que el concepto tradicional ha experimentado⁴ y que, como dice el profesor PARADA,

³ Sobre el concepto clásico de la autorización pueden consultarse, entre otras, las obras de GARCÍA DE ENTERRÍA E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, tomo II*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 137 a 139; PARADA VÁZQUEZ, R., *Curso de Derecho Administrativo, Parte General, tomo I*, MARCIAL PONS, Madrid 1997, pp.448 a 450 y, de la Cuetara, J. M., *La Actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 258 y 259.

⁴ A juicio de estos autores, sobre la base del aumento de los poderes discrecionales de la Administración y la limitación del número de autorizaciones, «hablar hoy día de un derecho preexistente no sólo es excesivo, sino que está en abierta contradicción con la realidad de las cosas...». Por todas estas causas, propugnan un nuevo concepto de autorización, en

«supone una vuelta a la tesis de MAYER»⁵, si bien, a juicio de DE LA CUETARA, el concepto de autorización empleado por estos autores no es exactamente igual al descrito por MAYER pues aquí «no renace la libertad genérica del individuo, sino que se ejerce un derecho establecido por un acto concreto de la Administración con unas determinadas dimensiones y contenidos»⁶. Sin embargo, no hay que olvidar el hecho de que para el profesor PARADA conviene partir de un concepto de autorización más restrictivo, «como un acto reglado, que libera la prohibición del ejercicio de un derecho o libertad preexistente», concepto en el que no cabría el ejercicio de poderes discrecionales por parte de la Administración⁷, de tal forma que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho en cuestión cumplen las exigencias legales o reglamentarias.

En la medida en que la LSE califica a la autorización de instalación de centrales eléctricas como autorización reglada, sometida a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación⁸ y condiciona su otorgamiento a la necesidad de acreditar los extremos que se recogen en el artículo 21.2⁹, parece lógico que podamos definirla como el acto administrativo en virtud del cual se reconoce el derecho a realizar una actividad industrial¹⁰ (la de producir de energía eléctrica

virtud del cual, «la autorización se perfila hoy como un acto de la Administración por la que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente». GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 138.

⁵ PARADA VÁZQUEZ, R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 449.

⁶ DE LA CUETARA, J.M., *La Actividad de la Administración*, cit., p. 259.

⁷ PARADA VÁZQUEZ, R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 450.

⁸ Párrafo 2 del punto 1 del artículo 21 de la LSE, donde se dice que «El otorgamiento de la autorización administrativa tendrá carácter reglado y se regirá por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación».

⁹ «Los solicitantes de autorizaciones para instalaciones de producción de energía eléctrica deberán acreditar los siguientes extremos:

Las condiciones de eficiencia energética, técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas.

El adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la minimización de los impactos ambientales.

Las circunstancias del emplazamiento de la instalación.

Su capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto».

¹⁰ Sobre el hecho de que la producción de energía eléctrica constituya una actividad industrial no existe ninguna duda. La energía eléctrica forma parte de la actividad energética y, como tal, de la actividad industrial. Efectivamente, encontramos que son muchas las normas que encuadran la actividad energética dentro del concepto de actividad industrial. En este sentido, la vieja Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 24 de noviembre de 1939, ya calificaba, en su artículo 2, como actividad industrial «toda actividad económica desarrollada con alguna de las finalidades siguientes: a) Generación, transporte, transformación, distribución y aplicación de la energía mecánica, química, eléctrica o térmica».

ca), con la única limitación de respetar las correspondientes garantías técnicas y de seguridad establecidas por la Administración.

Así entendida, la autorización de instalación de centrales eléctricas encajaría dentro del concepto de autorización que parte de la idea de un derecho preexistente¹¹. En este sentido, podemos decir que la autorización de instalación hace posible el ejercicio de un derecho o facultad que ya pertenece al administrado, y que no es otro sino el Derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE.

Ahora bien, como sostiene el profesor PARADA, no hay que olvidar que la técnica autorizatoria se enmarca en una operación limitadora del ejercicio de derechos (en la medida en que la autorización no se concibe sin un derecho o facultad previamente condicionado en su ejercicio), de tal forma que el particular no puede iniciar la concreta actividad económica sin antes haberse sometido a la tutela de la Administración¹². Por este motivo, y como dice el TS, «siendo esta técnica autorizativa un instrumento limitador de derechos del particular o administrado, es indiscutible que allí donde una norma con rango adecuado no los restrinja, con carácter genérico, tampo-

Por su parte, la Orden de 18 de octubre de 1976, sobre prevención y corrección de la contaminación de origen industrial, establece, en su artículo 1.1, como ámbito de aplicación de la misma, «las actividades industriales contenidas en el Anexo II del Decreto 833/1975, de 6 de febrero», y entre estas actividades se menciona, en primer lugar, la Industria energética.

Junto a ellas encontramos la Orden de 28 de febrero de 1986, sobre nuevas condiciones para las operaciones de la línea industrial, donde, al delimitarse el concepto de actividad industrial se dice que se entiende por tal «...el aprovechamiento, generación, transporte o distribución de energía...».

Finalmente, la Ley 21/1992, de 16 de julio, sobre Industria, establece en el apartado 4 de su artículo 8 que «se regirán por la presente Ley las siguientes actividades: a) Las actividades de generación, distribución y suministro de la energía y de los productos energéticos».

En el ámbito comunitario también encontramos formulaciones en el mismo sentido, así la Directiva 84/360/CEE, de 28 de junio de 1984, relativa a la lucha contra la contaminación atmosférica procedente de instalaciones industriales, considera como actividad industrial, entre otras, la industria de energía.

¹¹ En este sentido se pronuncia el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, cuando dice que «la autorización, si se emplean con el debido rigor los términos, es un acto administrativo de efectos declarativos y no constitutivos, en el sentido de que el derecho a ejercer o llevar a cabo la actividad que constituya su objeto no nace de ella, no es constituido ni generado por ella, sino que es propio del sujeto con anterioridad, comúnmente porque se lo habrá reconocido expresamente -aunque sólo sea cuando menos en términos genéricos- el ordenamiento jurídico, a veces incluso como parte del contenido de algún derecho fundamental o de alguna libertad pública». ARIÑO ÓRTIZ, G., DE LA CUETARA, J.M. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MÚÑIZ, J.L., *El nuevo Servicio Público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 237. En el mismo sentido, el profesor Macera señala que «la autorización no hace más que suprimir los límites que opone el interés público al ejercicio de un derecho preexistente en el sujeto gravado». BERNARD-FRANK MACERA, *El deber industrial de respetar el ambiente: Análisis de una situación pasiva de Derecho Público*, MARCIAL PONS, Madrid, 1998, p. 146.

¹² PARADA VÁZQUEZ, R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 448.

co podrán ser restringidos a través del acto administrativo de autorización»¹³.

De todo lo expuesto hasta ahora podemos concluir diciendo que en las autorizaciones de instalación de centrales eléctricas se parte de la idea de un derecho preexistente en el sujeto a realizar la actividad en cuestión, siendo entonces la autorización la remoción de unos obstáculos impuestos a su ejercicio con el fin de prevenir el posible daño que se pueda provocar al interés colectivo. En este sentido, la autorización de instalación se define como un acto declarativo de derechos, pues partiendo de la base de que el particular tiene derecho a realizar esta actividad, se pretende, únicamente, controlarlo en el ejercicio de su derecho a través de la técnica autorizatoria.

B. Caracteres

Una vez aclarado el concepto y la naturaleza jurídica de la autorización de instalación de producción de energía eléctrica conviene hacer referencia ahora a sus caracteres, en la medida en que dichos caracteres van a condicionarla y van a plantear una serie de problemas. En este sentido, podríamos interpretar estas autorizaciones como autorizaciones operativas, de funcionamiento, condicionadas y regladas.

1) Son autorizaciones operativas.

Efectivamente, las autorizaciones de instalaciones para producir energía eléctrica se enmarcan, por la funcionalidad que cumplen, dentro de lo que la doctrina denomina autorizaciones operativas¹⁴, en la medida en que pretenden ir más allá del simple control, encauzando y orientando positivamente la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes o programas sectoriales¹⁵.

No obstante, para que estos planes o programas sean eficientes y puedan cumplir con los objetivos que persiguen, deberían de estar

¹³ Sentencia de 14 de enero de 1986, de la Sala 3ª del TS (Fundamento I), relativa a la autorización de instalación de un centro de transformación de energía eléctrica.

¹⁴ Sobre el concepto de autorizaciones operativas puede verse, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *pcit.*, 140. En el mismo sentido, TRILLO-FIGUEROA y LÓPEZ-JURADO, *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996, p. 397.

¹⁵ Concretamente, en la materia objeto de nuestro estudio, debemos mencionar el Plan Energético Nacional, donde se fijan las líneas básicas de actuación de la Política Energética a desarrollar por el Estado durante su período de vigencia (1991-2000).

incluidos, de forma tajante y expresa, en las leyes correspondientes que establecen los mecanismos autorizatorios, pues, en la medida en que dado que la autorización, como tal, es un acto limitativo del ejercicio de derechos de los particulares, la restricción de estos derechos debe venir establecida por una norma con el rango adecuado, ya que, de lo contrario, la autorización, por sí sola no podrá restringirlos.

2) Son autorizaciones de funcionamiento

En cuanto al objeto, nos encontramos que estamos en presencia de las llamadas autorizaciones de funcionamiento, ya que son autorizaciones que no se agotan en el mismo momento de su concesión, sino que están llamadas a prolongarse indefinidamente en el tiempo, por lo que su vigencia será previsiblemente larga (el tiempo que perdure la actividad en cuestión). Precisamente es esta naturaleza la que les confiere una característica muy peculiar, y es que, dado que estas autorizaciones deben disciplinar no sólo lo que va a ocurrir en el momento presente, sino también lo que ocurrirá en el futuro, la autorización queda condicionada a la conservación de las circunstancias y motivos que provocaron su otorgamiento, de tal manera que la actividad en cuestión se encuentra sujeta a inspecciones de control para determinar, por un lado, si se ajusta a los requisitos en ella establecidos y, por otro, si se adecuan a las nuevas exigencias medioambientales y técnicas que vayan surgiendo.

Precisamente el hecho de que nos encontremos ante autorizaciones de funcionamiento que, como hemos visto, están llamadas a regular situaciones que se van a prolongar en el tiempo, plantea un problema, desde el punto de vista jurídico, que debemos resolver, problema que no es otro sino el posible conflicto con los llamados derechos adquiridos¹⁶.

En virtud de la doctrina de los derechos adquiridos, las facultades o derechos que nacen en un particular como consecuencia de un acto

¹⁶ Sobre la doctrina de los derechos adquiridos existe una gran bibliografía, sobre todo en el ámbito del Derecho Civil, donde estos derechos se dan con mayor intensidad; no obstante, el tema también ha sido tratado en el ámbito del Derecho Administrativo, donde podemos consultar, entre otras, las obras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, RAP, n.º 27, 1958, pp. 63 a 68; SALA ARQUER, J. M., *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974; LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982 y VERA JURADO, D., *La disciplina ambiental de las actividades industriales*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 136 a 140.

declarativo de derechos pasan de forma inmutable a integrarse en su patrimonio¹⁷. De esta forma, los actos declarativos de derechos (como es el caso que nos ocupa, pues, como ya expusimos al hablar del concepto de la autorización de instalación de centrales eléctricas la calificamos como acto declarativo de derechos) son intangibles, es decir, no se pueden revocar, ni siquiera modificar y ello con base en el concepto de actos administrativos favorables que nuestras leyes vienen manteniendo¹⁸.

Siendo esto así, nos encontramos que surge un conflicto entre el acto autorizatorio que debe disciplinar más allá del presente y una regulación que deja de lado los intereses públicos en juego como consecuencia de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos¹⁹.

¹⁷ Efectivamente, son muchos los que se han pronunciado sobre el concepto y los efectos de los llamados derechos adquiridos. En este sentido GARCÍA-MONTORO viene sosteniendo que «nuestro derecho ha fijado de forma clara el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos favorables, de tal forma que lo que reconocía el acto al particular pasaba de forma inmutable a ser patrimonio de éste». GARCÍA-MONTORO, J.M., *Derechos adquiridos versus medio ambiente protegido*, en *Comunicaciones Técnicas, Libro III, II Congreso Nacional del Medio Ambiente*, p. 252. En la misma dirección, GARCÍA DE ENTERRIA sostiene que «el principio de los derechos adquiridos es el que ha venido sosteniendo la negación absoluta de la facultad revocatoria de la Administración de los actos declarativos de derechos». GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos*, cit., p. 67; igualmente, SALA ARQUER mantiene que, según la teoría dominante, «los actos administrativos que declaran derechos a sus destinatarios son irrevocables». SALA ARQUER, J.M., *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, cit., p. 231. Por su parte, LÓPEZ MENUDO se refiere a los derechos adquiridos al estudiar la influencia de los criterios doctrinales sobre el concepto de retroactividad y, en este sentido, afirma que «esta teoría, llamada clásica, se resume en el siguiente enunciado: la ley nueva debe respetar los derechos adquiridos de conformidad con la ley anterior». LÓPEZ MENUDO, F., *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982, p. 91.

¹⁸ Efectivamente, nuestro derecho viene manteniendo de forma clara el principio de irrevocabilidad de este tipo de actos. En este sentido, el artículo 105 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificado por la Ley 4/1999), dispone que «Las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico». De este artículo se deduce, *sensu contrario*, que la Administración no podrá revocar, en cualquier momento, los actos declarativos de derechos, sino que para ello, tendremos que encontrarnos ante actos nulos de pleno derecho (artículo 102 de la citada ley, también modificado) o bien habrán de concurrir alguna de las circunstancias previstas en el artículo 103 de la Ley 30/1992, esto es, que estemos ante actos declarativos de derechos que sean lesivos para el interés público.

¹⁹ Como han manifestado GARCÍA DE ENTERRIA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., «esta necesidad de disciplinar el futuro da al problema una especial complejidad que no tiene satisfactoria solución en el ordenamiento en vigor, cuyas normas acostumbra a centrar exclusivamente su atención en el momento inicial en que se solicita la autorización, con la consiguiente congelación que ello supone para los intereses públicos en juego, congelación a la que coadyuva una aplicación tópica e indiscriminada del principio de intangibilidad de los actos declarativos de derechos». GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 142.

No obstante, si aplicáramos con toda su crudeza la doctrina de los llamados derechos adquiridos, éstos se convertirían en verdaderos obstáculos para la revocación de las autorizaciones de instalación de centrales de producción de energía eléctrica, lo que a su vez conllevaría un grave peligro (pensemos, por ejemplo, en los peligros que se podrían originar con respecto al medio ambiente, de conservarse situaciones inmutables a lo largo del tiempo)²⁰.

Por todo ello, la Administración está habilitada para establecer mecanismos que permitan revocar las autorizaciones industriales²¹, y el propio Ordenamiento jurídico nos ofrece algunos preceptos que pueden servirnos de orientación, así el artículo 16.1 RSCL, del Decreto de 17 de junio de 1955, justifica la revocación en los casos en que se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o aparecieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación. De igual forma, el artículo 10.1 de la Ley 5/1993, de Actividades Clasificadas de Castilla y León, señala que «las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido, habrían justificado la denegación. Podrán ser anuladas las licencias cuando resultaren otorgadas erróneamente, mediante expediente contradictorio». Y en este mismo punto, debemos felicitar la regulación realizada por la nueva LSE, que recoge expresamente la posibilidad de revocación de la autorización de instalación de este tipo de centrales ya que, en el párrafo 2 del apartado 6 del artículo 21 señala que «el incumplimiento de los requisitos y

²⁰ En este sentido y con carácter general, GARRIDO FALLA, sostiene que, en cuanto a la posibilidad de retirar licencias o autorizaciones previamente concedidas habrá que estar a lo que la teoría general de los actos administrativos determine para estos casos y, si bien reconoce la posibilidad de revocar un acto porque hayan variado, siempre por vía legal o reglamentaria, las condiciones y requisitos de la actividad autorizada, reconoce que «los derechos adquiridos pueden ser un límite a la revocación, al menos en cuanto pueden condicionar a la Administración al reconocimiento de una indemnización». GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1992, p. 145.

²¹ Como sostiene GARCÍA-MONTORO, «cabe la posibilidad de que leyes específicas o, incluso a través de acuerdos concretos entre las partes, se puedan establecer mecanismos que regulen la posibilidad de revocación». GARCÍA-MONTORO, J.M., *Derechos adquiridos versus medio ambiente protegido*, cit., p. 253. Además, también hay que tener presente que existen una serie de límites a los derechos adquiridos, límites que pueden encontrarse tanto en la jurisprudencia del TS como en la del Tribunal Constitucional (sobre estos límites puede consultarse la obra de VERA JURADO, D., *La disciplina ambiental*, cit., pp. 137 a 140).

condiciones establecidos en las autorizaciones o la variación sustancial de los presupuestos que determinaron su otorgamiento podrán dar lugar a su revocación».

Ahora bien, la revocación de la autorización puede hacer nacer el derecho a indemnización del titular del derecho revocado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la indemnización no siempre va a ser obligatoria sino que, como dice el profesor PARADA, «el titular del derecho revocado tendrá o no derecho a indemnización en función de las causas que determinaron la revocación y de la naturaleza del derecho afectado»²². En este sentido, no habrá derecho a indemnizar si «se incumplieran las condiciones» a que el acto administrativo sujeta el derecho que en él se reconoce (artículo 16 RSCL). Por su parte, la revocación por cambio de circunstancias tampoco comporta deber de indemnizar alguno pues, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, «se trata de un caso de ineficacia sobrevenida, por incompatibilidad de la actividad autorizada con las circunstancias surgidas con posterioridad al otorgamiento de las licencias», ya que, en las licencias de tracto sucesivo, que disciplinan el ejercicio indefinido de ciertas actividades, la adecuación a las circunstancias en cada momento ha de entenderse como una condición implícita en el acto mismo de su otorgamiento»²³. Por el contrario, sí será indemnizable la revocación de los actos administrativos cuando la causa legitimadora de la revocación sea la adopción de nuevos criterios de apreciación (llamada por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ revocación por motivos de oportunidad²⁴), revocación que, por ser facultativa y conllevar una auténtica expropiación al derecho a la libertad de empresa²⁵, implica indemnización²⁶.

3) Son autorizaciones condicionadas

Además de lo dicho hasta ahora y, como dice SALAS, estamos en presencia de autorizaciones condicionadas, en la medida en que para

²² PARADA VÁZQUEZ, R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 217.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 658.

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., op. cit., p. 658.

²⁵ BERNARD-FRANK MACERA, *El deber industrial de respetar el ambiente...*, cit., p. 145.

²⁶ En este sentido, el artículo 16 RSCL, en su apartado 3, establece que «la revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación y la anulación por error comportarán el resarcimiento de los daños y perjuicios». De la misma forma se pronuncia el artículo 10 de la Ley 5/1993, de Actividades Clasificadas de Castilla y León que, en su apartado 2, establece que «la revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación o error en su otorgamiento, que no sea motivado por la acción dolosa del peticionario, comportarán el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren».

que sea concedida, la actividad en concreto deberá cumplir todos los requisitos que, por vía legal o reglamentaria, hayan sido establecidos²⁷. Efectivamente, el apartado 2 del artículo 21 dispone que «los solicitantes de autorizaciones para instalaciones de producción de energía eléctrica deberán acreditar los siguientes extremos:

- las condiciones de eficiencia energética, técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas,
- el adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la minimización de los impactos ambientales,
- las circunstancias del emplazamiento de la instalación,
- su capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto».

Igualmente, la autorización de instalaciones para producir energía eléctrica se encuentra condicionada, como dispone el párrafo 3 del artículo 21 de la LSE, al otorgamiento de las concesiones y autorizaciones que sean necesarias, «de acuerdo con otras disposiciones que resulten aplicables y en especial las relativas a la ordenación del territorio y al medio ambiente».

Precisamente, el hecho de que estemos ante autorizaciones condicionadas va a dar lugar a otro problema, el de la concurrencia de autorizaciones, problema que, a diferencia de lo que ha sucedido con el tema de los derechos adquiridos, no ha quedado resuelto, como tendremos ocasión de ver, por la nueva LSE que presenta, en este sentido, una deficiente regulación de la articulación de competencias necesariamente concurrentes, lo cual va a ser objeto de crítica, sobre todo si tenemos en cuenta la incidencia ambiental de este tipo de actividades²⁸ y que recientemente se ha aprobado la Directiva sobre Control Integrado de la Contaminación²⁹.

²⁷ SALAS HERNÁNDEZ, J., «Energía» en *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, dirigido por S. MARTÍN RETORTILLO, La Ley, 1991, p. 930.

²⁸ Sobre el hecho de que la producción de energía eléctrica resulta perjudicial para el medio ambiente no existe ninguna duda, estando referidas sus principales repercusiones al uso del suelo, a la demanda y contaminación del agua y a la contaminación atmosférica.

No obstante, dado que la energía eléctrica no es una fuente de energía, sino una forma de utilización de la misma que, como tal, puede obtenerse a partir de la energía térmica, nuclear, hidráulica y a través de las energías renovables, parece apropiado detenernos en las repercusiones concretas que cada una de las centrales donde se origina pueden provocar.

De todas las actividades de producción de energía eléctrica, son las centrales térmicas y, concretamente, las centrales de combustión de carbón, las más contaminantes. Es en la combustión del carbón donde encontramos el origen de una importante contaminación atmosférica que tiene como consecuencia la contaminación del aire con millones de toneladas anuales de humos tóxicos (óxidos de azufre (SO₂), óxidos de nitrógeno (NO_x),

Efectivamente, las centrales de producción eléctrica, dado que producen efectos negativos sobre el medio ambiente, además de la autorización a la que nos hemos referido anteriormente, necesitan, para comenzar a funcionar, de otras autorizaciones cuya finalidad

dióxido de carbono (CO₂) y partículas). Junto a la contaminación atmosférica nos en estas centrales nos encontramos también con la no menos importante contaminación del agua (las repercusiones que se producen sobre el agua son de dos tipos: sobre la demanda de agua y sobre su calidad del agua). Además, estas centrales también provocan una doble repercusión sobre el suelo, por un lado, la originada por la instalación de centrales térmicas convencionales, en especial las que usan como combustible el carbón, con la consiguiente utilización del suelo que ocupan, por otro, la originada indirectamente por la contaminación atmosférica y del agua, contaminaciones que repercuten negativamente sobre suelo. Finalmente, y aunque menos importante que las anteriores, estas centrales producen otro tipo de contaminación, como es la originada por los ruidos y por los residuos que en ellas se generan.

La producción de energía eléctrica a través de centrales nucleares tampoco está exenta de problemas ambientales. Efectivamente, el funcionamiento normal de una central nuclear puede implicar efectos ambientales indeseables por la radioactividad que eventualmente pueda transmitirse al medio, por la contaminación térmica o la alteración de la meteorología, así como por la gran cantidad de residuos radiactivos producidos y con los que no se sabe que hacer, sin olvidarnos de la posibilidad de un accidente nuclear (riesgo que, tratándose de una central nuclear, siempre está latente pese a que cada vez se toman medidas de seguridad más importantes). Junto a todo ello, la extracción de uranio (material que suele emplearse en este tipo de centrales) presenta todos los peligros relacionados con las actividades de extracción más la emisión de radón a la atmósfera.

Las centrales hidroeléctricas son centrales que aprovechan la fuerza motriz del agua para producir energía eléctrica. Este tipo de centrales son, sin duda, la mejor alternativa para producir energía eléctrica en aquellos países que cuentan con recursos naturales suficientes para ello, ya que no producen ningún tipo de contaminación sobre la atmósfera o el agua, si bien, hay que tener en cuenta que su implantación puede producir un cierto impacto ambiental sobre los usos del suelo, ya que supone la utilización de una superficie de terrenos, como consecuencia del embalse y presa asociados, y de los recursos hidráulicos.

En cuanto a la producción de energía eléctrica a través de las energías renovables (biomasa, minihidráulica, solar, eólica y geotérmica) hay que decir que, aunque también provocan repercusiones negativas sobre el medio ambiente, sus efectos son más localizados y de menor dimensión que los examinados hasta ahora y siempre hay que tener presente que se trata de efectos que pueden ser en gran medida subsanados. En este sentido, hoy día no existe ninguna duda acerca de que este tipo de energías son las más respetuosas con el medio ambiente y se tiene claro que una mayor penetración de las mismas redundaría en beneficio del medio ambiente, del sector de la energía y de la economía en general, por lo que parece lógico que tanto la Comunidad como los Estados miembros se estén preocupando en potenciarlas.

En cualquier caso, y para concluir este apartado, debo decir que, hoy por hoy, la generación de energía eléctrica es realmente una actividad contaminante del medio ambiente, siendo la atmósfera el medio que resulta más afectado.

Para más información sobre el tema pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: sobre los efectos generales de la producción de energía eléctrica sobre el medio ambiente puede verse el artículo de CROISSIER BATISTA, L.C., *Incidencia ambiental de la industria en Hacia una política integral del medio ambiente*, Jornadas sobre política ambiental, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989, pp. 561 a 568, así como la ponencia de LAFUENTE FELEZ, A., *Energía y Medio Ambiente*, en *Comunicaciones Técnicas, Libro IV, II Congreso Nacional de Medio Ambiente*, Colegio Oficial de Físicos, Madrid, 1994, pp. 259-261 y el informe elaborado por PROBUBUSINESS COMUNICACION, *Programa piloto para la introducción de un sistema de auditoría y gestión medioambiental en Castilla y León: informe medioambiental de los sectores energía y agua, minería, cemento, vidrio y*

principal es velar por la defensa de aquél. En este sentido, estas instalaciones van a necesitar las autorizaciones de vertidos contaminantes, tanto al medio acuático como atmosférico, la autorización a la que se refiere la Ley 10/1998, como actividad productora de residuos que es, la Declaración de Impacto Ambiental y la licencia de actividades clasificadas. Todo ello hace que nos encontramos ante un supuesto de concurrencia de competencias entre distintos órganos administrativos de carácter estatal, autonómico y municipal, en razón a la materia de que se trata, a saber, la instalación de una central de producción de energía eléctrica en los que la función de intervención administrativa se realiza desde distintos puntos en consonancia con la pluralidad de intereses que entraña la misión llamada a cumplir, y si bien es cierto que en cada sector en el que la Administración está llamada a intervenir, ésta actúa dentro de su esfera de competencia con autonomía para emitir el informe o dictamen oportuno, es también indudable que imperativos insoslayables imponen a veces un inevitable orden de prelación entre ellos, de forma que sin prejuzgar el acto posterior, el anterior lo condiciona, de modo que no cabe una actuación simultánea y desligada, sino sucesiva e interdependiente³⁰.

cerámica, Junta de Castilla y León, Consejería de Medio ambiente y Ordenación del Territorio, Madrid, 1996, pp. 9-19. Sobre la contaminación producida por las centrales nucleares pueden consultarse GARCÍA-TAPIA URRUTUIA, A., *Impacto ambiental producido por la operación normal de centrales nucleares*, en *Jornadas sobre generación de electricidad y medio ambiente*, Comité de Energía y Recursos Naturales, Madrid, 1990, pp. 187-191; MARTÍN MATEO, R., *Consecuencias ambientales del funcionamiento normal de las centrales nucleares*, en *Tratado de Derecho Ambiental, volumen II*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 690-692. Sobre los impactos ambientales producidos por las centrales hidroeléctricas puede consultarse HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C., *Las energías renovables y el medio ambiente*, MOPU, Madrid, 1990, p. 10.

²⁹ La finalidad de esta Directiva (Directiva 96/61/CE) es unificar, en relación con las actividades industriales enunciadas en su Anexo I, actividades entre las que tendrían cabida algunas de las necesarias para producir energía eléctrica, la pluralidad de permisos mediante los cuales se controlaban hasta ahora por separado sus emisiones, vertidos y producción de residuos, de manera que todos ellos se integren en un único procedimiento que dé lugar a una sola autorización otorgada por un solo órgano competente, a fin de garantizar una mejor protección del medio ambiente. Pues bien, esta Directiva exige que los ordenamientos nacionales la incorporen al Derecho interno antes del 30 de octubre de 1999 (artículo 21.1), por tanto, es de criticar que, aprovechando la reforma de la LSE no se haya intentado adecuar esta Ley a las exigencias de la nueva Directiva a fin de no tener que estar modificándola posteriormente para adaptarla a ella cuando llegue el momento, sobre todo porque una ley de tanta importancia como lo es la del sector eléctrico no debe de ser objeto de tan constantes revisiones y cambios en períodos de tiempo tan breves, si bien la única disculpa que existe es la de que nos encontramos ante un proceso de intensas modificaciones como consecuencia de las nuevas metas que pretende alcanzar la UE en materia de energía eléctrica, a saber, la consecución del mercado interior energético como paso previo a la consecución del mercado interior europeo.

³⁰ En este sentido se pronuncia el TS en su Sentencia de 27 de febrero de 1980.

4) *Son autorizaciones regladas*

Finalmente y para concluir este apartado, debemos señalar que estamos ante autorizaciones regladas, pues, como hemos visto, la LSE así lo establece en el apartado 2 del punto I de su artículo 21, cuando dice expresamente que «el otorgamiento de la autorización administrativa tendrá carácter reglado y se regirá por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación».

Sobre este punto es de destacar que, hasta la aparición de esta Ley, ninguna de las leyes que anteriormente habían regulado el sector eléctrico se había pronunciado acerca del carácter reglado o discrecional de estas autorizaciones y, sobre esta cuestión, el TS venía entendiendo que, en ellas, predominaba su carácter discrecional³¹.

No obstante, hay que tener en cuenta que en las autorizaciones de instalación de centrales de producción de energía eléctrica, la discrecionalidad que pudiera haber existido en un primer momento, ha ido reduciéndose progresivamente como consecuencia de los Planes Energéticos, en donde se establecen una serie de pautas y directrices a seguir por la Administración³². De esta forma, la nueva LSE no ha venido sino a plasmar por escrito lo que ya venía siendo una característica propia de estas autorizaciones. En este sentido, el decir ahora que «el otorgamiento de estas autorizaciones tendrá carácter reglado», va a tener un doble objetivo: por un lado, asegurarse que el otorgamiento de estas autorizaciones se adecua a lo previsto en los Planes y Programas sectoriales en lo que se refiere a qué centrales, número, clase y naturaleza se pueden construir; por otro lado, asegurarse que sólo se puedan construir centrales que cumplan con los requisitos legal o reglamentariamente establecidos, de manera que cuándo no se cumplan estos requisitos, la Administración, previa comprobación, pueda proceder a denegar la autorización, mientras que, si se cumplen, tenga en todo caso que autorizarla, sin que quepa el ejercicio de poderes discrecionales por su parte.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el carácter reglado de la autorización lleva implícito que, en caso de denegarse dicha autorización, es necesaria la motivación a la que se refiere el artículo 54 de la Ley 30/1992 (modificado por la Ley 4/1999) y ello por tres razones:

³¹ Efectivamente, la STS de 14-1-1986, señalaba, en su F. jco. 3, el carácter discrecional de estas autorizaciones, y lo hacía con las siguientes palabras: «Sin insistir, puesto que no es preciso, en la extensión del margen discrecional de apreciación de que dispone la Administración en este tipo de autorizaciones...».

³² SANZ RUBIALES, I., *Los vertidos en aguas subterráneas, su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 101.

- para que la Administración pueda justificar su denegación, es decir, pueda informar al particular de los motivos de la misma,
- para que el sujeto pueda ejercer su derecho de defensa, y
- para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la denegación de ese acto.

3. RÉGIMEN JURÍDICO

A. Sujetos

Como sostiene VILLAR PALASI, son dos los sujetos intervinientes en la actividad de producción de energía eléctrica, a saber, un sujeto pasivo y un sujeto activo, si bien no existe concurrencia alguna entre estos dos sujetos sino que cada uno actúa dentro de su esfera propia³³.

El sujeto pasivo es el encargado de poner en marcha el procedimiento para obtener la autorización de instalación de una central de producción de energía eléctrica, incoándolo mediante la presentación, ante el órgano competente, de la correspondiente instancia de solicitud.

El sujeto activo, está representado en la autoridad competente para conceder la autorización, a saber, el Ministerio de Industria y Energía, cuando la competencia para otorgarla sea del Estado³⁴, o el órgano que tenga asumida esas competencias en las Comunidades Autónomas, cuando sean éstas las competentes para concederla³⁵.

³³ El citado autor manifiesta que «como se deriva de la propia naturaleza de la autorización, ésta es un acto administrativo unilateral que no implica un concierto de voluntades. La solicitud para obtenerla es simplemente su presupuesto y no hay dos sujetos que concurren en la producción del acto, sino un sujeto activo, que lo produce y un sujeto pasivo, que lo solicita y recibe». VILLAR PALASI, J. L., *La intervención administrativa en la industria*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 392.

³⁴ Concretamente, siendo competente para autorizar el Estado la competencia para otorgar la autorización le corresponde a la Dirección General de la Energía, integrada en el Ministerio de Industria y Energía, tal y como se desprende del Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Industria y Energía y del Real Decreto 1889/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del citado Ministerio.

³⁵ Aunque el órgano competente para conceder estas autorizaciones será casi siempre el Estado, ya que, como establece el artículo 149.1.22 CE, para ello bastará con que el aprovechamiento de energía eléctrica afecte a más de una Comunidad o el transporte de energía salga del territorio de una Comunidad Autónoma (y esto, dado que lo que hoy se pretende es lograr una red interconectada, es lo que sucede normalmente). No obstante, puede existir la posibilidad de que, en algunos casos, sea competente para autorizar la Comunidad.

B. Objeto

La autorización de instalación de centrales de producción de energía eléctrica tiene por objeto, como hemos visto, la remoción de límites para que pueda ejercerse el derecho preexistente del particular.

Por otro lado, esta autorización va a regular toda la actividad de producción de energía eléctrica, por lo que podemos concluir que también esta actividad constituye su objeto. Ahora bien, la Ley no dice nada acerca de lo que deba entenderse por actividad de producción de energía eléctrica, únicamente alude a esta actividad de una forma genérica para luego regular, en su artículo 21, párrafo 7, los supuestos que tendrían cabida dentro de la misma, a saber, la producción propiamente dicha, transformación de energía eléctrica y la conexión con la red de transporte o distribución³⁶.

C. Contenido de la autorización

1. Derechos y obligaciones del administrado

Además de iniciar el procedimiento para obtener la autorización de instalación de este tipo de centrales, el sujeto solicitante, (llamado sujeto pasivo en páginas anteriores), debe asumir una serie de obligaciones previstas expresamente en la Ley. En este sentido, el párrafo 2 del artículo 21 establece que «los solicitantes de autorizaciones para instalaciones de producción de energía eléctrica deberán acreditar los siguientes extremos:

Autónoma, lo que sucederá cuando no se den alguna de las circunstancias anteriores. Para estos supuestos, la nueva LSE dispone que bastaría con que la Comunidad Autónoma procediera a autorizar la instalación, a diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior donde se exigía que la citada Comunidad Autónoma solicitara informe previo a la Administración General del Estado en el que se consignarían las posibles afecciones de la proyectada instalación a la planificación, explotación unificada y régimen económicos regulados en la Ley y que la Administración autorizante debería tener en cuenta a la hora de otorgar la autorización. Pues bien, la nueva Ley no dice nada acerca de la necesidad de tener que solicitar informe previo al Estado, lo cual considero que es un error y que debe ser objeto de crítica, sobre todo por el hecho de que para otras actividades (concretamente para las instalaciones de transporte cuya autorización deba de ser otorgada por las Comunidades Autónomas), la necesidad de este informe se viene manteniendo en el apartado 3 del artículo 35; y si para el transporte la exigencia se viene manteniendo no veo la razón por la que no se puede mantener para las instalaciones de producción.

³⁶ Según este artículo, «la actividad de producción incluirá la transformación de energía eléctrica, así como, en su caso, la conexión con la red de transporte o de distribución».

- las condiciones de eficiencia energética, técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas,
- el adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la minimización de los impactos ambientales,
- las circunstancias del emplazamiento de la instalación,
- su capacidad legal, técnica y económico-financiera para la realización del proyecto».

Asimismo, el párrafo 6 de este mismo artículo impone a los titulares de estas instalaciones la obligación de mantener la capacidad de producción prevista en las mismas y de proporcionar a la Administración la información que se les requiera de cuantos datos afecten a las condiciones que determinaron su otorgamiento.

Finalmente, el artículo 26 establece, en su párrafo 2, como obligaciones de los productores de energía eléctrica las siguientes:

«El desarrollo de todas actividades necesarias para producir energía eléctrica en los términos previstos en su autorización y, en especial, a lo que se refiere a seguridad, disponibilidad y mantenimiento de la potencia instalada y al cumplimiento de las condiciones medioambientales exigibles.

La presentación de ofertas de venta de energía eléctrica al operador de mercado, en los términos previstos en el artículo 23.

Estar dotados de los equipos de medida que permitan determinar, para cada período de programación, la energía efectivamente vertida a la correspondiente red.

Adherirse a las condiciones de funcionamiento del sistema de ofertas, especialmente en lo que se refiere al procedimiento de liquidación y pago de la energía.

Aplicar las medidas que, de acuerdo con el artículo 10 de la presente Ley, sean adoptadas por el Gobierno.

Todas aquellas que puedan derivarse de la aplicación de la presente Ley y sus normas de desarrollo».

Junto a estas obligaciones, los solicitantes de una autorización de este tipo también gozan de una serie de derechos regulados en la presente Ley, concretamente, en su artículo 26, párrafo 1. Este artículo les otorga los siguientes derechos:

«La utilización en sus unidades de producción de aquellas fuentes de energía primaria que consideren más adecuadas respetando, en todo caso, los rendimientos, características técnicas y las condiciones de protección medioambiental contenidas en la autorización de dicha instalación.

Contratar la venta de energía eléctrica en los términos previstos en la Ley y en sus disposiciones de desarrollo.

Despachar su energía a través del operador del sistema.

Tener acceso a las redes de transporte y distribución.

Percibir la retribución que les corresponda de acuerdo con los términos previstos en la presente Ley.

Recibir la compensación a que pudieran tener derecho por los costes en que hubieran incurrido en supuestos de alteraciones en el funcionamiento del sistema, en los supuestos previstos en el artículo 10.2 de la presente Ley».

No hay que olvidar que la nueva LSE, como también lo hacía la LOSEN, incluye junto al régimen ordinario de producción de energía eléctrica, el llamado régimen especial aplicable a instalaciones cuya potencia instalada no supere los 50 Mw³⁷ siempre y cuando estemos ante autoprodutores, o se utilice como energía primaria alguna de las energías renovables no consumibles, biomasa o cualquier tipo de biocarburante o bien residuos no renovables. Pues bien, cuando nos encontremos ante titulares de instalaciones de este tipo, estos sujetos van a tener, además de unas obligaciones similares a las que se establecen en el artículo 21 en sus párrafos 2 y 6 de la Ley para los productores en régimen ordinario (previstas en el artículo 28.2)³⁸, otras obligaciones y derechos específicos, establecidos expresamente en el artículo 30 de la Ley. Concretamente, este artículo establece, en su apartado 1, que «serán obligaciones generales de los productores de energía eléctrica en régimen especial:

Adoptar las normas de seguridad, reglamentos técnicos y de homologación o certificación de las instalaciones e instrumentos que establezca la Administración competente.

Cumplir con las normas técnicas de generación, así como con las normas de transporte y de gestión técnica del sistema.

Mantener la instalación en un grado óptimo de operación, de forma que no puedan causar daños a las personas o instalaciones de terceros.

³⁷ En este aspecto la LOSEN exigía que no superaran los 100 Mw.

³⁸ En este sentido, el artículo 28.2 señala que «los solicitantes de estas autorizaciones deberán acreditar las condiciones técnicas y de seguridad de las instalaciones propuestas, el adecuado cumplimiento de las condiciones de protección del medio ambiente y la capacidad legal, técnica y económica adecuada al tipo de producción que van a desarrollar y, una vez otorgadas, deberán proporcionar a la Administración competente información periódica de cuantos datos afecten a las condiciones que determinaron su otorgamiento».

Facilitar a la Administración información sobre producción, consumo, venta de energía y otros extremos que se establezcan.

Cumplir adecuadamente las condiciones establecidas de protección del medio ambiente».

Por su parte, «los productores en régimen especial gozarán, en particular, de los siguientes derechos:

Incorporar su energía excedentaria al sistema, percibiendo la retribución que se determine conforme a lo dispuesto en la presente Ley.

Conectar en paralelo sus instalaciones a la red de la correspondiente empresa distribuidora o de transporte.

Utilizar, conjunta o alternativamente en sus instalaciones, la energía que adquiera a través de otros sujetos.

Recibir de la empresa distribuidora el suministro de energía eléctrica que precisen en las condiciones que reglamentariamente se determine».

2. Derechos y obligaciones de la Administración

El órgano competente para conceder la autorización también tiene que cumplir una serie de obligaciones, principalmente dirigidas a verificar si se dan las condiciones técnicas, de seguridad y medioambientales necesarias para poder autorizarla.

Por otro lado, debemos tener presente que, como ya hemos dicho, nos encontramos ante autorizaciones de carácter reglado, de tal manera que la autoridad competente no puede ampararse en la existencia de unos posibles poderes discrecionales para decidir si concede o no la autorización, sino que, comprobado que la instalación cumple todos los requisitos establecidos como necesarios para proceder a su autorización, ésta deberá concederla y, únicamente en el caso de que no cumpliera alguno de estos requisitos debería denegarla, eso sí, teniendo en cuenta que, como vimos en páginas anteriores, la denegación de una autorización obliga a la Administración a motivar su decisión.

Además de esta doble obligación, por un lado de comprobación y, por otro, de resolver cuando se den todas las circunstancias necesarias para ello o denegar motivadamente cuando no se den esas circunstancias, la Administración tiene también el deber de indemnizar al

sujeto titular de la autorización cuando esta autorización sea revocada por motivos de oportunidad o, lo que es lo mismo, cuando se adopten nuevos criterios de apreciación³⁹.

Al margen de éstas, la Administración tiene además otras obligaciones, algunas de ellas resultado de las modificaciones producidas en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999 y que no son sino derechos de los particulares; éstas serían:

Por un lado, y como consecuencia de que estamos ante un procedimiento que se inicia a instancia de parte, mediante la presentación por los interesados, ante el órgano competente, de la correspondiente solicitud, la obligación de comunicar a los interesados que se ha recibido su solicitud (artículo 42.4⁴⁰).

Por otro, como consecuencia del carácter de acto favorable de la autorización, de resolver sobre esa solicitud, pronunciándose, en su caso, autorizándola o denegándola (artículo 42.1).

Junto a estas obligaciones, la Administración tiene una serie de derechos, a saber, el de solicitar a los titulares de estas instalaciones la información de cuantos datos afecten a las condiciones que otorgaron su otorgamiento (artículo 21.6.1), el de inspeccionar las instalaciones para comprobar si, con el transcurso del tiempo, se ajustan a las nuevas condiciones legalmente previstas (artículo 60.6) y el derecho a revocar las autorizaciones ante el incumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en ellas o la variación sustancial de los presupuestos que determinaron su otorgamiento (artículo 26.6.2).

D. Procedimiento común de autorización de una central eléctrica

Hasta ahora hemos visto como las distintas normas, tanto nacionales como comunitarias, establecen como requisito previo para que una central (del tipo que sea) pueda dedicarse a la producción de energía eléctrica, la obtención de una habilitación administrativa que no es otra cosa sino la autorización otorgada, según los casos, por el Estado o por la Comunidad Autónoma correspondiente.

³⁹ artículo 16.3 RSCL y artículo 10.2 de la Ley 5/1993, de Actividades Clasificadas de Castilla y León.

⁴⁰ Esta obligación ha sido desarrollada por la Orden de 14 de abril de 1999 por la que se establecen los criterios para la emisión de la comunicación a los interesados prevista en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992.

Los trámites para la obtención de autorización administrativa, declaración en concreto de utilidad pública y aprobación del proyecto de ejecución deben realizarse conforme a los Decretos 2617 y 2619, ambos de 20 de Octubre de 1966⁴¹.

Concretamente, el procedimiento para el otorgamiento de autorización administrativa en materia de instalaciones eléctricas aparece previsto en el Decreto 2617/1966. Según este Decreto, este procedimiento se divide en tres fases:

- Autorización administrativa
- Aprobación del proyecto de ejecución
- Levantamiento del acta de puesta en marcha

I. Autorización administrativa

El procedimiento de autorización se inicia a solicitud de persona interesada⁴². Como hemos indicado en otro apartado, esta circunstancia obliga a la Administración a dictar una comunicación (en el plazo de diez días) en la que se informará a los interesados de la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente, del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda

⁴¹ En la actualidad, estos Decretos siguen aplicándose en virtud de la Disposición transitoria primera de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, que declaraba que «en tanto no se dicten las normas de desarrollo de la presente Ley que sean necesarias para la puesta en práctica de algunos de sus preceptos, continúan aplicándose las correspondientes disposiciones en vigor en materia de energía eléctrica»: Esta Disposición Transitoria se repite, en los mismos términos, en la nueva LSE.

⁴² El artículo 8 de este Decreto establece, en este sentido, que «el establecimiento o ampliación de las instalaciones eléctricas requerirá la autorización de las mismas, a cuyo efecto la empresa interesada presentará ante la autoridad competente, conforme a este Decreto, la oportuna instancia con los requisitos señalados en el apartado 69 de la Ley de Procedimiento Administrativo», si bien, la referencia a este apartado debemos entenderla hecha, actualmente, al artículo 70 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, según este artículo, «las solicitudes que se formulen deberán contener:

- Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad acreditada por cualquier medio.
- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.»

producir el silencio⁴³. Además, la instancia deberá acompañarse de un anteproyecto de instalación que, según el apartado 2 del artículo 8, deberá contener:

- Memoria en la que se consignen las especificaciones siguientes:
 - Ubicación de la instalación.
 - Objeto y fin de la instalación.
 - Características principales de la misma.
- Planos de la instalación a escala adecuada.
- Presupuesto estimado.
- Los demás datos que la autoridad competente estime oportuno reclamar.

Presentada la solicitud y cumplidos todos los requisitos se abrirá, a continuación, un trámite de información pública durante un plazo de 30 días⁴⁴. Si simultáneamente con la petición de autorización se hubiere solicitado la declaración de utilidad pública de la instalación⁴⁵, el

⁴³ Artículo 42.4 de la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999. Sobre el contenido de esta comunicación, la Orden de 14 de abril de 1999, por la que se desarrolla el citado artículo, es bastante más explícita, ya que exige que, la citada autorización, contenga, como mínimo la siguiente información:

- Denominación y objeto del procedimiento iniciado por la solicitud.
- Clave o número que identifique el expediente del interesado.
- Especificación del plazo máximo para resolver y notificar la resolución y de la fecha en que la solicitud ha tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación, a partir de la cual se inicia el cómputo de dicho plazo.
- Efectos que puede producir el silencio administrativo, si transcurre el plazo señalado sin que se haya dictado y notificado la resolución correspondiente.
- Medios (teléfono, dirección postal, fax, correo electrónico,...) a los que acudir para obtener información sobre el estado de tramitación del procedimiento.

⁴⁴ El artículo 9 del Decreto establece que a los efectos de la información pública, «se insertará una nota extracto de las peticiones formuladas en el Boletín Oficial de la provincia o provincias respectivas y además en el Boletín Oficial del Estado, si la autorización de la instalación fuera competencia de la Dirección General de la Energía».

⁴⁵ A este respecto el artículo 52 de la LSE declara de utilidad pública «las instalaciones eléctricas de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, a los efectos de expropiación forzosa de los bienes y derechos necesarios para su establecimiento y de la imposición y ejercicio de la servidumbre de paso» y en el artículo 53 se establece que «para el reconocimiento en concreto de la utilidad pública de las instalaciones aludidas en el artículo anterior, será necesario que la empresa interesada lo solicite, incluyendo una relación concreta e individualizada de los bienes o derechos que el solicitante considere de necesaria expropiación». En cuanto a los efectos, el artículo 54 señala que «la declaración de utilidad pública llevará implícita en todo caso la necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de los derechos afectados e implicará la urgente ocupación a los efectos del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa. Igualmente llevará implícita la autorización para el establecimiento o paso de la instalación eléctrica sobre terrenos de dominio, uso o servicio público o patrimoniales del Estado, o de las Comunidades Autónomas, o de uso público, propios o comunales de la provincia o municipio, obras y servicios de los mismos y zonas de servidumbre pública».

trámite de información pública necesario para otorgar la autorización de instalación se efectuará conjuntamente con el trámite correspondiente a la declaración de utilidad pública (artículo 9.2)⁴⁶. Además, el hecho de la solicitud se habrá de poner en conocimiento de los Organismos o Servicios dependientes de otros Departamentos en la parte que afecte a bienes o derechos a su cargo para que puedan pronunciarse al respecto.

Si como consecuencia de la información pública practicada se hubieran presentado reclamaciones, se pondrán en conocimiento del peticionario para que formule la contestación oportuna en el término de 15 días. Si la reclamación consistiera en la oposición de alguna Empresa eléctrica a la autorización de instalación, se procederá de la misma forma indicada anteriormente, si bien la resolución correspondiente se adoptará, en todo caso, por la Dirección General de la Energía (artículo 10).

Una vez realizados todos los trámites anteriores, la autoridad competente resolverá sobre la autorización de la instalación en el plazo máximo de 3 meses, para lo cual se aplicará el cómputo establecido en el artículo 48.2 de la Ley 30/1992, modificado por la Ley 4/1999 (artículo 11 en relación con el artículo 42.2 de la Ley 30/1992). No obstante, este plazo podrá suspenderse en los casos establecidos por el también modificado artículo 42.5 de la Ley 30/1992.

De cualquier forma, lo que está claro es que conforme al artículo 42 de la Ley 30/1992, la Administración está obligada a dictar resolución expresa. No obstante, la propia Ley 30/1992 recoge, en su artículo 43, la posibilidad de que, vencido el plazo de resolución, el órgano competente no la hubiese dictado expresamente. En estos casos, la citada Ley establece, en el apartado 2 de su artículo 43 (ahora modificado por la Ley 4/1999), como regla general, el silencio positivo, es decir, que salvo que una norma con rango de ley o una norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario, las solicitudes que no sean resueltas en plazo deberán entenderse estimadas.

Pues bien, con base en lo establecido en esta Ley, la LSE, en su artículo 21.3.2, prevé la posibilidad de que, frente a las solicitudes de autorización de centrales de producción de energía eléctrica, vencido el plazo para resolver, no hubiera recaído resolución expresa, en cuyo caso, esta falta de resolución tendría carácter desestimatorio. En este

⁴⁶ Efectivamente, el párrafo 2 del artículo 53 dispone que «la petición (se entiende, de utilidad pública) se someterá a información pública y se recabará informe de los organismos afectados».

sentido, la LSE no viene sino a recoger la posibilidad que la propia Ley 30/1992 le brinda de excepcionar el régimen general del silencio administrativo en ella previsto.

II. Aprobación del proyecto de ejecución

Una vez obtenida la autorización administrativa se procederá a la tramitación y resolución de aprobación del proyecto de ejecución. Para ello, el titular de la autorización habrá de presentar el proyecto de ejecución de la instalación ante el órgano competente para aprobarlo. Separadamente se presentarán aquellas partes del proyecto que afecten a bienes, instalaciones, obras o servicios, centros o zonas dependientes de otros Ministerios, Organismos o Corporaciones, para que éstos establezcan el condicionado procedente (artículo 12.1 y 3)⁴⁷.

El órgano competente para aprobar el proyecto enviará a las dependencias a que correspondan, las separatas del proyecto presentado al efecto para que establezcan el condicionado que crean oportuno (artículo 13.1).

Si se estableciera algún condicionado, se dará traslado del mismo al peticionario para que, en el plazo de 15 días, los acepte o ponga los reparos oportunos (artículo 13.3). Si el peticionario pone reparos, se volverá a dar traslado al Departamento que estableció el condicionado para que rectifique o ratifique el mismo. Si no acepta las condiciones del peticionario será competente para resolver el Ministerio de Industria que podrá bien admitir el condicionado, o bien, si discrepa de éste, elevar propuesta de resolución al Consejo de Ministros (artículo 13.4)⁴⁸.

⁴⁷ En esta fase del procedimiento es donde tendrían cabida algunas de las autorizaciones exigidas desde el punto de vista ambiental, concretamente, la Declaración de impacto ambiental y la autorización de actividad potencialmente contaminadora de la atmósfera.

⁴⁸ Aunque estos Decretos se refieren únicamente al Ministerio de Industria y al Consejo de Ministros, dado que son anteriores a la aparición de la Constitución y, por tanto, de las Comunidades Autónomas, las referencias en ellos contenidas deben entenderse válidas únicamente para cuando el Estado sea el órgano competente para aprobar dicho proyecto, con lo que faltarían en él las referencias a los órganos que ostenten las competencias de los anteriores pero en el ámbito de las Comunidades Autónomas, para cuando éstos fueran los competentes para aprobar dicho proyecto. En este sentido, hoy día sería más correcto leer que, si no se aceptan las condiciones del peticionario será competente para resolver el Ministerio de Industria o el órgano que tenga asumidas esas competencias en la Comunidad Autónoma a la que le corresponda aprobar el proyecto, que podrá bien admitir el condicionado, o bien, si discrepa de éste, elevar propuesta de resolución al Consejo de Ministros (cuando el competente para resolver fuera el Ministerio de Industria) o al órgano de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma (cuando fuera ésta la competente para aprobar el proyecto).

Concluidos todos los trámites anteriores (incluyendo, si el órgano competente lo estimara oportuno, un reconocimiento sobre el terreno) se dictará resolución aprobando o no el proyecto de ejecución (artículo 14).

III. Levantamiento del acta de puesta en marcha

Realizada la instalación de la central eléctrica, de acuerdo con el proyecto aprobado y con los reglamentos técnicos de aplicación, y una vez reconocida, se levantará la correspondiente acta de puesta en marcha bien por el Ministerio de Industria y Energía, bien por el órgano de la Comunidad Autónoma que tenga asumida en ella dichas competencias (dependiendo de quién tenga en el caso concreto la competencia para autorizar la instalación, si el Estado o la Comunidad Autónoma).

Obtenida la citada acta, la instalación se encuentra en condiciones de ponerse en servicio⁴⁹.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la producción de energía eléctrica es una actividad que entra dentro del ámbito de actuación del RAMINP⁵⁰ y éste exige, para que una central de este tipo pueda comenzar a funcionar, una licencia de apertura que no es sino un acta de puesta en marcha⁵¹. Siendo esto así, pueden surgir la duda de determinar si el acta a que se refiere la LSE es la misma que la que se regula para las AC o, más bien, es necesario primero obtener ésta y

⁴⁹ No obstante, esto no es del todo cierto pues, antes de funcionar deberá comprobarse que también posee las restantes licencias o autorizaciones exigibles, desde el punto de vista ambiental, para poder ponerse en funcionamiento ya que, como tendremos ocasión de ver más adelante, con posterioridad a la obtención de la autorización industrial de instalación de actividades de producción de energía eléctrica habrán de obtenerse la correspondiente autorización de vertidos y la correspondiente licencia de actividades clasificadas.

⁵⁰ El artículo 2 del RAMINP dispone que quedarán sometidas a las prescripciones en él contenidas «todas aquellas actividades que a sus efectos puedan ser consideradas molestas, insalubres, nocivas o peligrosas». Anexo I califica de molestas las actividades realizadas por centrales termoeléctricas a vapor, centrales termoeléctricas Diesel y a gas y centrales mixtas de producción de energía eléctrica, en la medida en que producen ruidos y gases; igualmente las califica de insalubres y nocivas, ya que son el origen del desprendimiento de gases tóxicos; finalmente, se declaran actividades peligrosas las instalaciones productoras de energía nuclear, en cuanto pueden dar lugar a la contaminación del suelo, aire, aguas o productos alimenticios.

⁵¹ En este punto conviene tener presente que, aunque el RAMINP habla de licencia de apertura en vez de acta de puesta en marcha, ambas son la misma cosa, es decir, una autorización para la puesta en marcha definitiva de la actividad, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 5/1993, de 21 de octubre, de Actividades Clasificadas de Castilla y León, donde se dice que «con carácter previo al inicio de una actividad clasificada, deberá obtenerse del Alcalde la autorización de puesta en marcha correspondiente, que se denominará licencia de apertura».

posteriormente obtener la otra. En este sentido debemos concluir que, dado que se trata de procedimientos distintos, aprobados por órganos distintos y que persiguen distintos objetivos, sería necesario obtener dos autorizaciones de este tipo, con la consiguiente crítica que puede y debe hacerse dada la repetición de requisitos que se produce⁵².

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUETARA, J.M. y MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., El nuevo Servicio Público, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BERNARD-FRANK MACERA, El deber industrial de respetar el ambiente: Análisis de una situación pasiva de Derecho Público, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CROISSIER BATISTA, L.C., Incidencia ambiental de la industria en Hacia una política integral del medio ambiente, Jornadas sobre política ambiental, Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989.
- DE LA CUETARA, J.M., La Actividad de la Administración, Tecnos, Madrid, 1983.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNANDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los Reglamentos, RAP, n.º 27, 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, tomo II, Civitas, Madrid, 1995.
- GARCÍA-MONTORO, J.M.^a, Derechos adquiridos versus medio ambiente protegido, en Comunicaciones Técnicas, Libro III, II Congreso Nacional del Medio Ambiente.
- GARCÍA-TAPIA URRUTUIA, A., Impacto ambiental producido por la operación normal de centrales nucleares, en Jornadas sobre generación de electricidad y medio ambiente, Comité de Energía y Recursos Naturales, Madrid, 1990.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C., Las energías renovables y el medio ambiente, MOPU, Madrid, 1990.

⁵² La independencia de las distintas licencias y autorizaciones ha sido proclamada por el TS en varias resoluciones. En este sentido, puede verse la STS de 21-11-1989 al disponer que «las competencias locales no son un mero reflejo de las del Estado, sino que concurren con éstas, de tal manera que cuando un solo hecho integra el supuesto de varias normas, según las cuales son necesarias diversas licencias y autorizaciones, cada Administración sigue siendo competente en su esfera propia, sin que la concesión de una de aquellas prejuzgue la obtención de las restantes». Asimismo, la STS de 22-12-1989 donde, tras rechazar el criterio de que unas y otras se vinculen o condiciones recíprocamente manifiesta que «en realidad, el régimen de su respectiva concesión es distinto y la materia a que cada una de ellas se contrae es independiente entre sí».

- LAFUENTE FELEZ, A., Energía y Medio Ambiente, en Comunicaciones Técnicas, Libro IV, II Congreso Nacional de Medio Ambiente, Colegio Oficial de Físicos, Madrid, 1994.
- LÓPEZ MENUDO, F., El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982.
- MARTÍN MATEO, R., Consecuencias ambientales del funcionamiento normal de las centrales nucleares, en Tratado de Derecho Ambiental, volumen II, Trivium, Madrid, 1992.
- PARADA VÁZQUEZ, R., Curso de Derecho Administrativo, Parte General, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- PROBUSINESS COMUNICACION, Programa piloto para la introducción de un sistema de auditoría y gestión medioambiental en Castilla y León: informe medioambiental de los sectores energía y agua, minería, cemento, vidrio y cerámica, Junta de Castilla y León, Consejería de Medio ambiente y Ordenación del Territorio, Madrid, 1996.
- SALA ARQUER, J.M., La revocación de los actos administrativos en el Derecho español, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.
- SALAS HERNÁNDEZ, J., «Energía» en Derecho Administrativo Económico, vol. II, dirigido por S. MARTÍN RETORTILLO, La Ley, 1991.
- SANZ RUBIALES, I., Los vertidos en aguas subterráneas, su régimen jurídico, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- TRILLO-FIGUEROA y LÓPEZ-JURADO, La regulación del sector eléctrico, Civitas, Madrid, 1996.
- VERA JURADO, D., La disciplina ambiental de las actividades industriales, Tecnos, Madrid, 1994.
- VILLAR PALASI, J.L., La intervención administrativa en la industria, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

LAJUNTA DE ENERGIAS RENOVABLES Y MEDIO AMBIENTE DEL GOBIERNO DE CASTILLA Y LEON. *Informe de la Comisión de Evaluación de Impacto Ambiental de la Planta de Energía Eléctrica de Fuentetaja*. Madrid, 1994.

LOPEZ MARTINEZ, F. El principio de irretroactividad en las normas jurídicas. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1994, 10, 105-112.

MARTIN MARTIN, J. Las competencias administrativas en el medio ambiente. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1994, 10, 113-120.

de las centrales nucleares, en *Tratado de Derecho Ambiental*, volumen II. *Tivium*, Madrid, 1992.

PARADA VAQUERO, R. *Curso de Derecho Administrativo*, Parte General, tomo I. *Marcial Pons*, Madrid, 1997.

PROBUSTAS COMUNICACION. *Programa piloto para la introducción de un sistema de auditoría y gestión medioambiental en Castilla y León*. Informe medioambiental de los sectores energía y agua, industria, turismo y ocio. *Informe de Castilla y León*. *Comisión de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*, Madrid, 1996.

SALA ARBERU, J. M. La revocación de los actos administrativos en el Derecho español. *Instituto de Estudios Administrativos*, Madrid, 1974.

SALA HERNANDEZ, J. *Lecciones en Derecho Administrativo*, tomo I. *El Financiero*, Madrid, 1991.

II dirigido por S. MARTIN REYERUJO. *La Ley 1/1991 de la Cuestara*. J. M. La Cuestara. *Los escritos en aguas subterráneas, su régimen jurídico*. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1992, 10, 113-120.

MARCIAL PONS, Madrid, 1997.

TRILLO FIGUEROA, J. y LOPEZ JIRARDO, I. *La regulación del sector eléctrico*. *Comentarios*. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1994, 10, 113-120.

Madrid, 1996.

VILA JORDA, D. *La gestión ambiental de las actividades industriales*. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1994, 10, 113-120.

TECNO, Madrid, 1994.

VILLAR PALAS, J. J. *La intervención administrativa en la industria*, tomo I. *El Financiero*, Madrid, 1994.

INSTITUTO DE ESTUDIOS POLITICOS. *El medio ambiente y el desarrollo sostenible*. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1994, 10, 113-120.

GARCIA-MONTEALEGRE, J. M. *El medio ambiente y el desarrollo sostenible*. *Revista de Estudios Jurídicos*, 1994, 10, 113-120.

en *Comunicaciones Técnicas*, Libro III, II Congreso Nacional del Medio Ambiente.

GARCIA-TAPIA URRUTIA, A. *Impacto ambiental producido por la operación normal de centrales nucleares, en Jornadas sobre generación de electricidad y medio ambiente*. *Comité de Energía y Recursos Naturales*, Madrid, 1990.

HERNANDEZ GONZALEZ, C. *Las energías renovables y el medio ambiente*. *MDPU*, Madrid, 1990.

* La independencia de los distintos poderes y funciones ha sido proclamada por el TS en varias resoluciones. En una reciente, de 11 de mayo de 1997 (STC 11/1997) se afirma que las competencias locales no son un mero delegado de las del Estado, sino que concurren con éstas, de tal manera que cuando un acto afecta tanto al supuesto de estas normas, como a las de las competencias locales, no es necesario recurrir a la vía de impugnación administrativa, sino que la competencia de las autoridades locales es suficiente para rechazar el acto. En esta línea, la STC 22/1999 de 22 de mayo de 1999, que rechaza el recurso de amparo en un caso de competencia local, afirma que en materia de independencia de poderes no se trata de un principio de carácter absoluto, sino de un principio de carácter relativo.

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, DE 8 DE JUNIO DE 1999, SOBRE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE ENTRADA EN DOMICILIOS

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

Primer dictamen. «La Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas dispone que ninguna entrada a registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

Según el Tribunal Constitucional, el art. 18 CE comprende el domicilio no sólo de las personas físicas sino también el de las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 octubre 1985), y el juez debe verificar la apariencia de legalidad del acto administrativo que ha sido dictado por autoridad competente en ejercicio de sus facultades propias y garantizar la preservación de los derechos fundamentales, sin que dicha autorización pueda ser automática (STC 22/1984, de 17 de febrero).

En cualquier caso, no es necesaria una segunda resolución judicial citando la entrada suponga la ejecución de resolución judicial firme que declara conforme a Derecho el acto impugnado (STC 160/1991, de 18 de junio).

Segunda. La previsión del art. 18 de la Constitución viene desarrollada por la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LAP), y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998 (LJCA).

Así, de conformidad con el art. 95.1 LAP, «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial». Y, al amparo del art. 8.5 LJCA, «conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública».

**INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS
SERVICIOS JURÍDICOS, DE 8 DE JUNIO DE 1999,
SOBRE LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN
DE ENTRADA EN DOMICILIOS**

Primera. El artículo 18 de la Constitución consagra la inviolabilidad del domicilio y dispone que «ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

Según el Tribunal Constitucional, el art. 18 CE comprende el domicilio no sólo de las personas físicas sino también el de las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 octubre 1985), y el juez debe verificar la apariencia de legalidad del acto administrativo (que ha sido dictado por autoridad competente en ejercicio de sus facultades propias) y garantizar la preservación de los derechos fundamentales, sin que dicha autorización pueda ser automática (STC 22/1984, de 17 de febrero).

En cualquier caso, no es necesaria una segunda resolución judicial cuando la entrada suponga la ejecución de resolución judicial firme que declara conforme a Derecho el acto impugnado (STC 160/1991, de 18 de julio).

Segunda. La previsión del art. 18 de la Constitución viene desarrollada por la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LAP), y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998 (LJCA).

Así, de conformidad con el art. 96.3 LAP, «si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, las Administraciones Públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial». Y, al amparo del art. 8.5 LJCA, «conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública».

Seguendo a IRURZUN MONTORO [en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Ed. Aranzadi, pág. 220], «el legislador ha olvidado la regulación o determinación del procedimiento aplicable a la tramitación de esta clase de pretensiones, siendo únicamente posible deducir que se resuelve mediante auto, pues a esta resolución se refiere el artículo 80 LJCA al declarar la recurribilidad en apelación de las mismas. Con un criterio analógico, quizás, fuera posible entender aplicable el procedimiento previsto para la adopción de medidas cautelares (arts. 131 y 135 LJCA).

Ahora bien, cuando ya se haya entablado recurso contencioso-administrativo contra el acto de cuya ejecución se trata, debe respetarse la competencia del órgano que conozca del mismo. Así, en relación con la competencia que el art. 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 (LOPJ), atribuía a los Juzgados de Instrucción para la autorización de entrada en domicilios, la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998, de 13 de octubre, declaró que «una vez iniciado un proceso contencioso-administrativo en el que se discute sobre la legalidad y sobre la ejecución o suspensión de un acto administrativo, el supuesto ya no entra en el ámbito del art. 87.2 LOPJ, sino que es el órgano judicial del orden contencioso-administrativo el que sigue ostentando su potestad jurisdiccional sobre la cuestión y el obligado a otorgar su tutela efectiva».

En este sentido, el Acuerdo de los Presidentes de las Secciones de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 7 de abril de 1999, entiende que «en los casos en que se haya incoado recurso contencioso-administrativo y esté pendiente de tramitación o ejecución en alguna sección de esta Sala, será competente para acordar la medida de entrada en domicilio cuyo acceso requiera el consentimiento de un titular, la Sección que esté conociendo del recurso, y ello conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 199/1998».

En esta línea, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de abril de 1999 (Rec. 279/99 s. 8ª) declara lo siguiente:

«El art. 8.5 de la vigente LJCA atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo —entendemos que del lugar en el que radique el domicilio o local para cuyo acceso se solicita la autorización— la competencia en materia de autorizaciones —para la ejecución forzosa de actos de la

Administración Pública— para la entrada en domicilios y lugares en los que se requiera el consentimiento de su titular. Ciertamente tal competencia se ostenta cualquiera que sea la materia o el órgano que solicite la autorización, salvo cuando el acto que se pretenda ejecutar haya sido ya recurrido, en cuyo caso el órgano competente para resolver sobre la autorización será aquel ante el que penda el acto recurrido y cuya ejecución forzosa pretenda la Administración autora del acto impugnado».

Tercera. De conformidad con el art. 447.2 LOPJ, «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».

Para el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el art. 24 LJCA previene que «la representación y defensa de las Administraciones públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas».

En particular, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el art. 1.1 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, de 30 de marzo de 1999 (LOSJ), ordena que «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 ...».

Por tanto, fuera de las excepciones legalmente establecidas, la representación de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos y entidades de Derecho público dependientes de aquélla o éstos ante toda clase de juzgados y tribunales corresponde a los Letrados de la Comunidad de Madrid.

Dentro de esta representación, tiene cabida, perfectamente, la solicitud de entrada en domicilio que hemos examinados, ya sea ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, al amparo del art. 8.5 LJCA, o ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo que conozca del proceso principal.

Cuarta. El art. 5.1 LOSJ dispone que «como regla general, las actuaciones de representación y defensa en juicio corresponderán a los Letrados del Servicio en el que se centralice la función contenciosa, 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».

Por tanto, fuera de los casos en que por esta Dirección General se disponga otra cosa, las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio deberán solicitarse por los Letrados del Servicio Jurídico Central (que es el Servicio Jurídico en el que se centraliza la función contenciosa), si bien cuando ya se haya entablado un proceso en relación con el acto de cuya ejecución se trata, la solicitud corresponderá al Letrado responsable del asunto principal.

Por todo lo expuesto, se alcanzan las siguientes

CONCLUSIONES

1.^a Las autorizaciones judiciales de entrada en domicilio que interese la Administración de la Comunidad de Madrid, sus organismos autónomos o entidades de Derecho público dependientes de aquélla o de éstos deberán solicitarse por los Letrados de la Comunidad de Madrid.

2.^a La solicitud de la autorización corresponderá a los Letrados del Servicio Jurídico Central, salvo que por esta Dirección General se acuerde su llevanza por los Letrados de otros Servicios Jurídicos, si bien cuando ya se haya entablado un proceso en relación con el acto de cuya ejecución se trata, la solicitud corresponderá al Letrado responsable del asunto principal (cualquiera que sea el Servicio Jurídico al que esté adscrito).

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, DE 8 DE JUNIO DE 1999, SOBRE CIERTOS DECRETOS DEL GERENTE MUNICIPAL DE URBANISMO POR LOS QUE SE ORDENA LA REPARACIÓN DE DIVERSOS INMUEBLES

Pueden significarse, en primer lugar, los siguientes

ANTECEDENTES

Primero. Como consecuencia de la obras de ampliación de las líneas del Metro de Madrid, han surgido diversas reclamaciones tendentes a la reparación de los inmuebles que puedan haber resultado perjudicados por las mismas.

Las Administraciones municipal y autonómica llegaron, a estos efectos, a un acuerdo con las comunidades de propietarios afectadas en el que la Comunidad de Madrid se comprometía a la «rehabilitación y reparación íntegra de los daños funcionales y estructurales de los edificios relacionados, cuyo inventario de desperfectos se realizará en el plazo aproximado de un mes». Y, en esta línea, el Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobó, el 15 de abril de 1999, un programa de actuación relativo a la rehabilitación y reparación íntegra de los daños estructurales y funcionales de los edificios en el distrito Villa de Vallecas, y autorizó, el 22 del mismo mes, al IVIMA para contratar la redacción del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes, por un importe de 1.606.945.795 pta.

Segundo. Mediante una serie de Decretos, de fecha 25 de marzo de 1999 (notificados el 6 de abril), la Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid requiere a la Comunidad de Madrid, a la vista del acuerdo citado, para que en el cumplimiento del art. 245.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 proceda a ejecutar ciertas obras.

Con fecha, 5 de mayo de 1999, el Ilmo. Sr. Secretario General Técnico de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes,

por delegación del Excmo. Sr. Consejero, solicitó a la Gerencia Municipal de Urbanismo la revocación de los citados Decretos por los razonamientos que en él se contienen.

Al respecto, cabe formular las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. Los Decretos de la Gerencia Municipal de Urbanismo se fundan en el art. 245 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 26 de junio de 1992, a cuyo tenor «los propietarios de terrenos, urbanizaciones de iniciativa particular y edificaciones deberán mantenerlos en las condiciones y con sujeción a las normas señaladas en el art. 21.1». De forma semejante, hoy tenemos el art. 19.1 de la Ley del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998 (la cual, sin embargo, no ha derogado el anterior precepto), que impone a los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones mantenerlos «en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público».

En cualquier caso, tales preceptos establecen deberes, u obligaciones, de los propietarios de los terrenos o edificaciones y, como acertadamente señala el escrito de esa Secretaría General Técnica ya citado, la Comunidad de Madrid no es propietaria de los inmuebles a que hacen referencia los Decretos municipales, por lo que es evidente la improcedencia de éstos, ya que, en contra de lo dispuesto por el precepto invocado, se han dirigido a quien no es propietario de las edificaciones.

Segunda. La responsabilidad que pueda haberse derivado de las obras de ampliación del Metro entra dentro de la categoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración, regulada por el art. 106.2 de la Constitución y los arts. 139 y ss. de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LAP).

La Administración municipal no puede exigir coactivamente dicha responsabilidad de la Comunidad de Madrid. No lo podría hacer ni aun cuando los daños se hubieran causado en propiedades municipales. En este sentido, cabe invocar la Sentencia de 24 de febrero de 1994 (Ar. 1235) así como la de 2 de julio de 1998 (Rec. 2210/94), que, con cita de la precedente Sentencia de 14 de octubre de 1994 (Ar. 8741), expone que «no existe en el ordenamiento una norma por el que la persona de Derecho público lesionada pueda exigir de la Administración causante

del daño su resarcimiento de forma coactiva », de modo que en tales casos la Administración perjudicada debe reclamar la correspondiente indemnización en vía administrativa y, frente a la resolución expresa o presunta de la Administración supuestamente responsable, acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Por ello, si la Administración municipal no puede siquiera requerir coactivamente a la Administración de la Comunidad de Madrid la reparación de daños causados en inmuebles de su propiedad, menos aún puede exigir la reparación de daños causados en inmuebles propiedad de terceras personas.

Tercera. Tampoco puede la Administración municipal exigir coactivamente el cumplimiento del acuerdo en su día suscrito por ambas Administraciones y las comunidades de propietarios.

En caso de controversia sobre el cumplimiento o incumplimiento de acuerdos o convenios entre Administraciones Públicas, son los tribunales y no las Administraciones los que han de resolver el conflicto. En este sentido, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO [*Los convenios entre Administraciones Públicas*, Ed. Marcial Pons, pág. 407], señala que «hay que destacar ... que en este contexto los actos de una Administración dirigidos a otra no son, como es natural, inmediatamente ejecutivos (como sucede entre la Administración y un contratista particular —art. 60—.1 LCAP-), porque no existe la relación de subordinación característica del particular frente al poder público».

A este respecto, FERNÁNDEZ MONTALVO [*De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos*, en la obra colectiva *Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Ed. Carperi, pág. 311] apunta que «no puede hablarse de una Administración destinataria del acto que se encuentre en situación de sujeción o subordinación similar o análoga a la del administrado».

Cuarta. De conformidad con el art. 7.2 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, de 30 de marzo de 1999, «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, pre-

vio a la declaración de lesividad, cuando ésta sea preceptiva. Por razones de urgencia y salvo que sea preceptivo el acuerdo del Gobierno, el Director General de los Servicios Jurídicos podrá autorizar el ejercicio de acciones judiciales, poniéndolo en conocimiento inmediato del órgano legitimado para su ejercicio, que resolverá lo que proceda».

Vemos, por tanto, en primer lugar, que la citada Ley no entra en la determinación del órgano competente para acordar el ejercicio de acciones en nombre de la Comunidad de Madrid sino que habrá que estar a lo dispuesto por la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (arts. 21 l) y v) y 41 k)), y la Ley 1/1984, de 19 de enero, de Administración Institucional (art. 10.1 d)). Concretamente, el art. 41 k) de la primera dispone que «los Consejeros están investidos de las siguientes [atribuciones]: ... k) Ejercer acciones en vía jurisdiccional y desistir de las mismas, en el ámbito de la Consejería, dando cuenta al Consejo de Gobierno y sin perjuicio de las atribuciones que a éste corresponden ...». A la vista del citado precepto, puede afirmarse la competencia del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes para acordar la interposición de acciones judiciales contra los Decretos de la Gerencia Municipal de Urbanismo.

Con carácter previo, no obstante, y de conformidad con el citado art. 7.2 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos, es preceptivo el informe de esta Dirección General, que se cumplimenta con el presente.

Quinta. Los Decretos de la Gerencia Municipal de Urbanismo son, sin duda, actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo y, como tales, son residenciables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de conformidad con el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998 (LJCA). En particular, el art. 8.1 d) LJCA atribuye a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la impugnación de actos de las entidades locales en relación con «órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles».

Con carácter general, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo es el de dos meses contados desde el siguiente a la notificación del acto (art. 46.1 LJCA). Ahora bien, de acuerdo con el art. 44.1 LJCA, «cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o

modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada», añadiendo el apartado segundo del mismo artículo que «el requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad», y el apartado tercero que «el requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara».

Y una vez resuelto expresamente o rechazado el requerimiento, vuelve a contar el plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo. Así, el art. 46.6 LJCA prevé que «en los litigios entre Administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido el requerimiento regulado en los tres primeros apartados del artículo 44, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado».

En el presente caso, la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes formuló solicitud a la Gerencia Municipal de Urbanismo para que esta revocase los Decretos, dentro del señalado plazo de dos meses, por lo que debe entenderse cumplido el trámite previsto en el art. 44 LJCA (siendo irrelevante que se denominase solicitud y no requerimiento o que no se invocase expresamente el citado precepto). Transcurrido un mes desde la interposición de dicho requerimiento, el 5 de junio de 1999, se tiene por rechazado, y es entonces cuando vuelve a contar el plazo de dos meses desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado». Y dado que el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo no corre durante el mes de agosto (art. 128.2 LJCA), el mismo vence el día 5 de septiembre.

EN CONCLUSIÓN, esta Dirección General INFORMA FAVORABLEMENTE la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo contra los Decretos de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid a los que se ha hecho referencia, previa Orden del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

En la solicitud de informe de esta Dirección General, al amparo del art. 7.3 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid:

Pueden ya formularse las siguientes

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, DE 14 DE JUNIO DE 1999, EN RELACIÓN CON LA POSIBLE IMPUGNACIÓN DE DOS ACUERDOS DEL EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MADRID POR LOS QUE SE MODIFICA EL PLAN GENERAL DE DICHA LOCALIDAD

ANTECEDENTES

- 1.º El 30 de abril de 1999, el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, previo informe favorable de la Comisión Informativa de Urbanismo, adoptó dos acuerdos, consistentes en aprobar provisional y definitivamente la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid (PGOUM) de 1997 en relación con el régimen de obras autorizables en la finca de la calle ... y la catalogación de la finca situada en ...
- 2.º Con fecha 11 de mayo de 1999, se remitió copia de dichos acuerdos a la Dirección General de Administración Local de la Comunidad de Madrid y el día 19 del mismo mes se publicaron en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.
- 3.º El 7 de junio de 1999, se suscribieron sendos informes-propuesta en los que el técnico informante, con el visto bueno del Jefe del Servicio de Normativa y Régimen Jurídico de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional y la conformidad del titular de ésta, concluía en la procedencia de elevar el asunto a esa Secretaría General Técnica, a fin de que por la misma, si se estimase procedente, se dispusiere lo preciso para que por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid se lleve a efecto la impugnación de tales acuerdos.
- 4.º El día 14 de junio de 1999 tiene salida de esa Secretaría General Técnica la solicitud de informe de esta Dirección General, al amparo del art. 7.2 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.
Pueden ya formularse las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. De conformidad con el art. 7.2 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, si bien «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», si bien «por razones de urgencia y salvo que sea preceptivo el acuerdo del Gobierno, el Director General de los Servicios Jurídicos podrá autorizar el ejercicio de acciones judiciales, poniéndolo en conocimiento inmediato del órgano legitimado para su ejercicio, que resolverá lo que proceda».

Dicho informe, en el que la Dirección General de los Servicios Jurídicos, reúne sus dos cualidades como Centro Superior Consultivo y el Centro Superior Directivo de los Asuntos Contenciosos de la Administración de la Comunidad de Madrid (art. 3, apartados 1 y 2, de la propia Ley 3/1999), tiene como finalidad garantizar el acierto en el acuerdo que pueda adoptarse, evitando recursos improcedentes a los tribunales y preparando la mejor defensa de los intereses públicos en los casos en que sea pertinente acudir a la Jurisdicción.

Ahora bien, la Ley respeta el vigente régimen jurídico en orden a la disposición de la acción procesal, 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 por razones de urgencia. Por tanto, fuera de este supuesto y en el presente caso, será preceptivo el acuerdo del Excmo. Sr. Consejero y Obras Públicas, Urbanismo y Transportes para el ejercicio de las acciones que puedan proceder frente a los citados acuerdos del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, al amparo del art. 41 k) de la Ley de Gobierno y Administración, que inviste a los Consejeros, entre otras, de la facultad de ejercer acciones en vía jurisdiccional en el ámbito de su Consejería, dando cuenta al Consejo de Gobierno y sin perjuicio de las atribuciones de éste.

En las siguientes consideraciones jurídicas abordaremos la procedencia o improcedencia de que se adopte tal acuerdo.

Segunda. Los acuerdos objeto de examen aprueban provisional y definitivamente modificaciones puntuales del plan general de ordenación urbana de Madrid.

En principio, una vez aprobados, los planes urbanísticos sólo pueden ser alterados a través de los mismos trámites que para su aprobación.

La legislación urbanística española ha establecido, tradicionalmente, la intervención de los Ayuntamientos en la aprobación inicial y provisional de los planes y ha reservado la aprobación definitiva para órganos supralocales, estatales primero y autonómicos en la actualidad. En este sentido, cabe citar el art. 40 del hoy supletorio Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 y el art. 47 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de política territorial, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid (LPTSU), que atribuye la aprobación definitiva de los planes generales de municipios de población igual o superior a 50.000 habitantes (entre los que se encuentra Madrid) al Consejero competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Y al Pleno del Ayuntamiento sólo corresponde la aprobación de estudios de detalle y, en municipios de población igual o superior a 15.000 habitantes) la aprobación provisional y definitiva de planes especiales o parciales.

De este modo, se atribuye al Ayuntamiento la participación en el diseño general de la ordenación de la ciudad, pero se reserva a la Administración autonómica una intervención para tutelar la legalidad urbanística y los intereses supralocales.

Ahora bien, para continuar desarrollando el estudio del problema planteado, cabe distinguir entre la revisión del plan, que implica la reconsideración total de la ordenación establecido por el plan o de los elementos fundamentales del modelo o solución a que responda aquella ordenación, en la que las Administraciones Públicas competentes ejercitan de nuevo, en plenitud, la potestad de planeamiento (art. 44 LPTSU), y la modificación, que puede definirse de manera residual, como toda alteración del planeamiento que no tiene el alcance o entidad precisos para merecer la consideración de revisión, por lo que se trata de una «mera alteración de elementos concretos del plan» y no de un «replanteamiento global y sustancial de un plan en su conjunto» (STS 30-9-1992, Ar. 8267), cual es, según parece, el caso planteado en los dos acuerdos objeto de examen (que no pueden calificarse de revisión general).

Pues bien, la LPTSU flexibiliza el procedimiento de modificación en cuanto, en su art. 45, apartado primero, previene que «los planes generales y las normas subsidiarias distinguirán, identificándolos expresamente en sus normas urbanísticas, aquellos elementos de la ordenación y determinaciones que, aún formando parte del contenido de su documentación, no correspondan por su naturaleza y alcance al nivel del planeamiento general, sino al de su desarrollo»; para añadir en el apartado segundo que «a efectos de su tramitación, la modificación de las determinaciones y los elementos contenidos en Planes Generales y Normas Subsidiarias tendrá en cuenta la distinción a que se refiere el número anterior, debiendo sujetarse dicha tramitación a las reglas propias de la figura de planeamiento a que tales determinaciones y elementos correspondan por razón de su rango o naturaleza».

De esta forma, como indica VAQUER CABALLERÍA [*Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, obra colectiva dirigida por LUCIANO PAREJO ALFONSO, Ed. Marcial Pons, pág. 240], «la modificación de los contenidos impropios del planeamiento general es facilitada por la Ley conforme a su naturaleza material, que prima sobre su *nomen legis* o rango formal». Ahora bien «estos contenidos impropios deben identificarse en el propio plan, pero no libremente, sino en atención a su naturaleza y alcance y, por tanto, con sujeción a lo dispuesto en el TRLS76 [Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976] sobre los contenidos necesarios del plan general y las normas subsidiarias. Quiere esto decir, en definitiva, que la consideración de una determinación del plan general como impropia del mismo requiere la concurrencia de dos condiciones: que su naturaleza y alcance sean efectivamente tales y que como tal se identifique en el propio plan».

En el presente caso, se desconoce el contenido concreto de la modificación, que debería ser examinado, así como las determinaciones del plan objeto de la misma, para comprobar la adecuación o no a la Ley de la modificación objeto de informe.

Lo que interesa destacar es que, de acuerdo con lo expuesto, no basta que, materialmente, las determinaciones que son objeto de modificación puntual o concreta puedan considerarse impropias de un plan general sino, además, que como tales estén expresamente contempladas en el plan. El procedimiento administrativo y como tal el procedimiento para la elaboración de planes u otras disposiciones o actos es un cauce formal y no puede prescindir de la intervención, prevista legalmente, de la Administración autonómica, sin cumplirse los requisitos del citado art. 45 LPTSU, son pena de infringir el prin-

cipio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 de nuestra Constitución.

Por consiguiente, si no se cumplen ambos requisitos estaremos ante un acto nulo de pleno Derecho, por haber sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio (art. 62.1 b) de la Ley de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992), o, cuando menos, anulable (conforme al art. 63 de la propia Ley).

Y a ello no obsta que se pueda mantener la legalidad en sí del contenido de la modificación puntual o la ausencia de intereses supralocales. Fuera de los supuestos especialmente previstos, los municipios carecen de competencias para modificar definitivamente planes generales y si lo hacen incurren en una infracción del ordenamiento jurídico indudable, por más que pueda pretenderse que la Administración autonómica hubiera debido, en su caso, aprobar definitivamente la modificación.

Tercera. Evidentemente, el cauce de impugnación de los acuerdos examinados sería el recurso contencioso-administrativo, pues estamos ante actos de la Administración sujetos a Derecho administrativo, de conformidad con el art. 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998 (LJCA).

Los informes técnicos que obran en el expediente consideran aplicable la previsión especial del art. 66 de la Ley de Bases de Régimen Local, que prevé la impugnación, por la Administración del Estado o la autonómica, de actos o acuerdos de las entidades locales que menoscaben sus competencias, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia local, con un régimen especial de suspensión.

No parece que haya ningún problema en admitir que, si no concurren los requisitos para que la entidad local pueda modificar puntualmente el planeamiento general, se produce un menoscabo de la competencia autonómica y, al mismo tiempo, un exceso sobre la competencia local en cuanto se estaría asumiendo, indebidamente, una competencia (la de aprobación definitiva de la modificación) que corresponde a la Administración autonómica y no a la local. Pero este régimen privilegiado de suspensión está supeditado a la impugnación del acto o acuerdo en el plazo de 15 días, hábiles, plazo que ya ha transcurrido y que (contando a partir del día siguiente al de la comunicación) venció el día 29 de mayo.

Ahora bien, ello no supone que no sea posible solicitar la suspensión en vía jurisdiccional, al amparo de los arts. 129 y ss. de la Ley

Jurisdiccional, a cuyo efecto sería de interés, para estos Servicios Jurídicos, el conocimiento de la relevancia y repercusión de las modificaciones puntuales en cuestión.

El plazo para interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo será el general de dos meses (art. 46.6 LJCA), que vencería el 20 de julio, contando desde el día siguiente al de la publicación (art. 46.1 LJCA) o, cuando menos, el 12 de julio, contando desde el día siguiente a la comunicación (art. 65.3 de la Ley de Bases de Régimen Local).

Sería competente la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (art. 10.1 a) LJCA), en cuanto el acto en cuestión no se encuentra en la enumeración de competencias de los Juzgados que efectúa el art. 8 de la propia Ley procesal.

EN CONCLUSIÓN, esta Dirección General INFORMA FAVORABLEMENTE la impugnación de los acuerdos de referencia, adoptados por el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, salvo que la naturaleza y alcance de las determinaciones objeto de modificación puntual sean impropias de un plan general y como tales se hayan identificado en el propio plan.

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, DE 17 DE JUNIO DE 1999, SOBRE EL BORRADOR DE CONVENIO DE COLABORACIÓN EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y RECICLADO ENTRE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO REGIONAL, LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y EMPLEO Y LA CONSEJERÍA DE SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID¹

Examinada dicha consulta y estudiada la legislación aplicable, pueden formularse las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera En el Derecho español, el término «convenio» es utilizado, frecuentemente, como un concepto meramente descriptivo, que no pretende remitir a una precisa naturaleza jurídica de la figura a la que se refiere, sino sólo expresar que en la formación de dicho acto jurídico intervienen voluntades concurrentes de dos o más sujetos.

Cual sea el valor que a esas voluntades deba conferirse y, en concreto, si de la mencionada concurrencia de dichas voluntades hay que concluir que estemos ante un verdadero contrato, es una cuestión que no se puede responder a partir, exclusivamente, de que el ordenamiento o las partes se valgan del término «convenio».

Tanto en las relaciones entre Administración y ciudadano, como en las que se entablan entre Administraciones Públicas, la designación de un acto jurídico con conceptos como los de «convenio», «concierto», «acuerdo», «protocolo», o alguno semejante, muchas veces pretende, más que remitir a un determinado régimen jurídico, evitar un

¹ El presente informe fue elaborado por la Letrada del Servicio Jurídico Central Doña ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ.

pronunciamiento expreso sobre la precisa naturaleza de aquello que se sitúa bajo estos términos.

La Ley de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LAP), dedica su Título I a las relaciones entre Administraciones Públicas ya que el modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución de 27 de diciembre de 1978 ha determinado, como expresa el número 6 de la exposición de Motivos de la citada LAP, la coexistencia de una diversidad de Administraciones que proyectan su actividad sobre el mismo ámbito territorial, personal y, en ocasiones, material, actividad que debe cumplir criterios de eficacia sin menoscabo de las respectivas competencias.

Como una de las técnicas diseñadas para conseguir estos fines la LAP recoge los convenios de colaboración.

La regulación de los Convenios de Colaboración en nuestro Ordenamiento Jurídico se contiene en los arts 6 y 8 de la LAP, la Ley 30/92, que parecen remitir, *prima facie*, a un acto jurídico de naturaleza contractual, que se perfecciona por la manifestación del consentimiento por las partes y que produce el efecto de vincular a las mismas a cumplir con lo pactado, así podemos aludir a la *Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1998* (Ar 2482), referida a un convenio para posibilitar la prestación de un servicio público, según la cual:

«...tiene la naturaleza de una acción concertada, nacida de la libre determinación de las partes y, por tanto, vinculante para las mismas conforme al principio general del derecho "pacta sunt servanda"....».

Sin embargo hemos de decir que aunque estos convenios tienen ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto responden como éstos a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre determinado objetivo y orientadas a una específica finalidad, rebasan o exceden el específico concepto de éstos, aun en su calidad administrativa, por las características y circunstancias de los concurrentes, que si de un lado tienen ambos una postura oficial o de autoridad, aunque no absolutamente identificable, de otro lado excluyen la postura de «imperio» característica de la Administración en los contratos administrativos, circunstancia esta determinante de una cierta situación de igualdad entre ambas partes, excluyente tanto de la posibilidad de actuación de *ius variandi* de la Administración, cuanto de quedar reservada a los Tribunales la facultad impositiva en cuanto a la ejecu-

ción de lo pactado, si ello no se lleva a término por las partes interesadas de común acuerdo.

Segunda: Con independencia de cual pueda ser la naturaleza jurídica de los convenios de colaboración, interesa determinar en este momento si el borrador informado puede o no tener la consideración de aquellos.

Señala el art 6.1 de la LAP, en su nueva redacción dada por la Ley 4/1999 que:

«La Administración General y los Organismos Públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias».

Esta posibilidad la recoge el art 31 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid de 25 de febrero de 1983 al señalar que:

«La Comunidad de Madrid podrá celebrar convenios de cooperación con otras Comunidades Autónomas...».

Por su parte, el art 4 de la Ley de 9 de abril de 1999, de Adecuación de la Normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley estatal 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/92, contempla junto a los convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas, Órganos Constitucionales y Administración General del Estado, la posibilidad de celebración de convenios o acuerdos «en los demás supuestos», como categoría residual.

A mayor abundamiento la Resolución de 8 de julio de 1986 de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia por la que se da publicidad a los criterios de coordinación de la actividad convencional de la Comunidad de Madrid señala en su apartado tercero que:

«A los efectos de mantener una terminología homogénea se utilizará con carácter general la denominación "convenio" para los indicados instrumentos de colaboración y coordinación, reservando la expresión "acuerdo de cooperación" únicamente para el supuesto contemplado en el art 32 del estatuto de Autonomía», (hoy art 31 del Estatuto tras la reforma operada por la LO 5/1998 de 7 de julio, cuyo tenor ya hemos mencionado).

Del tenor de los preceptos mencionados se desprende que este tipo de convenios únicamente pueden celebrarse entre personas jurídicas distintas, pero no entre órganos de una misma persona jurídica como es el caso que nos ocupa, ya que de lo contrario se vulneraría el principio básico de dualidad de partes, eje vertebrador de cualquier acuerdo de voluntades, que por su propia esencia exige que las partes intervinientes en el acuerdo sean diferentes.

Las dos Consejerías implicadas no son sino órganos de una misma persona jurídica, la Comunidad de Madrid, y así se recoge expresamente en el art 3.4 de la LAP:

«Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única».

En el ámbito de la Comunidad de Madrid lo reitera del mismo modo el art 37.1 de la Ley de Gobierno y Administración de 13 de diciembre de 1983:

«La Administración de la Comunidad de Madrid, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única».

Por tanto entendemos que constituiría una incorrección jurídica que dos entidades pertenecientes a una misma Administración actúen conjuntamente por razón de un convenio de cooperación interinstitucional.

Tercera: En un convenio de colaboración la distinta personalidad jurídica de las organizaciones que entran en relación y la autonomía de que goza cada una para gestionar los asuntos a ella encomendados frente a las demás sitúan a los sujetos suscribientes en una posición de igualdad, a la que la figura del convenio parece responder mejor que ninguna otra cuando se trata de regular cuestiones de interés común a varios de ellos.

Sin embargo, aún cuando pudiera admitirse en el caso que nos ocupa que el convenio se celebra entre personas dotadas de distinta personalidad jurídica, limitarse a constatar que la relación se entabla entre sujetos dotados de personalidad jurídica para admitir, sin más, el convenio entre ellos, pecaría, a nuestro juicio, de un excesivo formalismo, si con el término «convenio» quiere hacerse referencia a una relación de carácter contractual, ya que los Organismos Autónomos y las Empresas públicas actúan en algunos casos como

auténticos sujetos de derechos, pero en otros su situación no es distinta de la de un órgano en el seno de una persona jurídica sometidos a un absoluto control no sólo de legalidad sino también de oportunidad por parte de la Administración territorial de la que depende.

Podemos afirmar que el convenio, como acuerdo de voluntades en el que se fundamentan los derechos y obligaciones de las partes, carece de sentido en el ámbito en el que la Administración territorial disponga de la facultad de regular y ordenar la actividad de esas personas jurídico-públicas dictando directrices o instrucciones de actuación.

Allí donde alcancen las competencias de tutela de la organización de la que depende el Ente Institucional sería superfluo regular una determinada cuestión por convenio entre éste y aquella, ya que para el Ente Institucional la fuerza vinculante de dicha regulación no tiene que hacerse derivar del acuerdo de voluntades sino que se extrae directamente de la situación jurídica con respecto a la Administración en la que se integra, por lo que la regulación de dicho objeto a través de convenio no pasaría de ser un capricho procedente del halo de modernidad y el prestigio, no siempre justificados, que envuelven hoy en día a las técnicas convencionales frente al acto jurídico unilateral.

Pero en el caso objeto del presente informe, como bien indica el Informe del Servicio Jurídico de Medio Ambiente, el Consejero de Medio Ambiente y Desarrollo Regional parece actuar como Presidente del Consejo de Administración de Gestión y Desarrollo del Medio Ambiente de Madrid, S.A. (GEDESMA), con lo cual parece que la parte que suscribe el convenio será Gedesma, lo que debería indicarse expresamente.

Hay que recordar que Gedesma es una Empresa Pública y como tal sujeta a Derecho privado por imperativo del art 58 de la Ley de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid de 19 de enero de 1984, lo que, como recuerda el Informe del Servicio Jurídico de Sanidad y Servicios Sociales, determinaría la imposibilidad de utilizar la vía convencional para pactar con la Comunidad de Madrid.

En cuanto al Consejero de Economía y Empleo, se indica entre paréntesis las siglas «IMAF», a lo que igualmente se hace referencia en la cláusula tercera, sin que se conozca si es parte que suscriba el convenio el Instituto Madrileño para la Formación o la Agencia para la Formación, y en su caso tampoco se da a conocer qué representación tiene el citado Consejero de los organismos correspondientes.

De acuerdo con lo anterior, tampoco es admisible el expositivo tercero en el que se hace referencia a 'Tres Instituciones?', que desde luego no puede entenderse que sean las tres Consejerías citadas, ni la primera Clausula que igualmente parece señalar que las partes del convenio son las citadas Consejerías.

Entendemos que el ámbito del presente convenio es el de la coordinación intraadministrativa y no sería legítimo dar solución a lo que en realidad es un problema de coordinación entre Consejerías, mediante la celebración de un acuerdo directo entre una de las Consejerías afectadas y un ente instrumental de otra, amparándose exclusivamente en el puro dato formal de que el ente instrumental está dotado de personalidad jurídica propia, para sortear los cauces ordinarios de la coordinación en el seno de una misma persona jurídica.

En caso contrario se daría lugar a una apariencia de personificación de las Consejerías, que celebrarían convenios con un ente instrumental de otra, como si cada uno de ellos fuese una persona jurídica distinta, con olvido de que la contraparte del ente institucional en este tipo de convenios es siempre la misma, la Comunidad Autónoma, que ha de asegurar la unidad de su actuación a través de las técnicas de coordinación interna previstas en el Derecho vigente.

Cuarta: Descartada la posibilidad de celebrar un convenio de colaboración entre Consejerías nos quedaría dilucidar la fórmula jurídica a adoptar.

Entendemos que la solución viene dada por lo dispuesto en el art 50.3 de la Ley de Gobierno y Administración al señalar que:

«Adoptarán igualmente la forma de Orden las disposiciones y resoluciones de los Consejeros en el ejercicio de sus competencias, que irán firmadas por su titular. Si afectasen a más de una Consejería, serán firmadas conjuntamente por los Consejeros».

Quinta: En relación con las Clausulas 3.C y 6.D, se hace referencia a la eventual inserción de personas que hayan alcanzado una adecuada capacitación, pero el convenio no establece la entidad a la que se incorporarán, si bien se indica que se realizará «cumpliendo el perfil requerido por la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional». En el caso de que esta inserción implique cualquier tipo de relación laboral con la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos o Entidades Públicas dependientes de la misma, deberá

respetarse y hacerse constar expresamente los principios de mérito y capacidad como determinantes de la citada integración.

A la vista de cuanto antecede procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

Primera: El instrumento jurídico adoptado no es el adecuado al fin que se pretende al quedar reservados los convenios de colaboración a aquellos que se celebren entre personas jurídicas distintas y no entre diferentes órganos de una misma persona jurídica.

Segunda: La atribución de personalidad jurídica a los entes instrumentales, del tipo de los Organismos Autónomos u otros, no permitiría excluir la teórica posibilidad de celebración de convenios entre éstos y la Administración en la que se integran, no es posible desconocer que este es un dato puramente formal, de suerte que las facultades de tutela de la actividad del ente institucional por parte de la Administración de la que depende hacen superflua la figura del convenio en ámbitos en los que dicha actividad puede ser dirigida a través del ejercicio de esas competencias de control.

Tercera: No debe ser utilizada la técnica del convenio entre un ente institucional y una Consejería distinta de aquella de la que depende el ente instrumental para sortear los cauces ordinarios de coordinación.

Cuarta: El instrumento jurídico adecuado sería una Orden conjunta de los Consejeros implicados, de conformidad con el art 50.3 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid.

1. Pruebas psicotécnicas, orientadas a la función policial a desarrollar.
2. Pruebas físicas, adecuadas a la capacidad necesaria para las funciones a realizar.
3. Pruebas culturales y de conocimientos básicos del ordenamiento jurídico.
4. Un reconocimiento médico, orientado a la función policial a desempeñar.

El presente dictamen fue preparado por el Letrado-Jefe del Servicio Jurídico Central, D. Salvador VICTORIA BOLIVAR.

respetos y libertades constitucionales expresamente los principios de igualdad y capacidad como determinantes de la actividad jurisdiccional en el ejercicio de la función jurisdiccional. En la primera Clausula que igualmente parece señalar que las partes del convenio son las Juntas de Concejales.

Entendemos que el convenio es el de la coordinación interadministrativa y no sería legítimo dar solución a lo que se plantea. El instrumento jurídico que se plantea es el de coordinación interadministrativa y no de coordinación de servicios de colaboración. En el primer caso se trata de personas jurídicas distintas y autónomas que se relacionan en el ejercicio de sus competencias. En el segundo caso se trata de personas físicas que se relacionan en el ejercicio de sus competencias. La distinción de personas físicas y jurídicas es esencial para determinar el tipo de los Organismos Autónomos y para determinar la teoría de la coordinación de servicios de colaboración de convenios entre Juntas de Concejales y la Administración. En la Administración no es posible descoordinación de un dato puntual, la función de la Administración es la de tutelar de la actividad del ente jurisdiccional por parte de la Administración. En la que se trata de la actividad que se desarrolla en el ámbito de la actividad que se desarrolla en el ámbito de la actividad de los servicios de colaboración de convenios de coordinación. No debe confundirse la función de la coordinación de servicios de colaboración y una Consejería distinta de la de la coordinación de servicios de colaboración para ser una Consejería distinta de la de la coordinación de servicios de colaboración.

Adoptada igualmente la forma de Orden las disposiciones y resoluciones de los Concejales en el ejercicio de sus competencias, que han firmadas por su titular. Si afectasen a más de una Consejería, serán firmadas conjuntamente por los Concejales.

Quinta: En relación con las Clausulas 3.C y 6.D, se hace referencia a la eventual inserción de personas que haya una adecuada capacitación, pero no establece la actividad que se incorporarán a cumplir el perfil de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional. En el caso de que esta inserción implique cualquier tipo de relación laboral con la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos o Entidades Públicas dependientes de la misma, deberá

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, DE 30 DE JUNIO DE 1999, ACERCA DE LAS CALIFICACIONES OTORGADAS EN DETERMINADAS PRUEBAS SELECTIVAS DE 150 PLAZAS DE LA POLICÍA MUNICIPAL DEL AYUNTAMIENTO DE MADRID¹

Examinada la documentación remitida y la normativa aplicable, cumpíenos emitir el dictamen del modo que sigue:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

El actual artículo 26.1.28 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad de Madrid la competencia exclusiva en materia de coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca la Ley Orgánica.

En virtud de estas competencias, la Comunidad de Madrid aprobó la Ley 4/92, de 8 de julio, de Coordinación de las Policías Locales, y el Reglamento Marco de Organización de 28 de octubre de 1993.

El art. 35 de la Ley 4/92, al regular el acceso al Cuerpo de Policía establece una fase de oposición en la que se incluirán, como mínimo, las siguientes pruebas que tendrán, en todo caso, carácter eliminatorio:

1. Pruebas psicotécnicas, orientadas a la función policial a desarrollar.
2. Pruebas físicas, adecuadas a la capacidad necesaria para las funciones a realizar.
3. Pruebas culturales y de conocimientos básicos del ordenamiento jurídico.
4. Un reconocimiento médico, orientado a la función policial a desempeñar.

¹ El presente dictamen fue preparado por el Letrado-Jefe del Servicio Jurídico Central, D. Salvador VICTORIA BOLÍVAR.

Y añade a continuación que será requisito indispensable, en cualquier caso, superar un curso selectivo en la Academia Regional de Estudios de Seguridad de la Comunidad de Madrid, cuya duración no será inferior a seis meses, y un período de prácticas, como mínimo de tres meses, en el Municipio respectivo.

En lo referente a la segunda fase, el curso selectivo en la A.R.E.S., el art. 34 del Reglamento Marco dispone acerca de su puntuación: «El Curso Selectivo de Formación será calificado de cero a diez puntos, siendo necesario obtener un mínimo de cinco puntos para superarlo»

Y el art 35 añade que la calificación definitiva de la segunda fase del proceso de selección integrada por el Curso Selectivo de Formación en la Academia Regional de Estudios de Seguridad de la de la Comunidad de Madrid coincidirá con la calificación a que hace referencia el artículo anterior.

II

En esta línea de razonamiento, las propias bases de la convocatoria, publicadas en el BOCAM de 27 de septiembre de 1996, establecían lo siguiente.

1. En cuanto a la calificación del referido Curso Selectivo, la Base 12.2 de la Convocatoria publicada dispone:

«La calificación del Curso Selectivo de Formación se realizará a través de la superación de cada uno de los exámenes que se establezcan sobre cada una de las materias de las que conste el mismo. Cada examen será calificado de 0 a 10 puntos, siendo necesario obtener un mínimo de 5 puntos para superarlo».

2. La necesidad de superación de cada una de las materias viene recogida, asimismo, en la Base 12.3, al establecer como causa inmediata de baja como policía en prácticas durante la realización del Curso Selectivo de Formación:

«b) Que en alguna de las materias el alumno no haya obtenido la puntuación mínima de cinco puntos».

La Jurisprudencia ha reiterado que las Bases de la convocatoria constituyen «ley» del proceso selectivo, para lo que podemos citar diversas sentencias:

a) STS de 3 de octubre de 1994 (Pon. Conde Martín de Hijas); Ar. 7841:

Que la Administración esté vinculada a las bases de la convocatoria, como ley de ésta, en los mismos términos que el opositor (planteamiento inicial que es incontrovertible)

b) Y especialmente la STS de 19 de septiembre de 1994 (Pon. Cancer Lannane); Ar. 7276, a cuyo tenor:

SEGUNDO. El primer motivo de impugnación no puede prosperar, pues, aun cuando la hipotética vulneración de los criterios establecidos en la resolución de la Dirección General de Administración Local, a la hora de convocar procesos selectivos de acceso a puestos de trabajo de las Corporaciones Locales, podría suponer un motivo de anulabilidad de las bases elaboradas por el Ayuntamiento de Cabra de Santo Cristo, no cabe olvidar que, como ya ha dicho de forma reiterada, esta Sala, la concurrencia al proceso selectivo, sin que se haya impugnado la convocatoria o alguna de sus bases, impide la ulterior impugnación de la resolución que sobre el mismo recaiga por motivos -que en su día pudieron y debieron hacerse valer mediante el oportuno recurso- relativos a posibles defectos de la citada convocatoria, y ello con el fin de evitar que quien aceptó unas bases determinadas, las impugne después cuando no resultó favorecido, quebrantando así el principio en virtud del cual ?las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones permanentes de selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas?, expresamente recogido en el artículo 13.4 del Real Decreto 2223/1984, de 19 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado.

c) Por último, es destacable, por su síntesis, la Sentencia del TSJ de Canarias, de 20 de junio de 1997 (Ar. 2181), que expone lo siguiente:

De esta forma podemos señalar que la convocatoria en cualquier proceso selectivo, es el primero de los actos que determina la apertura de aquél y que conlleva una serie de importantes efectos jurídicos:

1) La convocatoria es la Ley del concurso u oposición, éste es un principio general consagrado desde antiguo en nuestro derecho SSTS 9 junio 1948 (Ar. 836), 8 y 28 marzo, 8, 5 y 9 julio 1947 (Ar. 478, 651 y 971), 25 febrero y 1, 21 y 27 mayo y

2 julio 1946 (Ar. 161, 581 y 862), en todas las cuales se repite la fórmula de este tenor «las bases de la convocatoria para la provisión de vacantes por concurso u oposición constituyen su Ley, a la que quedan sometidos tanto los concursantes como la propia administración».

2) La convocatoria supone un equilibrio entre las prerrogativas administrativas y las garantías de los administrados, principio que arranca de doctrina establecida por aquél en Sentencias como las de 15 febrero 1916, en la que se declara que la convocatoria trata de conciliar el libre ejercicio de la potestad reglamentaria de la administración, con el respeto al derecho del que acudiendo a su llamamiento, es admitido a la prestación de un servicio o al desempeño de un cargo público.

3) Siendo ello de gran importancia ya que supone, de hecho, la autolimitación de las facultades discrecionales de la administración y su plasmación concreta, en un texto único en el que se fijan, de antemano, las condiciones de participación en el proceso selectivo y las características de la plaza a obtener mediante aquél.

Si estas circunstancias no se plasmaran previamente en una convocatoria es claro que la administración actuaría con pleno arbitrio, de forma que podrían hacerse ilusorias las garantías del administrado que pretende obtener un puesto en la administración.

4) El equilibrio se asegura con la vinculación de la propia Administración a la convocatoria realizada de forma que no puede, ni desconocerla ni enervar los derechos que derivan de la misma, ni incluso modificarla sin respetar éstos.

5) La materia selectiva no es puramente discrecional, el Tribunal Supremo ya desde la Sentencia de 4 junio 1918 establece que la determinación del régimen de concursos y oposiciones, no constituye una materia discrecional, ya que las prescripciones que se establecen en las Leyes y Reglamentos suponen cuando menos un límite, al que debe sujetarse la administración en el proceso selectivo.

6) En cuanto a la inmutabilidad de la convocatoria, principio que no es sino una aplicación estricta de la doctrina de los actos propios, «tu patere legem quam ipse fecisti», supone que una vez publicadas no podrán ser modificadas o alteradas en más o menos por procedimiento distinto al que se contempla en los arts. 109 y 110 LPA, con la excepción del aumento de plazas convocadas, dentro de los límites de la oferta anual de empleo público, no siendo preceptiva en este caso la apertura de un nuevo plazo de presentación de instancias.

III

Como conclusión de las dos consideraciones anteriores, el Tribunal examinador no puede aprobar a un opositor que ha obtenido la calificación de suspenso en la segunda fase del procedimiento de selección, por ser contrario a la Ley 4/92 y a las propias bases de la convocatoria.

El acuerdo del Tribunal, considerando aprobado al opositor D. ..., soslaya las competencias, atribuidas legalmente al A.R.E.S., por lo que deben ser objeto de impugnación, en la vía contencioso-administrativa, cuando se apruebe la relación definitiva.

La impugnación contencioso-administrativa de actos entre Administraciones Públicas se halla regulada en el art. 44 de la L.J.C.A., que establece, con carácter facultativo, un requerimiento previo:

«1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.

2. El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad.

3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara.

4. Queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local».

En aplicación de este precepto, en el plazo de dos meses, a contar desde la publicación de la relación definitiva de aprobados, se podrá optar, bien por la impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, bien a formular el requerimiento previo del art. 44 LJCA.

En virtud de lo expuesto se elevan las siguientes:

CONCLUSIONES

I. Considerar aprobado a quien ha obtenido la calificación de suspenso en el curso selectivo del A.R.E.S. es contrario a la Ley 4/92 y a las propias bases de la convocatoria.

II. En el plazo de dos meses a contar de la relación definitiva de aprobados, se podrá optar, bien por la impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, bien a formular el requerimiento previo del art. 44 LJCA.

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, DE 7 DE JULIO DE 1999, SOBRE EL PROYECTO DE REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. Tramitación del proyecto. Comenzando con el estudio de la legalidad formal del proyecto presentado, cabe advertir la aplicación supletoria de Ley de Gobierno, de 27 de noviembre de 1997, cuyo art. 24 establece una serie de trámites que han de ser cumplidos.

En primer lugar, a tenor de la letra a) del apartado primero, «la iniciación del procedimiento de elaboración de un reglamento se llevará a cabo por el centro directivo competente mediante la elaboración del correspondiente proyecto, al que se acompañará un informe sobre la necesidad y oportunidad de aquél, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar».

En el expediente consta el proyecto como aprobado por la Dirección General de la Función Pública, con una memoria justificativa que viene a cumplir el requisito del informe sobre la necesidad y oportunidad del proyecto. No se acompaña memoria económica pero según la memoria justificativa, «hemos de reseñar únicamente que el presente proyecto de Decreto no conlleva gasto alguno por tratarse de una norma de procedimiento». No estamos de acuerdo en que, en todo caso, la aprobación de una norma de procedimiento no conlleve gasto. Sí lo puede conllevar si prevé la adopción de nuevos trámites que sí pueden suponer un mayor coste para la Administración (aunque tampoco necesariamente). Lo cierto, en cualquier caso, es que en el presente supuesto, no parece que la normativa propuesta suponga un incremento de gasto. Antes al contrario, en la medida en que se prevé la eliminación de algunos trámites por considerar que no presentan «valor añadido al procedimiento» pueden disminuirlo, si bien tampoco parece que en cantidad apreciable o estimable. Por todo ello, entendemos ajustada a Derecho la no inclusión de la memoria económica.

Ahora bien, lo que sí parece discutible es la competencia de la Dirección General de la Función Pública para la elaboración del proyecto. El citado art. 24.1 a) atribuye dicha elaboración al centro directivo competente y entre las competencias de la citada Dirección General no se encuentran las referentes a la regulación de procedimientos administrativos o sanciones administrativas, fuera de la materia de personal, de conformidad con el art. 15 del Decreto 113/1997, de 18 de septiembre, por el que se aprueban las competencias y estructura orgánica de la Consejería de Hacienda. Y, precisamente, el proyecto excluye de su ámbito de aplicación la potestad disciplinaria respecto al personal a su servicio (art. 1.3). Parece, pues, desacertado que la elaboración del proyecto haya sido acometida por la Dirección General de la Función Pública, que no es el centro competente en la materia. Según el propio Decreto 113/1997, en su art. 1, corresponde al Consejero [mejor Consejería] de Hacienda, como órgano superior de la Administración de la Comunidad de Madrid, las competencias relativas a, entre otras, procedimientos administrativos. Y dentro de ese departamento, compete a la Secretaría General Técnica «la formulación de propuestas de disposiciones generales sobre los asuntos de su competencia o de los atribuidos a la Consejería cuando no sean competencia de otro Centro Directivo» (art. 6, letra e)).

No obstante, este Centro Superior Consultivo considera que el vicio de incompetencia de la Dirección General de la Función Pública al efecto de elaborar el proyecto no impide la validez del reglamento que se pueda aprobar. Se trata de un mero acto de trámite que no produce indefensión alguna (pues los demás trámites, especialmente el de audiencia, se han cumplido escrupulosamente). El informe favorable de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda, que hubiera sido el Centro Directivo competente, y, sobre todo, la eventual aprobación por el Consejo de Gobierno hacen irrelevante el vicio.

Siguiendo con el examen del art. 24.1 de la Ley de Gobierno y Administración, su letra b) hace referencia a la necesidad de recabar los informes que sean preceptivos. Tal es el caso del presente dictamen, que se emite por exigirlo así el art. 4.1 a) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, a cuyo tenor «corresponde a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid emitir dictamen en Derecho, con carácter preceptivo, en los siguientes asuntos: a) Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general ...».

A continuación, la letra c) del art. 24.1 de la Ley de Gobierno dispone que «elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados será debidamente motivada en el expediente por el órgano que acuerde la apertura del trámite de audiencia. Asimismo, y cuando la naturaleza de la disposición lo aconseje, será sometida a información pública durante el plazo indicado. Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan».

En el presente caso, se ha producido el referido trámite de información pública, partiendo de una resolución de la Dirección General de la Función Pública de fecha 27 de enero de 1999, se ha concedido audiencia a diversas entidades representativas por el plazo general de 15 días, y se han recibido, en contestación a dicho trámite, diferentes escritos de alegaciones.

Además, el art. 24.2 de la Ley del Gobierno, prescribe que «en todo caso, los proyectos de reglamentos habrá de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos». El informe de la Secretaría General Técnica fue emitido con fecha 4 de diciembre de 1998 y queda por solicitar el dictamen del Consejo de Estado.

En relación con los reglamentos autonómicos de ejecución de las leyes, la Ley Orgánica reguladora del Consejo de Estado, de 22 de abril de 1980, prevé en su art. 22 que «la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos ... 2. Disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones». Añade su art. 23, en su primer párrafo, que corresponde solicitar el dictamen al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en su segundo párrafo, que «el dictamen será preceptivo para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes» (art. 23 de la propia Ley Orgánica). Esta previsión que se ajusta a la Constitución según la Sentencia del Tribunal

Constitucional 204/1992, de 26 de noviembre, para la cual el dictamen del Consejo de Estado puede ser sustituido por el de órganos consultivos autonómicos (rigiendo ahora, al respecto, la disposición adicional 17.ª de la Ley 30/1992, redactada por Ley 4/1999, de 13 de enero), pero «en donde o en tanto semejantes órganos consultivos autonómicos ... no existan ... las garantías procedimentales ... exigen mantener la intervención preceptiva del Consejo de Estado, en tanto que órgano al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece».

En suma, debe recabarse el dictamen del Consejo de Estado.

Segunda. Competencia de la Comunidad de Madrid. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante LAP), reguló, en sus arts. 127 y ss. la potestad sancionadora (título IX), sin establecer un concreto procedimiento sino sólo un serie de principios de la potestad sancionadora (capítulo primero, arts. 127-133) y otros principios, esta vez del procedimiento sancionador (capítulo segundo, arts. 134-138).

Respecto de las competencias estatales y autonómicas, podemos reproducir lo manifestado por la exposición de motivos de la LAP:

«El artículo 149.1.18 de la Constitución distingue entre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, que habrán de garantizar al administrado un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se engloba en el esquema «bases más desarrollo» que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales. Sin embargo, respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, aunque su formulación jurídica sea la manifestación expresa y la traducción práctica para los ciudadanos de la aplicación regular del propio régimen jurídico, la Constitución las contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado.

La Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos res-

pecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos *ratione materiae* que deberán respetar, en todo caso, estas garantías. La Constitución establece la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su organización propia pero además, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede dissociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su Derecho sustantivo, pues lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquel que deba ser común y haya sido establecido como tal. La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común».

Por lo que se refiere a la potestad sancionadora, en concreto, la LAP, en su exposición de motivos, parece ampararse exclusivamente en la competencia estatal sobre el régimen jurídico básico de la Administración, al hacer referencia a «los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración», añadiendo que «todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias».

Sin embargo, de una manera general, podríamos entender que la regulación de los principios de la potestad sancionadora se funda en la competencia sobre el régimen jurídico básico de la Administración y la de los principios del procedimiento sancionador en la competencia estatal referida al procedimiento administrativo común. Esta tesis parece compartida por el preámbulo del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante, RPPS). Dice así que «esta regulación responde a la consideración de que el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se integra en el concepto de procedimiento administrativo común», si bien se reconoce que «los tres niveles administrativos [estatal, autonómico y local] tienen competencia para establecer sus propios procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora», y el art. 1.1 b) del

Reglamento sólo ordena su aplicación directa «por la Administración de las Comunidades Autónomas respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena», si bien, como expone el preámbulo, ello se ha de entender «sin perjuicio de la supletoriedad de este Reglamento prevista en el artículo 149.3 de la Constitución respecto de las Comunidades Autónomas».

El Tribunal Constitucional ha reconocido que la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común no obsta a la regulación de procedimientos por las Comunidades Autónomas en ámbitos de su competencia. Así, por ejemplo, la Sentencia 17/1990, de 7 de febrero, declara que el establecimiento de «reglas especiales de procedimiento aplicables al desarrollo de cada tipo de actividad administrativa ... no está constitucionalmente reservado al Estado, sino que, como ya se dijera también en la STC 227/1988, de 29 de noviembre (fundamento jurídico 32), <<hay que entender que ésta es una competencia conexa a la que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostenten para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración>>».

En esta misma línea, la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo (que declaró la inconstitucionalidad parcial del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992) significa que

«en principio, el régimen procedimental cae en el ámbito de la regla 18.^a [del art. 149.1 de la Constitución, esto es, la competencia del Estado sobre procedimiento administrativo común]. Ahora bien, debe añadirse que, en base a la salvedad contenida en la misma, los procedimientos especiales están al alcance de las Comunidades Autónomas. En la STC 227/1988 se declara que las Comunidades Autónomas pueden adaptar las reglas comunes dictadas por el legislador estatal a las especialidades de la organización y del Derecho sustantivo propios, establecidas de acuerdo con su interés peculiar. Y en la STC 15/1989 se resalta la naturaleza del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general como procedimiento especial, sobre el que las Comunidades Autónomas pueden disponer cuando elaboren normas propias. Si el procedimiento especial de elaboración de reglamentos puede ser regulado por norma autonómica, también podrá serlo el régimen procedimental urbanístico, ya que se trata también de un procedimiento administrativo especial ... En consecuencia, el legislador estatal no puede imponer como básicas o plenas normas sobre procedimiento urbanístico más allá de los principios genéricos comunes. El resto corresponde ser estableci-

do por cada Comunidad Autónoma competente. De lo contrario el Estado podría condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación detallada de cada procedimiento especial, lo que resulta inaceptable».

Por su parte, el art. 26.1.3 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad de Madrid competencia exclusiva para la regulación de los procedimientos administrativos derivados de las especialidades de la organización propia.

A la luz de estas consideraciones, puede afirmarse la constitucionalidad de la regulación autonómica del procedimiento sancionador, respetando los principios recogidos en la legislación estatal y dentro de su ámbito de competencias, dado el carácter de procedimiento especial que puede atribuírsele (y que expresamente le atribuía la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958). En este sentido, junto al precedente Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración Pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 77/1993, de 26 de agosto, que el proyecto deroga (disposición derogatoria única), otras Comunidades Autónomas han regulado el procedimiento sancionador. Así, cabe citar el Decreto catalán 278/1993, de 9 de noviembre, el Decreto extremeño 9/1994, de 8 de febrero, el Decreto balear 14/1994, de 10 de febrero, el Decreto asturiano 21/1994, de 24 de febrero, el Decreto castellano-leonés 189/1994, de 25 de agosto, y la Ley vasca 2/1998, de 29 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Con todo, cabe plantear la necesidad de un texto reglamentario que no responde, realmente, a las especialidades de la organización y del Derecho sustantivo propios, que básicamente concuerda (al igual que el precedente e incluso más que éste) con el reglamento estatal (el citado RPPS) y que, si se aparta de éste, lo es por razones técnicas abstractas o generales (es decir, no específicas de la Comunidad de Madrid, su organización o su legislación propia).

Tercera. Ámbito de aplicación. El art. 1 del proyecto se refiere al objeto y ámbito de aplicación del nuevo texto, y en él destaca, en primer lugar, que se pretende que el mismo se aplique a cualquier supuesto en que la Comunidad de Madrid ejerza la potestad sancionadora y no sólo, como establecía el reglamento precedente y aun hoy vigente, «en aquellas materias sobre las que corresponda a la Comunidad de Madrid la plenitud de la función legislativa o la de desarrollo legislativo en el marco de la legislación básica del Estado».

Hay que hacer notar que la redacción propuesta entraría en conflicto con el art. 1.1 b) RPPS, a cuyo tenor el mismo debe ser aplicado «por la Administración de las Comunidades Autónomas respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena». Con esta disposición concuerda perfectamente el reglamento autonómico vigente, de suerte que si el Estado tiene competencia normativa plena (aunque la Comunidad de Madrid tenga competencias ejecutivas, concretamente sancionadoras) se aplica el reglamento estatal, mientras que si la Comunidad de Madrid ostenta competencias normativas plenas o de desarrollo se aplica su reglamento.

El texto propuesto pretende, por el contrario, que aun cuando el Estado tenga competencia normativa plena se aplique el reglamento autonómico, lo cual nos parece desacertado, por cuanto, de acuerdo con lo expuesto en la anterior consideración jurídica, la competencia autonómica para regular el procedimiento sancionador se basa en la conexión respecto de la que ostente para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Por ello, si la Comunidad de Madrid ostenta únicamente competencias ejecutivas carece de dicha cobertura y debería aplicar el reglamento estatal.

Nos parece, por ello, más ajustada a las competencias de la Comunidad de Madrid la redacción vigente, que concuerda, por ejemplo, con el art. 3 del Decreto balear 14/1994, a cuyo tenor «en las materias en las que la Comunidad Autónoma tenga atribuidas únicamente competencias de ejecución, deberá seguirse la normativa de procedimiento establecida por el Estado». No obstante, hay que reconocer que las demás reglamentaciones autonómicas antes citadas prevén su aplicación a cualquier supuesto en que la Administración autonómica correspondiente goce de potestad sancionadora.

Por otra parte, el proyecto pretende su aplicación supletoria a las entidades locales «radicadas en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid» para las materias en las que la competencia normativa corresponda a ésta. Aparte de la incorrección de hablar de entidades locales radicadas en un territorio, como si pudiesen variar esa radicación (siendo más correcto hablar de entidades locales del ámbito de la Comunidad de Madrid), esta previsión se justifica en la propia competencia normativa de la Comunidad de Madrid y en la recientemente asumida competencia de desarrollo normativo en materia de régimen local (art. 27.1 del Estatuto, redactado por Ley Orgánica de 7 de julio de 1998). En este punto, no existe conflicto con el reglamento estatal. Éste prevé su aplicación por las entidades locales en materias

en las que el Estado goce de competencia normativa plena (art. 1, apartados 1 c) y 2), por lo que es perfectamente congruente que el reglamento autonómico se aplique en supuestos en los que la competencia normativa corresponda a la Comunidad de Madrid (aunque con carácter supletorio respecto de las normas sectoriales o las ordenanzas locales).

A continuación, el apartado tercero del art. 1 excluye del ámbito de aplicación del reglamento «el ejercicio ... de la ... potestad disciplinaria respecto al personal a su servicio y a quienes estén vinculados a ella por una relación contractual». Ello concuerda con la disposición adicional octava de la LAP que, bajo la rúbrica, «procedimientos disciplinarios», estatuye que «los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la presente Ley», excepción que responde al criterio jurisprudencial de excluir de los principios comunes del Derecho sancionador (penal y administrativo) las sanciones acordadas en relaciones de sujeción especial, es decir, aquellas en que a la situación resultante de la genérica autoridad de los poderes públicos sobre los particulares y la consiguiente sujeción general, se superpone un estatuto especial debido a una relación específica con la Administración, caso de los funcionarios públicos (STS 22-2-1985). En esta línea, GARBERÍ LLOBREGAT [*El procedimiento administrativo sancionador*, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 94 y 95] advierte que «quizás el hecho de que las sanciones de autotutela o autoprotección se desenvuelvan en el marco interno de la Administración, o la circunstancia de que sus sujetos pasivos no se sitúen frente a ella en un plano jurídico idéntico al del resto de los administrados, sino en una posición de alguna manera subordinada o dependiente, sean elementos que alcancen a justificar tamaña restricción de las garantías constitucionales en el Derecho disciplinario». De hecho, la misma exclusión es compartida por el art. 1.3 del reglamento estatal.

El propio art. 1.3 RPPS excluye su aplicación directa a la potestad sancionadora en materia tributaria y social (sin perjuicio de su aplicación supletoria), de conformidad con las disposiciones adicionales quinta y séptima de la LAP. La exclusión de las sanciones por infracciones del orden social no es precisa aquí pues se trata de materias en las que el Estado goza de competencia normativa plena (arts. 149.1.7 de la Constitución y 28.1.12 del Estatuto). En cambio, por lo que se

refiere a las infracciones tributarias, sí sería conveniente excluir la aplicación directa del reglamento, habida cuenta de la competencia normativa, aunque bastante limitada, de la Comunidad de Madrid (Cfr. arts. 133 y 157 de la Constitución, 56 del Estatuto de Autonomía, Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y Ley de cesión de tributos a las Comunidades Autónomas, de 30 de diciembre de 1996).

Siguiendo con el examen del art. 1 del proyecto, el apartado cuarto recoge la aplicación del reglamento a las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la misma, en los términos establecidos por el art. 2 LAP. En este punto, se ratifica la norma vigente, pero quizá convendría modificarla para incluir, expresamente, a los organismos autónomos de la Comunidad de Madrid, que si bien son entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia y dependientes de aquélla, y como tales quedan incluidos en el citado art. 2 LAP, tienen una naturaleza y un régimen jurídico específico, distinto al de las demás entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración (Cfr. Ley de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid y Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado).

Cuarta. Relación con el orden jurisdiccional penal y otros procedimientos sancionadores. El art. 2 del proyecto aborda la relación del procedimiento administrativo sancionador con el orden jurisdiccional penal.

Como es sabido, en virtud del principio *non bis in idem*, íntimamente unido al de legalidad del art. 25 de la Constitución (aunque éste no lo mencione), la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han señalado que no es posible la duplicidad de sanciones (administrativas o penales) en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, lo que recoge la LAP en su art. 133. Ya la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981, de 30 de enero, declaró que «si bien no se encuentra recogido expresamente el principio *non bis in idem* en los arts. 14 a 30 CE, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (arts. 41 y 53.2 LOTC), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios de la comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del art. 9 [del] anteproyecto de la CE, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 CE».

Así, de acuerdo con la jurisprudencia (STC 30-1-1981, 23-5-1986 y 10-10-1991 y STS 18-7-1984 y 14-7-1987) y como señala expresamente para las sanciones tributarias el art. 77 de la Ley General Tributaria, tras la reforma de 26 abril 1985, la Administración debe abstenerse de todo procedimiento sancionador cuando los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta hasta que la autoridad judicial no se pronuncie. A esta doctrina se acomodaba ya el reglamento vigente, al igual que el correspondiente art. 7 RPPS. En realidad, la nueva redacción no altera la anterior en lo sustancial, pudiendo destacarse, únicamente, que, al igual que en el reglamento estatal, se prevé la comunicación al Ministerio Fiscal, y no al orden jurisdiccional penal, como hace el reglamento vigente. A nuestro juicio, sobre este extremo, lo más acertado sería que la comunicación pudiese formularse bien a aquella institución o bien a los propios juzgados y tribunales penales, puesto que ambas posibilidades admite la legislación vigente para denunciar hechos supuestamente delictivos o promover procedimientos penales.

El art. 2 se limita, por lo demás, a incluir un nuevo apartado quinto, que tampoco innova nada pues es transcripción casi literal del art. 137.2 LAP, a cuyo tenor «los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien», principio que ya había proclamado el Tribunal Constitucional (STC 77/1983, de 3 de octubre)

El problema que no aborda el texto, como tampoco el precedente, es de la observancia del principio *non bis in idem* entre procedimientos administrativos sancionadores. El art. 5.2 del reglamento estatal únicamente lo prevé, y de forma no completamente satisfactoria, para la concurrencia de procedimientos de la Administración española y la Administración europea. A juicio de GARBERÍ LLOBREGAT [Ob. cit., pág. 201], «dados los múltiples problemas que genera la tramitación simultánea de dos o más procedimientos administrativos por los mismos hechos, se hace necesario postular la necesidad de que alguno de ellos sea temporalmente suspendido mientras finaliza el otro, suspensión que habrá de recaer sobre el iniciado en fecha posterior», regla que, al menos para los procedimientos regulados por el reglamento autonómico, podría establecer el mismo.

Quinta. Actuaciones previas, órganos competentes e iniciación del procedimiento. En materia de actuaciones previas, el nuevo texto (art. 3) únicamente aporta una modificación puramente nominal, pues así llama a la anteriormente denominada información reservada,

si bien acaba por reconocer que «la información previa tendrá carácter reservado». Por su parte, el art. 12 del reglamento estatal habla también de actuaciones previas y ni siquiera les confiere expresamente carácter reservado, si bien éste puede ser admitido, como lo era al amparo de la previsión de información reservada por el art. 134.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, a los solos efectos de archivar el asunto o incoar el correspondiente expediente (Cfr. STS 25-2-1983).

Tampoco en materia de órganos competentes se aprecia ninguna novedad llamativa, produciéndose únicamente una modificación de la redacción para coincidir, básicamente, con lo anterior dispuesto (art. 4).

Lo mismo puede decirse, en general, respecto de las formas de iniciación (art. 6), si bien aquí se advierte que, con el nuevo texto, no es preciso comunicar al denunciante los motivos de la no incoación del procedimiento, sino que basta notificar este hecho. Más lejos va el art. 11 *in fine* del reglamento estatal, según el cual sólo se debe comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento y tan sólo si junto a la denuncia presentó la solicitud de iniciación del procedimiento. Esta no necesidad de motivación del acto de archivo de la denuncia se justifica en la jurisprudencia que ha negado, casi sin fisuras, el carácter de interesado al denunciante. Así, SERRANO DE TOLEDO [en la obra colectiva *Estudios y comentarios sobre la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Ed. BOE y Ministerio de Justicia, tomo I, pág. 113] advierte que el denunciante es aquel administrado que pone en conocimiento de la Administración unos hechos, los cuales pueden dar lugar o no a la incoación del procedimiento, como se desprende de la comparación entre el art. 68 LAP, que admite la iniciación del procedimiento «a solicitud de persona interesada» frente al art. 69.1 LAP, para el cual los procedimientos iniciados de oficio pueden promoverse «por denuncia»; de modo que el denunciante, por esta sola cualidad, no es tenido por parte en el procedimiento, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1987 y 3 de julio de 1990. No obstante, como advierte el citado autor, si el denunciante goza de interés legítimo ha de ser considerado como interesado (art. 31 LAP).

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991 (Ar. 6306) y 19 de mayo de 1997 (Rec. 104 y 469/95) niegan la legitimación activa del denunciante para intervenir en los procedimientos administrativos o judiciales. No obstante, la Sentencia de 31 de octubre de 1996 (Rec. 614/94) admite su legitimación si no reside en el

puro interés por la legalidad sino que tiene un interés legítimo derivado de las consecuencias posibles de la sanción, como la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por todo ello, quizá lo mejor sería añadir, al final del art. 5.4, la siguiente frase: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente cuando gocen de un interés legítimo».

Por lo que se refiere a la formalización de la iniciación del procedimiento (art. 6), aparte de omitir la comunicación de la iniciación del procedimiento al denunciante, ya prevista en el artículo anterior, omisión justificada porque ahora se trata de la comunicación o notificación del acuerdo de iniciación y no sólo del hecho de ésta, se recoge aquí la previsión (ya existente) de que los interesados puedan formular alegaciones y presentar documentos durante el plazo de quince días desde la notificación del acuerdo de iniciación, añadiendo ahora que se les advertirá que, de no hacerlo así, dicho acuerdo podrá ser considerado propuesta de resolución.

He aquí, junto a la eliminación del pliego de cargos, una de las novedades más destacables del texto. Dice, al respecto, el preámbulo del proyecto que «el Reglamento que ahora se aprueba introduce una serie de modificaciones encaminadas a agilizar el procedimiento, inspirándose en el principio de economía procesal, eliminando aquellas trámites repetitivos o que no aportan mayores garantías para la defensa de los interesados» [siendo deseable, por cierto, una mejor redacción de esta oración, sin dos gerundios seguidos]. Así, se elimina el pliego de cargos, que puede considerarse un trámite superfluo por estar ya contenidos sus elementos esenciales en el acuerdo de iniciación».

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (arts. 136 y 137) establecía dos trámites de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo sancionador: un primer trámite de alegaciones frente al pliego de cargos (fundamentalmente por razones de hecho) y un segundo trámite contra la propuesta de resolución (donde, junto a los hechos, era el lugar idóneo para discutir el Derecho). Frente a ello, la LAP, que ha rehusado expresamente a imponer un determinado procedimiento administrativo sancionador y se limita a consagrar ciertos principios (comunes más que básicos), únicamente consagra el derecho del presunto o, mejor dicho, supuesto responsable «a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes» (art. 135 *in fine*). Y, en su desarrollo, el reglamento estatal suprimió ya el pliego de cargos y las

alegaciones frente al mismo. De este modo, lo que hace el proyecto es seguir el esquema de dicho reglamento, esquema que, a nuestro juicio, permite suficientemente el ejercicio del derecho reconocido por la LAP. Y en cuanto respeta los derechos de los interesados y, al mismo tiempo, permite una mayor economía procesal y una mayor homogeneidad en los procedimientos sancionadores, tal innovación de nuestro Derecho autonómico debe ser valorada positivamente.

Pasamos a la regulación de las medidas de carácter provisional (art. 7). Su fundamento se encuentra en el art. 72 LAP (recientemente modificado por Ley 4/99) y, especialmente, el art. 136 LAP (respecto a las medidas provisionales en el procedimiento sancionador). Ante todo, hay que decir que tales medidas únicamente se justifican en las citadas normas legales «para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer». Por ello, añadir su previsión para otros supuestos podría parecer no conforme a Derecho, si bien, en realidad, «garantizar el buen fin del procedimiento» (expresión que también emplea el reglamento estatal) viene a ser lo mismo y, aunque no lo sea «evitar el mantenimiento de los efectos de la presunta infracción», ello constituye un imperativo del ordenamiento jurídico, dado que debe evitarse el mantenimiento de situaciones antijurídicas (aparte de que, asimismo, tal previsión se contiene también en el reglamento estatal). En lo que se aparta el proyecto del RPPS, pero no del reglamento autonómico vigente, es en que las medidas provisionales pueden ser adoptadas por el órgano competente para acordar la iniciación del procedimiento (y no el órgano competente para resolver), lo cual es conforme a la legislación vigente (que no impone una u otra solución) e incluso parece más lógico, dado el carácter provisional y, por tanto, urgente de la medida, lo que al tiempo evita cualquier perjuicio al órgano llamado a resolver.

El proyecto añade que, junto a la suspensión temporal de actividades o la prestación de fianzas, las medidas provisionales pueden consistir en otras actuaciones previstas en normas específicas, como hace el reglamento estatal, lo que parece conforme a Derecho, pues no existe reserva de ley a la luz del art. 136 LAP, y razonable (ya que tales medidas no tienen por qué limitarse a la suspensión de actividades y prestación de fianzas).

Finalmente, se hace una invocación del principio de proporcionalidad (que comparte el estatal RPPS) y a los límites del art. 72.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Sobre esto último, dado el carácter dinámico del ordenamiento jurídico (prueba de lo cual es la modifi-

cación del citado artículo por la Ley 4/1999) y la absoluta ineficacia (fuera del mero recordatorio) de que un reglamento se remita a una ley (cuya eficacia es independiente de dicha remisión), quizá sería mejor suprimir tal remisión o reproducir el texto del art. 72.3 LAP.

Por último, dentro del capítulo referente a la iniciación, el art. 8 prevé, como novedad (no sólo frente al vigente reglamento autonómico sino también respecto del RPPS), el reconocimiento de responsabilidades, de suerte que «iniciado el procedimiento sancionador, si el infractor reconoce explícitamente su responsabilidad se podrá resolver sin más trámite con la imposición de la sanción que proceda». Esta conformidad del supuesto responsable se halla también prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y parece adecuada, si bien debe puntualizarse que, dada la indisponibilidad de la materia sancionadora, sólo procederá imponer la sanción si efectivamente es la correspondiente, según Derecho, a los hechos reconocidos. De ahí que es acertado el término «podrá», pues también cabe que se estime pertinente continuar el procedimiento o incluso no imponer sanción alguna.

Sexta. Instrucción. Entrando ya en el capítulo III, sobre la instrucción del procedimiento sancionador, el art. 9 (actos de instrucción y alegaciones) viene a constituir una aplicación o transcripción incluso de los arts. 78 y 79 LAP que, en general para todo procedimiento administrativo, tratan de los actos de instrucción y las alegaciones de los interesados.

Igualmente, el art. 10 del proyecto (apertura del periodo probatorio y admisión de pruebas) se ajusta a lo dispuesto por el art. 80 LAP (sobre la prueba en el procedimiento administrativo) y el art. 137.4 LAP (sobre la prueba en el procedimiento administrativo sancionador), en particular por lo que se refiere a la posible denegación de pruebas.

En el art. 11, el proyecto vuelve a la desaconsejable remisión a preceptos concretos de la legislación vigente (concretamente el art. 81 LAP, sobre la práctica de la prueba), eficaces por sí mismos y que pueden ser, sin embargo, modificados. Y al ser la norma remitida de rango superior, la remisión debe entenderse dinámica, esto es, a la norma que rija en cada momento, no a la vigente al tiempo de aprobarse la norma de remisión (que supondría una remisión estática). Ahora bien, también es cierto que aquí la remisión puede estar justificada, en cuanto tampoco sería satisfactoria la reproducción del art. 81 LAP (por el mismo carácter dinámico del ordenamiento y razones de simplificación y economía, que pone de manifiesto PABLO SALVA-

DOR CODERCH en la obra colectiva *La calidad de las leyes*, Ed. Parlamento Vasco, págs. 173 y ss.]. Por todo ello, a nuestro juicio, sería mejor remitirse «a la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común».

A continuación, el art. 11.2 atribuye carácter preceptivo a los informes que se acuerden como prueba e incluso que tales informes podrán considerarse determinantes para la resolución a los efectos del art. 83.3 LAP. No lo menciona el proyecto, pero parece que la finalidad de esta norma sería la suspensión del plazo para resolver que, prevista por el citado art. 83.3 LAP, viene ahora corroborada por el art. 42.5 c) LAP (redactado por Ley 4/1999), según el cual «el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos ... cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución ...». Sin embargo, no nos parece que el informe acordado como prueba sea, por este hecho, «preceptivo». Los informes son preceptivos si viene exigidos por las leyes o reglamentos (por disposición expresa, conforme al art. 83.1 LAP) y el proyecto no exige informe alguno. Los informes sólo serán preceptivos cuando las normas vigentes establezcan la exigencia de un determinado informe en ciertos procedimientos sancionadores, pero si un informe no es preceptivo no pasa a serlo por el hecho de que el instructor lo estime pertinente. Por ello, se estima que debe suprimirse el art. 11.2 de proyecto.

Finalmente, el art. 11, en su apartado tercero, recoge la presunción de veracidad de los actas levantadas por los funcionarios competentes, consagrada por el art. 137.3 LAP, ya recogida por la jurisprudencia anterior (STS 5-3-1979, 15-12-1981, 10-2-1986, 30-5-1986 y 29-11-1986) y ratificada por el Tribunal Constitucional (STC 26-4-1990 y 18-11-1993).

Por otro lado, el art. 12 trata de la propuesta de resolución y audiencia de los interesados, de forma semejante a los arts. 18 y 19 del RPPS estatal, separándose, en cambio, del texto vigente en que se elimina el proyecto de propuesta de resolución y se produce una audiencia posterior a la propuesta de resolución (audiencia que viene impuesta para evitar la indefensión del interesado, pues se suprime la audiencia posterior al pliego de cargos, que también se elimina). Tal vez en este acercamiento a la reglamentación estatal también podría incluirse la previsión del art. 19.2 RPPS, esto es, que se pueda prescindir de este segundo trámite de audiencia (el primero se refiere al

acuerdo de incoación) cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas en su caso por el interesado (como admite, con carácter general el art. 84.4 LAP), si bien con la prudencia de respetar, en todo caso, este trámite de audiencia cuando no se hayan hecho alegaciones sobre el acuerdo de iniciación, para evitar la imposición de sanciones de plano, sin audiencia del interesado (contraviniendo lo dispuesto por el art. 135 LAP), si bien es cierto que no hay indefensión cuando se ha tenido oportunidad de formular alegaciones y el trámite de audiencia se cumple con esa posibilidad, aunque no se formulen efectivamente.

Séptima. Finalización. El capítulo IV del proyecto se ocupa de la finalización del procedimiento y comienza por el art. 13, sobre las actuaciones complementarias. Ello constituye una innovación respecto del texto autonómico vigente pero, en realidad, se limita a incorporar a nuestro Derecho autonómico la previsión ya establecida en el art. 20.1 RPPS, previsión que parece adecuada y que respeta los derechos de defensa del interesado, pues se le concede la posibilidad de alegar lo que a su Derecho convenga sobre la adopción de estas actuaciones complementarias, aunque quizá se les debiera dar nueva audiencia si, por virtud de dichas actuaciones, se tengan en cuenta nuevos hechos o alegaciones o pruebas distintas (art. 84.4 LAP).

Por su parte, el art. 14, sobre la resolución del procedimiento, constituye un desarrollo del art. 138 LAP (cuyas previsiones son transcritas en el proyecto). Únicamente hay que puntualizar que el apartado quinto debería referirse a los supuestos de suspensión o aplazamiento previstos legal y reglamentariamente, no sólo los previstos por «este Reglamento», pensando, especialmente, en los previstos por el art. 42.4 LAP (redactado por Ley 4/1999).

Debe puntualizarse que, de acuerdo, precisamente con el art. 42 LAP, el plazo máximo lo es no sólo para resolver sino también para notificar, siendo, por lo demás, factible que una norma meramente reglamentaria fije un plazo superior al general de tres meses pero no superior al de seis.

Finalmente, el art. 15, sobre reposición e indemnización, es conforme al art. 130.2 LAP, acercándose más, en su redacción, al RPPS que al reglamento autonómico vigente.

Por supuesto, son compatibles las sanciones que procedan con las medidas reparatorias, dada su distinta naturaleza (STS 7-11-1985, 4-5-1993, 24-1-1991 y 22-4-1999). Como advierte el art. 130.2 LAP, «las

responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización que por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente». Pero ello no debe significar según PARADA [*Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Ed. Marcial Pons] que, cuando la indemnización sea debida a la Administración, esta no pueda exigirle directa y coactivamente, sin acudir a los tribunales, de acuerdo con su privilegio de ejecutoriedad. Así, acertadamente, tanto el RPPS (art. 22) como el proyecto establecen que si los perjuicios se han causado a la Administración cabe reclamarlos por vía administrativa, pues la resolución que los declare es ejecutiva. Pero si los daños se han ocasionado a un particular, como aclara DE PALMA DEL TESO [en la obra colectiva *Administración pública y procedimiento administrativo*, Ed. Bosch, pág. 483], la Administración puede determinar el importe de los daños, pero esta determinación no tendrá los efectos propios del acto administrativo sino sólo servirá para orientar al perjudicado, que habrá de exigirlos ante los juzgados y tribunales civiles, que no quedarán vinculados por la declaración administrativa.

Por todo ello, el texto propuesto se estima correcto, si bien se sugiere que «a la Administración Pública», después de causados, figure en el segundo y no en el primer párrafo (pues sólo cuando los daños son causados a la Administración cabe resolver por vía administrativa con carácter ejecutivo, si bien también cuando los daños se causen a terceros puede pronunciarse la resolución del procedimiento sancionador, aunque desprovista, entonces, de efecto ejecutivo).

Octava. Procedimiento simplificado. Quizá la novedad más destacable del nuevo texto es, precisamente, la regulación de un procedimiento simplificado (arts. 16 y 17), del que se halla huérfano el reglamento vigente (pero no así el RPPS).

Básicamente, el procedimiento simplificado que regula el proyecto es muy semejante al del RPPS. Efectivamente, este procedimiento se limita a infracciones leves (aclarando, acertadamente, el texto sometido a dictamen que el procedimiento simplificado puede seguirse desde el principio o con posterioridad siempre que existen elementos de juicio para calificar la infracción como leve), el acuerdo de ini-

ciación se traslada a los interesados, que pueden formular alegaciones y aportar o proponer pruebas, lo que va seguido de una propuesta de resolución, tras la cual puede proponerse, asimismo prueba, y, finalmente, se resuelve (con un plazo más razonable, de tres meses y no de un mes, en el proyecto).

Es un gran acierto la previsión de un procedimiento simplificado para infracciones leves que aúna la mejora de la economía procesal con el mantenimiento de las garantías del art. 135 LAP.

Solamente debe añadirse una crítica, que debe hacerse por igual al reglamento estatal que al proyecto informado: tras la propuesta de resolución lo lógico es permitir las alegaciones de los interesados, pero no parece necesario (y menos en un procedimiento simplificado) que propongan más pruebas, o, al menos, es absurdo que se prevea que puedan proponer nuevas pruebas y no que formulen alegaciones. A nuestro juicio, lo que debería preverse es que formulen las alegaciones que estimen convenientes, salvo que no proceda nueva audiencia de acuerdo con lo antes expuesto en relación con el art. 12 del proyecto.

Novena. Entrada en vigor, Derecho transitorio y Derecho supletorio. El proyecto mantiene la práctica desaconsejable de la entrada en vigor inmediata (al día siguiente), sin establecer un mínimo periodo de *vacatio legis*, que permita el conocimiento de la nueva norma antes de que deba comenzar a aplicarse.

El art. 51.1 de la Ley de Gobierno y Administración establece que las disposiciones de carácter general entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, salvo que en ellas se disponga otra cosa, con la excepción del art. 41 del Estatuto, excepción que se refería a la entrada en vigor de las leyes. El actual art. 40 del Estatuto (que es el que regula la cuestión) no se pronuncia sobre la fecha de entrada en vigor de los reglamentos y, respecto de las leyes, si bien establece la regla de que entra en vigor al día siguiente, permite que las propias leyes establezcan otra cosa. Pues bien, en opinión de esta Dirección General, no existen razones de urgencia que impongan la entrada en vigor inmediata del reglamento y, por el contrario, parece más razonable la entrada en vigor tras un periodo de *vacatio legis*, sea el supletorio de 20 días u otro, de conformidad con la regla general contemplada por los arts. 2.2 del Código Civil y 51.1 de la Ley de Gobierno y Administración.

La nueva norma, de aprobarse, producirá problemas de Derecho transitorio, que el proyecto aborda siguiendo la tradicional regla en

materia procedimental, esto es, que los procedimientos iniciados anteriormente siguen rigiéndose por el Derecho precedente, por lo que el nuevo reglamento sólo es aplicable a los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor. En este mismo sentido, se pronuncia, por ejemplo, la disposición transitoria segunda, apartado primero, de la LAP.

Finalmente, es adecuada la aplicación supletoria de las normas estatales (singularmente el RPPS), de conformidad con el art. 149.3 de la Constitución, según el cual «el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas». Y si bien el Tribunal Constitucional (S. 61/1997, de 20 de marzo) ha estimado que ello no legitima al Estado para regular materias sobre las que carezca de títulos competenciales, no es éste el caso, pues es evidente que el Estado puede regular su potestad sancionadora y el procedimiento para llevarla a cabo. Únicamente, podría precisarse que no todo el Derecho estatal es supletorio: en cuanto se refiera al régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común (como los preceptos de la LAP contenidos en el título IX) es de aplicación directa. En consecuencia, se propone esta redacción: «En todo lo no expresamente previsto en el presente Decreto se aplicarán con carácter supletorio las normas estatales que regulan el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas estatales que regulan el régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común».

EN CONCLUSIÓN, esta Dirección General INFORMA FAVORABLEMENTE el proyecto sometido a dictamen, con las observaciones, sugerencias y salvedades que en el mismo se contienen y, en particular, el carácter preceptivo del dictamen previo del Consejo de Estado, la necesaria corrección del ámbito de aplicación de la disposición, para limitarse a los supuestos en que la Comunidad de Madrid goce de competencias normativas, plenas o de desarrollo, y la supresión del art. 11.2.

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 1999, SOBRE LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO DEL VALOR AÑADIDO A LA ADQUISICIÓN DE UNA MÁQUINA ROTATIVA POR EL BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

ANTECEDENTES

PRIMERO: Por razón del presupuesto de contrata, que asciende a ochocientos millones de pesetas, el anuncio de licitación fue publicado no sólo en el B.O.C.M., sino también en el B.O.E. y el D.O.C.E.

SEGUNDO: Realizada la apertura de proposiciones, se ha admitido a la licitación a dos empresas, una con sede en Alemania que ha ofertado una máquina fabricada en dicho país, y otra española que ha ofertado una máquina fabricada en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

TERCERO: El organismo autónomo «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» tiene la consideración de empresario a efectos del I.V.A.

CUARTO: El contrato incluye, por cuenta del contratista, el transporte y la instalación de la máquina en los talleres de la sede de esta entidad en Alcobendas, donde ha de quedar inmovilizada. El coste de la instalación no excede del 15% de la total contraprestación a pagar.

QUINTO: Se plantean las siguientes cuestiones:

1.^a Si la naturaleza de la operación a efectos del I.V.A. es la misma en todo caso o bien ha de variar entre entrega de bienes y adquisición intracomunitaria de bienes en función de a quién se adjudique el contrato.

2.^a En el caso de que la naturaleza de la operación variara en función del adjudicatario, si procede, ante una adquisición intracomunitaria de bienes, considerar la cifra de precio en sus propios términos

¹ El presente informe fue elaborado por la Letrada del Servicio Jurídico Central, Dña. ROCÍO GUERRERO ANKERSMITH.

o bien detrayendo el 16 % de I.V.A., dado que las ofertas incluyen este impuesto, pero en la adquisición intracomunitaria el sujeto pasivo del I.V.A. no sería el contratista, sino el propio organismo autónomo.

3.^a En el caso de adjudicar el contrato a una oferta que dé lugar a adquisición intracomunitaria de bienes, si el precio a pagar sería la totalidad del importe ofertado o procedería deducir el 16 % del I.V.A.

Al respecto, pueden formularse las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Adquisiciones intracomunitarias de bienes

El art.15 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre que regula el Impuesto sobre el Valor Añadido, precisa el concepto de adquisición intracomunitaria de bienes y así establece que «se entenderá por adquisición intracomunitaria de bienes la obtención del poder de disposición sobre bienes muebles corporales expedidos o transportados al territorio de aplicación del impuesto, con destino al adquirente, desde otro Estado miembro, por el transmitente, el propio adquirente o un tercero en nombre y por cuenta de cualquiera de los anteriores».

Estas adquisiciones constituyen un nuevo hecho imponible del impuesto, establecido para el régimen transitorio de las operaciones intracomunitarias. En efecto, al no ser todavía aplicable el principio de tributación en origen (Estado de salida de los bienes) y no existir fronteras fiscales en el ámbito comunitario, fue preciso crear este hecho imponible que posibilita la tributación en destino (en el país de llegada de los bienes).

En resumen, estas adquisiciones tienen por objeto bienes corporales, que se transportan desde un Estado miembro con destino al adquirente.

El transporte del bien desde un Estado miembro a otro es un requisito esencial en la configuración del hecho imponible, ya que si no hay transporte intracomunitario no se produce adquisición intracomunitaria. Ello obliga a delimitar claramente su concepto.

Por transporte intracomunitario se entiende aquél cuyos lugares de inicio y de llegada están situados en los territorios de dos Estados miembros diferentes. El lugar de inicio es desde donde comience efectivamente el transporte de los bienes y el lugar de llegada, es donde se termina efectivamente.

En el presente caso, el contrato incluye, por cuenta del contratista, *el transporte y la instalación de la máquina en los talleres* de la sede de la entidad en Alcobendas, donde ha de quedar inmovilizada, no excediendo el coste de la instalación del 15% de la total contraprestación a pagar.

La primera cuestión que se plantea en el presente informe es si la adjudicación del contrato a una empresa alemana que oferta una máquina fabricada en dicho país, debe calificarse como una entrega de bienes o como una adquisición intracomunitaria.

Como se ha indicado la definición de tales adquisiciones se contiene en el art.15 de la Ley.

Se trata, así, de un hecho imponible distinto de las «entregas» con su régimen propio.

El hecho imponible se define en el art.13 de la L.I.V.A. y al concepto de adquisición intracomunitaria se añaden tres condicionantes:

- Subjetivos:

1) Que el adquirente sea empresario o profesional (que actúe como tal) o una persona jurídica que no actúe como empresario o profesional.

2) Que el transmitente sea un empresario o profesional que no se beneficie del régimen de franquicia en el Estado comunitario de origen.

- Objetivos:

Que sean adquisiciones a título oneroso, es decir, con contraprestación.

- Espacial:

Que el destino de lo adquirido sea el ámbito de aplicación del I.V.A. español o sin ser tal destino, si se comunicó al vendedor el NIF español, siempre que no exigiera tributación en el Estado comunitario de llegada (art.71.2 de la Ley).

A tal definición del hecho imponible se suma una serie de no sujeciones. Así, *no hay adquisición*, como hecho imponible, cuando se adquiera una *instalación inmovilizada y costosa* regulada en el art.68,2,2.º de la ley 37/1992: «También se entenderán realizadas en el territorio de aplicación del impuesto: 2.º. Las entregas de los bienes que hayan de ser objeto de instalación o montaje antes de su puesta a dis-

posición, cuando la instalación se ultime en el referido territorio. Esta regla sólo se aplicará cuando la instalación o montaje implique la inmovilización de los bienes entregados y su coste exceda del 15% de la total contraprestación correspondiente a la entrega de los bienes instalados».

En este caso se entiende que hay una entrega allí donde se produce la instalación, siendo el adquirente un ?repercutido? y no un sujeto pasivo contribuyente directo a su Hacienda Pública (Cfr. BANACLOCHE, JULIO, «El I.V.A. y las operaciones intracomunitarias», Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 10 y 11).

En el presente caso, el coste de la instalación no excede del 15% de la total contraprestación a pagar, en consecuencia, al tratarse de una instalación inmovilizada y no costosa, *si constituirá una adquisición intracomunitaria*, en cuanto se dan todos los requisitos expuestos que definen el hecho imponible.

II. Aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido en los contratos del Estado y otras Administraciones Públicas relativos a bienes o servicios suministrados desde el extranjero

La presente cuestión ha sido estudiada con detalle en la Resolución de 10 de julio de 1997, n.º 6/1997 (RCL 1997\1816) de la Dirección General de Tributos (B.O.E. 17-7-1997), según la cual, habiéndose suscitado dudas en la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido en relación con determinadas contrataciones realizadas por entes públicos, procede considerar y aclarar los preceptos de la Ley del mencionado tributo que resultan aplicables a las operaciones indicadas y, con base en ellos, dictar las instrucciones necesarias para unificar criterios en esta materia.

La tributación sobre el consumo de bienes y servicios se realiza, por consiguiente, a través de la sujeción de diversos hechos imponibles, diversidad que no ha sido objeto de tratamiento específico en la normativa de contratación administrativa, generándose problemas para las partes intervinientes.

Así, en el procedimiento de adjudicación por subasta, al determinar la oferta más ventajosa, deberá tenerse en consideración que no todas son homogéneas en términos fiscales. Las ofertas realizadas desde otros Estados miembros o desde países o territorios terceros, aparentemente más baratas por formularse en ocasiones sin

incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pueden inducir a error a los entes públicos contratantes, desconocedores, en ocasiones, de la obligación que les incumbe legalmente como destinatarios de los bienes o servicios de satisfacer el Impuesto correspondiente a dichas operaciones y, por tanto, la necesidad de sumar su importe a la oferta realizada.

Sin perjuicio de reconocer que el asunto de esta resolución afecta al conjunto de la normativa vigente del Impuesto sobre el Valor Añadido, debe destacarse la importancia de los preceptos que se indican a continuación:

1. El artículo 88, apartado uno, segundo párrafo, que establece lo siguiente:

– En las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al Impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del Impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido..

Como resulta de la propia literalidad del precepto, *esta regla no es aplicable a las adquisiciones intracomunitarias de bienes ni a las importaciones*. Tampoco podrá aplicarse a los supuestos de entregas de bienes y de prestaciones de servicios que, por entenderse realizadas fuera del territorio de aplicación del Impuesto, no quedan sujetas al mismo ni se rigen por la normativa española, sino por la vigente en el territorio donde sí estén sujetas y hayan de entenderse realizadas. En estos cuatro casos, *se entenderá que los empresarios o profesionales, al formular sus propuestas económicas, no han incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido*. Cuando estas operaciones den lugar a importaciones o adquisiciones intracomunitarias de bienes, el ente público contratante deberá presentar la correspondiente declaración-liquidación y cumplir el resto de obligaciones impuestas por la Ley para los sujetos pasivos de este tributo. En los casos de operaciones no sujetas por entenderse realizadas en otros territorios, antes de aceptar la oferta, el ente público deberá conocer las condiciones fiscales del país o territorio de origen, para poder considerarlas antes de aceptar la proposición económica

En consecuencia, y con base en los preceptos indicados, se dictan las siguientes instrucciones al objeto de unificar los criterios en la aplicación de la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido en relación con los contratos suscritos por los entes públicos:

Primera. En la adjudicación de contratos para la adquisición de bienes celebrados por cualquier ente público se entenderá siempre que los sujetos pasivos del Impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido, según lo previsto, con carácter general, en el artículo 88 de la Ley del citado tributo.

Segunda. Sin embargo, cuando dichos bienes sean enviados desde otro Estado miembro de la Comunidad Europea, ya sea el proveedor nacional o extranjero, no podrá entenderse incluido el citado Impuesto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.ª quater.A) de la Sexta Directiva comunitaria, en la que se establece el sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea, la entrega de bienes efectuada por el proveedor desde otro Estado miembro, que está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido de aquel país, estará exenta de dicho tributo, al tratarse de una entrega de bienes expedidos desde un Estado miembro a otro y cuyo destinatario es una persona jurídica que efectúa una adquisición intracomunitaria de bienes sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido español. Por tanto, no procederá repercusión alguna del Impuesto vigente en ese otro Estado miembro y, si se efectuase dicha repercusión, el ente público no estaría obligado a soportarla.

En el presente supuesto y según se advierte en la consulta planteada, las ofertas incluyen el I.V.A. En consecuencia, en ambos casos, debe considerarse la cifra de precio en sus propios términos, con el 16 % de I.V.A. incluido. Si bien, con la diferencia de que en el supuesto de la empresa española es una entrega de bienes en la que el sujeto pasivo es el contratista, y cuando se trata de una adquisición intracomunitaria, el sujeto pasivo es el Organismo Autónomo «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

Por lo que se refiere a la última cuestión planteada, si se adjudicase el contrato a la oferta que da lugar a adquisición intracomunitaria de bienes, en cuanto que el I.V.A. ha sido incluido en la oferta, procederá deducir el 16 % de su importe, para proceder a su ingreso a la Hacienda Pública.

En el supuesto de que el impuesto no se hubiere incluido en el precio, por aplicación de la Resolución 6/1997, no puede entenderse incluido en la oferta y, en consecuencia, se estaría obligado a pagar, además de la totalidad del importe ofertado al contratista, el 16 % de este precio a la Hacienda Pública en concepto de I.V.A.

III. Obligaciones formales del Organismo Autónomo

De conformidad con lo previsto en la Resolución de 10 de julio de 1997 de la Dirección General de Tributos, se establecen una serie de obligaciones formales específicas del ente público sujeto pasivo de una adquisición intracomunitaria, el cual deberá solicitar el número de identificación fiscal específico previsto para las operaciones intracomunitarias [artículos 2.º d) y 16 del Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo] (RCL 1990\576), emitir el documento que contenga la liquidación del impuesto a que se refiere el artículo 165 de la Ley 37/1992 y presentar la declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias a que se refieren los artículos 78 a 81 del Reglamento del Impuesto.

Por lo que se refiere al número de identificación fiscal específico atribuido a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido a las personas o entidades que realicen operaciones intracomunitarias, los artículos 2.º d) y 16 del Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo (RCL 1990\576), respectivamente redactados según lo previsto en los Reales Decretos 1624/1992, de 29 de diciembre, y 1811/1994, de 2 de septiembre (RCL 1994\2540), disponen lo que sigue:

Artículo 2.º Reglas generales para la composición del Número de Identificación Fiscal.-El número de identificación fiscal será:

(...)

d) Para las personas o entidades que realicen las operaciones intracomunitarias a que se refiere el artículo 16 de este Real Decreto, el número de identificación fiscal será el que les corresponda según las reglas anteriores con el prefijo ES, conforme al estándar internacional código ISO-3166 alfa 2.

(...)

Artículo 16. Identificación de los empresarios o profesionales a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido.

1. A efectos de lo dispuesto en la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, tendrán atribuido el número de identificación fiscal definido en la letra d) del artículo 2.º de este Real Decreto las siguientes personas o entidades:

1º Los empresarios o profesionales que realicen entregas de bienes, prestaciones de servicios o adquisiciones intracomunitarias de bienes sujetas al citado Impuesto, incluso si los bienes objeto de dichas adquisiciones intracomunitarias se utilizan en la realización de actividades empresariales o profesionales en el extranjero.

2º Las personas jurídicas que no actúen como empresarios o profesionales, cuando las adquisiciones intracomunitarias de bienes que efectúen estén sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13, número 1.º, y 14 de la Ley reguladora del mismo.

Por su parte, el artículo 165 establece unas reglas especiales en materia de facturación, y así, dispone:

Uno. En el supuesto a que se refiere el artículo 84, apartado uno, número 2.º y en las adquisiciones intracomunitarias definidas en el artículo 13, número 1.º ambos de esta Ley, se unirá al justificante contable de cada operación un documento que contenga la liquidación del Impuesto.

Dicho documento se ajustará a los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Dos. Las facturas recibidas, los justificantes contables, los documentos indicados en el apartado anterior y los duplicados de las facturas emitidas deberán conservarse durante el plazo de prescripción del Impuesto.

Cuando las facturas recibidas se refieran a bienes de inversión deberán conservarse durante su correspondiente período de regularización y los cinco años siguientes..

A la vista de cuanto antecede procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

Primera

Si el contrato se adjudicare a la empresa española, la operación consistirá una entrega de bienes; si se adjudicare a la alemana, se tratará de una adquisición intracomunitaria.

Segunda

En la adjudicación de contratos para la adquisición de bienes celebrados por cualquier ente público, cuando dichos bienes sean enviados desde otro Estado miembro de la Comunidad Europea, ya sea el proveedor nacional o extranjero, en la oferta no se entenderá incluida el impuesto.

Tercera

Ambas ofertas deben compararse en iguales términos, incluyendo el 16 % de I.V.A. Ahora bien, en las adquisiciones intracomunitarias el sujeto pasivo del impuesto es el Organismo Autónomo y no el contratista, y, en consecuencia, del precio ofertado se detraerá el 16 % para su ingreso por el Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid a la Hacienda Pública. En cambio, en las entregas de bienes, el contratista, que recibe la totalidad del importe ofertado, es el sujeto pasivo del I.V.A., e ingresa el 16 % a la Hacienda Pública.

Cuarta

El ente público sujeto pasivo de una adquisición intracomunitaria está obligado al cumplimiento de unas obligaciones formales específicas.

El presente dictamen fue ratificado por la Leyenda del Segundo Jurado en la Concejalía de Presidencia, el Pleno del Ayuntamiento de Madrid.

INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS, DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 1999, SOBRE LA PRESENTACIÓN DE UNA RECLAMACIÓN EN RELACIÓN CON EL CAMBIO DE DENOMINACIÓN DE UN MUNICIPIO¹

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En el B.O.C.M. n.º 118, de 20 de mayo de 1999, se publicó el Acuerdo de 4 de marzo de 1999, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el cambio de denominación del Municipio de Piñuécar por la de «Piñuécar-Gandullas». En su preámbulo se resumen los hechos de la siguiente manera:

«El Ayuntamiento de Piñuécar solicitó a la Comunidad de Madrid, mediante escrito de fecha 18 de agosto de 1998 el cambio de denominación del municipio, que pasaría a denominarse "Piñuécar-Gandullas"; remitiendo copia del expediente tramitado, del que se destacan como hechos más relevantes los que se señalan a continuación.

El cambio de nombre fue aprobado por el Ayuntamiento en Pleno en sesión de 4 de agosto de 1998, que especificaba la justificación del cambio de denominación.

El Acuerdo fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 6 de octubre de 1998, y estuvo expuesto en el tablón de anuncios del Ayuntamiento desde el 29 de septiembre hasta el 10 de noviembre de 1998.

La aprobación definitiva del cambio de denominación del municipio fue aprobada por el Ayuntamiento de Piñuécar en Pleno, en sesión celebrada el 24 de noviembre, completado más tarde por acuerdo adoptado por el Pleno en sesión celebrada el 16 de diciembre de 1998, en el que se debatió y resolvieron las alegaciones presentadas, que en la sesión anterior no se tuvieron en cuenta por error en el cómputo de los plazos.

¹ El presente dictamen fue elaborado por la Letrado del Servicio Jurídico en la Consejería de Presidencia, D. FEDERICO LARA GONZÁLEZ.

CONCLUSIONES

Primera

Si el contrato se adjudicase a la empresa española, la operación consistiría en la entrega de bienes; si se adjudicase a la alemana, se trataría de una adquisición intracomunitaria.

El cambio de denominación del municipio se motiva, según figura en el expediente, en que el municipio será formado por dos núcleos de población, Piñuécar y Gandullas, en este último residen más de la mitad de los vecinos del municipio, no figurando hasta el momento Gandullas en ningún expediente, pese a realizarse múltiples actividades en dicho núcleo, por eso entienden como solución más práctica el cambio de nominación consistente en añadir el nombre del otro núcleo de población que forma parte del municipio.

El Ministerio de Administraciones Públicas, mediante escrito de fecha 23 de septiembre de 1998, informa que el cambio de denominación no coincide ni produce confusión con otras denominaciones ya existentes.

La Real Academia de la Historia no ha contestado a la solicitud de informe, por ello de acuerdo con el artículo 83 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se prosiguen las actuaciones.

Consta en el expediente informe favorable de la Dirección General de Administración Local de fecha 9 de febrero de 1999.

Finalmente puede concluirse que se considera suficientemente motivado el cambio de denominación del municipio y que en el expediente se han cumplido las exigencias derivadas de las disposiciones legales de aplicación».

Segundo. Dña. ..., vecina de Piñuécar, dirige un escrito al Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad de Madrid, fechado el 17 de junio de 1999 y enviado por correo certificado el 22 de junio, teniendo entrada el 24 de junio. En él reclama contra el cambio de denominación alegando en síntesis lo siguiente:

- Que la propuesta de cambio de denominación no ha sido expuesta en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Piñuécar.
- Que las reclamaciones que ha presentado en el período de información pública no han sido contestadas.
- Que desde hace años se viene utilizando en los documentos oficiales municipales la denominación de «Piñuécar-Gandullas» o, simplemente, «Gandullas».
- Que al solicitar el examen del Libro de Actas de las sesiones del Pleno, se le suministraron copias de los acuerdos municipales relativos al cambio de denominación, pero no el susodicho Libro.
- Varios y relevantes miembros de la Corporación Municipal son de Gandullas, lo cual origina un favoritismo del Ayuntamiento hacia este núcleo de población.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

I

En primer lugar, es necesario abordar el problema de la calificación jurídica del escrito de Dña. ... Se trata de un escrito dirigido directamente al Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad de Madrid, en el cual no se concreta la pretensión de la firmante (en el encabezamiento dice que «por la presente expone, reclama, recurre, en definitiva le hace saber a V.E.») ni se articula jurídicamente la misma, pues no se menciona expresamente fundamento legal alguno.

Siguiendo a E. GARCÍA DE ENTERRIA y T.R. FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho administrativo*, tomo II, Civitas, 4.ª ed., Madrid, 1993, págs. 96-100), dentro de los diferentes actos jurídicos que pueden realizar los ciudadanos o administrados en el seno de la relación jurídico-administrativa, cabe distinguir las peticiones, las solicitudes, los recursos y las reclamaciones.

Las *peticiones* son lo que la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 llamaba peticiones de acto graciable o de promulgación de nuevas normas. Se identifican actualmente con las peticiones fundamentadas en el derecho de petición del art. 29 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, CE) y responden al principio constitucional de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. La Administración Pública sólo está obligada a acusar recibo de estas peticiones (art. 6.2 de la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, reguladora del Derecho de Petición), pero no tiene el deber de resolverlas o atenderlas.

Las *solicitudes* son peticiones que pretenden ampararse en una norma material cualquiera, persiguiendo una aplicación de la misma en favor del solicitante o de otra persona. Son las contempladas en los arts. 42 (que regula la obligación de resolver) y 68 (que regula las clases de iniciación de los procedimientos administrativos) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LAP). Estas solicitudes obligan a la Administración a resolverlas expresamente, según las reglas de los arts. 42-44 LAP.

Los mencionados autores también deslindan las solicitudes que son exigibles para que la Administración pueda iniciar una determinada actividad que le está vedada comenzar de oficio. Se trata de

aquellos supuestos en los que la intervención limitativa de la Administración en la esfera de libertad de los ciudadanos requiere la previa sumisión o aquiescencia del particular como presupuesto de validez del acto administrativo. Así ocurre en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones, la expedición de títulos y nombramientos, la concesión de beneficios y ventajas, etc.

Los recursos son actos jurídicos del administrado por los que éste impugna otros anteriores de la Administración que estima contrarios a Derecho. La Administración, a la hora de resolver un recurso -a lo que también está obligada- puede decidir cuantas cuestiones plantee el expediente (art. 113.3 LAP) y modificar o revocar el acto recurrido sin las trabas del procedimiento de revisión de oficio de actos administrativos. Además, aunque el recurrente yerre en la calificación del recurso, ello no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter (art. 110.2 LAP).

Por último, las reclamaciones pueden referirse a muy diversos supuestos. Unas veces designan a las simples peticiones o denuncias en relación a las anomalías observadas en el funcionamiento de ciertos servicios. Otras aluden a las alegaciones formuladas en el curso de un procedimiento, especialmente cuando se canalizan a través del trámite de información pública. En otras ocasiones se refieren a las quejas que los interesados pueden presentar por los defectos de tramitación que se produzcan en un procedimiento determinado y que sean susceptibles de subsanación (art. 79.2 LAP). Y en otros casos, este término se utiliza para designar a los recursos administrativos en materia económico-administrativa («reclamaciones económico-administrativas»).

Teniendo en cuenta la indefinición de la formulación de la pretensión por parte de Dña. Encarnación Sanz García, la falta de articulación jurídico-positiva de su acción, el carácter social y político de muchas de las alegaciones que expone y el hecho de que dirige su escrito no al órgano que estima competente para revisar o revocar el acto, sino directamente al Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad, seguramente como cabeza de la Administración autonómica y figura pública y política de la máxima relevancia, esta Dirección General considera que su escrito no es ni una petición, ni una solicitud, ni un recurso, sino más bien una «reclamación», en el sentido de simple petición o denuncia de anomalías de diversa índole, ante la cual la Administración no está obligada legalmente a dictar resolución alguna (no son aplicables por tanto los arts. 42-44 LAP) y, ni siquiera, a

acusar recibo, ya que no se trata de un ejercicio del derecho constitucional de petición (aunque el Gabinete del Presidente lo haya hecho). Queda, pues, a la discrecionalidad de la Autoridad que ha recibido el escrito -en este caso, el Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad de Madrid- el realizar investigaciones o actuaciones en relación con este asunto, las cuales podrían dar lugar, en función de lo averiguado, a procedimientos o actuaciones administrativas de oficio.

II

Parece conveniente, de todas formas, analizar los antecedentes remitidos para comprobar si ha habido alguna irregularidad, vicio o defecto en la forma o en el fondo del *procedimiento de cambio de denominación de Piñuécar*.

El cambio de denominación de los Municipios está regulado en las siguientes normas: arts. 14 y 47.2.d) y de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; art. 11 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; arts. 26 a 30 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio; disposición adicional del Real Decreto 382/1986, de 10 de febrero, sobre creación, organización y funcionamiento del Registro de Entidades Locales; y arts. 8.2 y 16, y disposición adicional de la Orden de 3 de junio de 1986, del Ministerio de Administración Territorial, que desarrolla al Real Decreto anterior. Además, es necesario tener en cuenta el Fundamento Jurídico 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre de 1989, que resuelve diversos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

En esta regulación se regula el procedimiento de cambio de denominación de los Municipios de la siguiente manera:

1.º Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento (art. 22.2.b) de la Ley 7/85, modificado por la Ley 11/1999, de 21 de abril), adoptado con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación local (art. 47.2.d) de la Ley 7/85).

2.º Comunicación de la iniciación del procedimiento al Registro de Entidades Locales.

3.º Instrucción:

a) Exposición al público, por plazo no inferior a treinta días, para que los particulares o entidades que se creyeran perjudicados puedan presentar reclamación. Las reclamaciones deberán ser resueltas por el Ayuntamiento.

b) Informes de los siguientes órganos e instituciones:

– Diputación Provincial. En la Comunidad de Madrid, dado su carácter uniprovincial y la consiguiente desaparición de la Diputación, esta competencia corresponde a la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Presidencia (art. 13 del Decreto 143/1998, de 30 de julio).

– Real Sociedad Geográfica o Real Academia de la Historia, según proceda, o instituciones especializadas de la Comunidad Autónoma, si existieren.

– Registro de Entidades Locales. El informe versará sobre si la nueva denominación puede coincidir o producir confusión con otras existentes.

– Aquellos otros organismos que se consideren oportunos.

4.º Aprobación del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma.

5.º Traslado en el plazo de un mes al Registro de Entidades Locales para proceder a la modificación de la inscripción.

6.º Anotación del cambio de denominación en el Registro de Entidades Locales, previa comprobación de que no existe otro idéntico y de que no puede producir confusiones con otros ya existentes.

7.º Comunicación al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y al Registro Central de Cartografía (Instituto Geográfico Nacional).

8.º Publicación en el Boletín Oficial del Estado, momento a partir del cual el cambio de denominación ya tiene carácter oficial.

Pues bien, del examen de los antecedentes remitidos resulta que en el caso del cambio de denominación del Municipio de Piñuécar se han cumplimentado todos los trámites preceptivos anteriormente enumerados —al menos, los más relevantes a efectos de la validez y eficacia del cambio de denominación, sin perjuicio de que todavía no conste la publicación en el B.O.E.—

Por lo que respecta a la justificación del cambio de denominación, parece suficiente, dado que el citado Municipio se compone de dos núcleos de población —Piñuécar y Gandullas—, residiendo en este último más de la mitad de los vecinos, y siendo además Gandullas el escenario de numerosas actuaciones municipales. Por otra parte, la nueva denominación recoge los topónimos de las dos poblaciones, situando en primer lugar el de la población que daba nombre anteriormente al Municipio.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General somete a la consideración de V.I. las siguientes

BIBLIOGRAFÍA

CONCLUSIONES

Primera. El escrito de Dña. ... de 17 de junio de 1999 no es ni una petición, ni una solicitud, ni un recurso, sino más bien una «reclamación», en el sentido de simple petición o denuncia de anomalías de diversa índole, ante la cual la Administración no está obligada legalmente a dictar resolución alguna (no son aplicables por tanto los arts. 42-44 LAP) y, ni siquiera, a acusar recibo, ya que no se trata de un ejercicio del derecho constitucional de petición. Queda, pues, a la discrecionalidad de la Autoridad que ha recibido el escrito —en este caso, el Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad de Madrid— el realizar u ordenar que se realicen investigaciones o actuaciones en relación con este asunto, las cuales podrían dar lugar, en función de lo averiguado, a procedimientos o actuaciones administrativas de oficio.

Segundo. Del examen de los antecedentes remitidos se deduce que en el caso del cambio de denominación del Municipio de Piñuécar se han cumplimentado los trámites preceptivos exigidos por la normativa aplicable, sin que conste la existencia de vicio o defecto que pueda dar lugar a la ineficacia del acto administrativo y, por lo que respecta a la justificación del cambio de denominación, parece suficiente.

Los comentarios que se recogen en esta sección han sido elaborados por Esteban Zamora Martínez, letrado de la Comunidad de Madrid, respecto al relativo a La inscripción de las reclamaciones en un sentido global, realizado por JOAQUÍN M.ª NARRADA PÉREZ, Abogado y Doctor en Derecho, Director del Servicio Jurídico de Distribución y Comunal de IBERDROLA, S.A.

...del cambio de denominación de un municipio... parece suficiente, dado que el citado Municipio se compone de dos núcleos de población... Piñuécar y Gandullas... Residencia en este último más de la mitad de los vecinos... Gandullas el escenario de numerosas actuaciones municipales... Por otra parte, la nueva denominación recoge los términos de las dos poblaciones, situando en primer lugar el de la población que daba nombre ante-

riormente al Municipio.
En virtud de lo expuesto, esta Dirección General somete a la consideración de V. I. V. las siguientes cuestiones:
- Diputación Provincial. En la Comunidad de Madrid, dada su carácter uniprovincial y la consiguiente desaparición de la Diputación, esta competencia corresponde a la Dirección General de la Comunidad de Madrid.
- Presidencia de la Comunidad de Madrid (art. 41 de la Ley Orgánica 1/1981).

El artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1981, no es ni una... en el sentido de simple petición o denuncia de anomalías de diversa índole... antes de dar lugar a la inscripción en el Registro de los actos... (no son aplicables por tanto los arts. 42-44 IAP) y, en su lugar, a seguir el procedimiento que se establece en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1981.

La Autoridad que ha recibido el escrito... el Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad de Madrid... el orden que se realicen investigaciones o actuaciones en relación con este asunto... las cuales podrán dar lugar, en función de los resultados de los procedimientos o actuaciones administrativas de oficio... Del examen de los antecedentes remitidos se deduce que en el caso del cambio de denominación del Municipio de Piñuécar se han cumplido los requisitos exigidos por la normativa... va aplicable, sin que exista el requisito de haber dado lugar a la inscripción del acto administrativo y, por lo que respecta a la justificación del cambio de denominación, parece suficiente con el carácter ya mencionado de dicho cambio.

Pues bien, del examen de los antecedentes remitidos resulta que en el caso del cambio de denominación del Municipio de Piñuécar se han cumplido todos los trámites preceptivos anteriormente enumerados —al menos, los más relevantes a efectos de la validez y eficacia del cambio de denominación—, sin perjuicio de que todavía no conste la publicación en el B.O.E.

LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN UN MUNDO GLOBAL

Coordinado por JAVIER CREMADES y PABLO MAYOR. La Ley-Actualidad. Mayo 1999.

BIBLIOGRAFÍA¹

La liberación de la comunicación en un mundo global recoge las ponencias e intervenciones que se desarrollaron durante los días 14 y 15 de julio en el Curso de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, celebrado en El Escorial. El libro continúa la línea iniciada por otro titulado *Derecho de las Telecomunicaciones*, coordinado también por Javier Cremades, y publicado en 1997.

La reciente obra fue presentada el pasado día 26 de abril, coincidiendo, prácticamente, con la publicación de la Ley General de Telecomunicaciones, alrededor de la cual gira la mayor parte del libro. La estructura que sigue el texto se distribuye en tres capítulos: el primero, a modo de introducción, contiene un descriptivo repaso del sector de las telecomunicaciones con la llegada de la liberalización; analizando el decisivo papel que está desempeñando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro y garante de la competencia. Asimismo, se examinan las consecuencias de la apertura del mercado en el ámbito económico y sociológico.

El capítulo segundo constituye la parte central del libro, y en él se desciende al tratamiento minucioso de las grandes cuestiones propias del sector. Se pasa revista a los servicios de telecomunicaciones por cable, por satélite, a la telefonía móvil, a la televisión digital, a las televisiones locales y autonómicas, a Internet... Asimismo, se analizan cuestiones esenciales para la competencia, como la interconexión, el servicio universal, el régimen tarifario y la Administración de las telecomunicaciones.

El capítulo III es una buena muestra de la situación de las telecomunicaciones en otras latitudes. Así, dentro de la Europa comunitaria, se contienen referencias concretas a Alemania, Austria y Portugal. También hay un hueco para Hungría y Polonia. Afuera de nuestras fronteras, se tocan algunos aspectos del mercado en EE.UU. y Canadá. El recorrido por el Derecho comparado termina con una alusión a Hispanoamérica, centrándose la atención en algunos países con cuestiones muy actuales y muy cercanas a nosotros.

¹ Los comentarios que se recogen en esta sección han sido elaborados por ESTHER ZAMORA MARTÍNEZ, Letrada de la Comunidad de Madrid, excepto el relativo a *La liberación de las telecomunicaciones en un mundo global*, realizado por JOAQUÍN M.^ª NEBREA PÉREZ, Abogado y Doctor en Derecho, Director del Servicio Jurídico de Distribución y Comercial de IBERDROLA, S.A.

Los comentarios de esta sección han sido elaborados por Esteban Zamora Martínez, I+D+i de la Comunidad de Madrid, respecto al tema de la liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global, realizado por Joaquín M. Pérez, Abogado y Doctor en Derecho, Director del Servicio Jurídico de Distribución y Comercial de BERDORF, S.A.

que integran el mundo de las telecomunicaciones. Damos, pues, la bienvenida a una gran obra que, seguramente, contribuirá a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos españoles y muy próximo, dado los productos y servicios que ofrece, a la vida cotidiana del ciudadano.

Existen una clase de literatura jurídica que gran parte de la obra de los autores de esta obra se trata de obras de carácter eminentemente

LA LIBERALIZACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN UN MUNDO GLOBAL

Coordinada por JAVIER CREMADES y PABLO MAYOR. La Ley-Actualidad. Mayo 1999.

La liberación de las Telecomunicaciones en un mundo global recoge las ponencias e intervenciones que se desarrollaron durante los días 14 y 18 de julio en el Curso de Verano de la Universidad Complutense de Madrid, celebrado en El Escorial. El libro continúa la línea iniciada por otro titulado *Derecho de las Telecomunicaciones*, coordinado también por JAVIER CREMADES, y publicado en 1997.

La reciente obra fue presentada el pasado día 26 de abril, coincidiendo, prácticamente, con la publicación de la Ley General de Telecomunicaciones, alrededor de la cual gira la mayor parte del libro. La estructura que sigue el texto se distribuye en tres capítulos: el primero, a modo de introducción, contiene un descriptivo repaso del sector de las telecomunicaciones con la llegada de la liberalización, analizando el decisivo papel que está desempeñando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro y garante de la competencia. Asimismo, se examinan las consecuencias de la apertura del mercado en el ámbito económico y sociológico.

El capítulo segundo constituye la parte central del libro, y en él se desciende al tratamiento minucioso de las grandes cuestiones propias del sector. Se pasa revista a los servicios de telecomunicaciones por cable, por satélite, a la telefonía móvil, a la televisión digital, a las televisiones locales y autonómicas, a Internet ... Asimismo, se analizan cuestiones esenciales para la competencia, como la interconexión, el servicio universal, el régimen tarifario y la Administración de las telecomunicaciones.

El capítulo III es una buena muestra de la situación de las telecomunicaciones en otras latitudes. Así, dentro de la Europa comunitaria, se contienen referencias concretas a Alemania, Austria y Portugal. También hay un hueco para Hungría y Polonia. Más lejos de nuestras fronteras, se tocan algunos aspectos del mercado en EE.UU. y Canadá. El recorrido por el Derecho comparado termina con una alusión a Hispanoamérica, centrándose la atención en algunos países con cuestiones muy actuales y muy cercanas a nosotros: Argentina, Brasil, Perú, Panamá y Bolivia.

El libro concluye con un acertado y oportuno Anexo que contiene una propuesta de clasificación por temas de la legislación española sobre telecomunicaciones, y un índice de voces, en el que se recoge una brevísima, pero

aleccionadora, referencia identificativa a los grandes conceptos y categorías que integran el mundo de las telecomunicaciones.

Demos, pues, la bienvenida a una gran obra que, seguramente, contribuirá a arrojar más claridad sobre uno de los sectores cruciales en la economía española, y muy próximo, dado los productos y servicios que ofrece, a la vida cotidiana del ciudadano.

LEGISLACIÓN DE EXPROPIACIÓN FORZOSA. COMENTARIOS Y JURISPRUDENCIA

FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. Ed. Comares. Granada 1999. (629 páginas).

La expropiación forzosa es probablemente una de las materias sobre las que ha recaído un mayor número de sentencias del Tribunal Supremo, lo que constituye un elemento determinante para calibrar su verdadera importancia práctica. Es por ello que resulta un tanto sorprendente el vacío doctrinal de que esta institución adolecía en los últimos tiempos y que se ha visto corregida en los pasados años, en los que han aparecido importantes monografías sobre la citada institución. En esta renovación cabe enmarcar esta obra, que en modo alguno se limita a recoger y sistematizar la legislación vigente en la materia, sino que constituye una amplia exposición del instituto expropiatorio mediante la técnica del comentario de cada uno de los preceptos legales. Se trata de una técnica que, si bien en algunos aspectos puede tener limitaciones, lo cierto es que goza de una utilidad práctica innegable. Estamos ante una obra cuyo fin, en definitiva, no es pedagógico, sino eminentemente práctico y dirigida al aplicador diario del Derecho.

Así, en cada uno de los preceptos, el autor establece un análisis comprensivo no sólo de la más amplia y actual jurisprudencia, sino también de la doctrina más autorizada.

La obra recoge además el texto actualizado tanto de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 como de su Reglamento, así como la Ley sobre el régimen del Suelo y Valoraciones de 1998, junto con otras dieciséis disposiciones normativas generales o sectoriales, que afectan a la aplicación práctica del instituto expropiatorio.

En la biblioteca de un jurista existen muchos tipos de libros, pero en nuestra experiencia profesional sin duda hay una clase que destaca: son los libros prácticos y útiles, esto es, aquéllos que de verdad ayudan y facilitan la tarea de entender y aplicar una ley por compleja que sea, y que si bien no tratan de realizar creaciones e innovaciones doctrinales, si pretenden que su páginas resulten efectivamente consultadas. Es de esta clase el libro que comentamos.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA. LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y BIBLIOGRAFÍA

M.^a LUISA APARICIO GONZÁLEZ y ALBERTO J. DE MARTÍN MUÑOZ. Ed. Civitas. Madrid, 1999 (1188 páginas).

Existe una clase de literatura jurídica que gran parte de la doctrina considera «menor». Se trata de obras en las que no hay un especial trabajo de creación científica, sino que se limitan a recopilar y sistematizar la legislación vigente y jurisprudencia actualizada sobre una determinada materia.

Como dice AURELIO MENÉNDEZ, prologuista de la obra, es cierto que la proliferación de publicaciones de este género, no siempre realizadas con la seriedad y el trabajo de información que deben proporcionar, no ha contribuido a una valoración suficiente de su gran utilidad. No es este, sin embargo, el carácter de la publicación que comentamos. Se trata de una obra, con la cuidada edición que en general tienen las de la editorial a la que pertenece, que recoge el texto actualizado a 25 de mayo de 1999 de la Ley de Sociedades Anónimas, junto con la jurisprudencia aplicable a cada uno de los preceptos y la bibliografía fundamental existente en relación con los mismos.

Aun cuando hasta fechas recientes, la Ley de Sociedades Anónimas había gozado de una cierta estabilidad, últimamente se ha visto afectada por el acelerado cambio legislativo que afecta especialmente a otras ramas del Derecho, en especial al Derecho Público, por lo que desde luego es acertada la elaboración de obras sistemáticas que pretendan actualizar el texto fundamental en nuestro sistema mercantil.

Incluye la obra una variada selección de jurisprudencia, básicamente sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, incorporando también resoluciones del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. La mayor parte de la jurisprudencia se incluye lógicamente de forma extractada planteándose no obstante la limitación que supone la ausencia de la denominada jurisprudencia menor (Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas...), especialmente en unos momentos como los actuales donde apenas se van a celebrar 10 años de la reforma mercantil que determinó la modificación sustancial de la propia Ley de Sociedades Anónimas, por lo que en ocasiones no existe todavía jurisprudencia consolidada de nuestro Tribunal Supremo.

Junto con la jurisprudencia, la obra incluye en cada uno de los preceptos una referencia a la principal bibliografía en relación con los mismos. Advierten los autores en el prólogo que la elaboración de esta selección está afectada por un marcado subjetivismo. Admitiendo esta limitación, lo cierto es que ésta es la parte de la obra que en nuestra opinión está menos conseguida, quizá entre otras causas por el hecho de que las referencias se limitan a muy concretas publicaciones.

COMENTARIOS A LA LEY 4/1999 DE 13 DE ENERO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 30/1992

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO y JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS. Ed. Civitas. Madrid, 1999 (690 páginas).

Los comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ constituyeron un clásico de la literatura española durante una larga etapa de nuestra historia jurídica, situación que fue sucedida por los comentarios que el ilustre y prolífico autor dedicó a la ahora reformada Ley 30/1992.

En la obra que examinamos, el catedrático de Derecho Administrativo participa en una obra colectiva, que sin embargo, tiene una innegable unidad de estilo con el resto de los comentarios del ilustre autor.

El libro que comentamos tiene dos partes entrecruzadas aunque perfectamente definidas: La primera es el comentario sistemático y artículo por artículo de los de la Ley 30/1992 objeto de reforma por la Ley 4/1999; y la segunda se basa en el análisis general que los autores, y en especial el propio GONZÁLEZ PÉREZ, realizan de la trayectoria de nuestro procedimiento administrativo.

El comentario de los preceptos tiene una enorme utilidad, incorporando jurisprudencia reciente y soluciones prácticas de los grandes problemas que la Ley 30/1992 ha producido y la Ley 4/1999 trata de solucionar.

El segundo de los contenidos, esto es, la crítica razonada de las sucesivas reformas de nuestro procedimiento administrativo «común», constituye unas deliciosas páginas de facilísima lectura, no solamente por el humor que destilan (así por ejemplo la disposición transitoria primera es titulada «de como se llevó a cabo la adecuación de procedimientos que preveía la Ley 30/1992 y de lo que resultó de tan increíble peripecia») ni por la ágil y amena lectura que permiten, sino sobre todo por el inteligente y sugerente contenido que manifiestan.

En definitiva, un libro muy recomendable tanto por la utilidad de su contenido como por su carácter formativo.

Administración de Justicia

Inicio de un estudio de la calidad de los servicios en la Administración de Justicia. V.V.A.A. N.º 3, págs. 9 y ss.

Contratación administrativa**ÍNDICE ACUMULADO**

El contrato administrativo en las oficinas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal. MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ y EDUARDO MELERO ALONSO. N.º 1, págs. 137 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de 11 de enero de 1999 acerca del esarrollo de la Comisión Europea sobre determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones de las licitaciones llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid. N.º 7, págs. 271 y ss.

Informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Hacienda de 30 de marzo de 1999 en relación con el carácter básico o no del apartado tercero del artículo 68 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas introducido por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. N.º 2, págs. 291 y ss.

Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. En este número.

Derecho administrativo general

Telecomunicaciones y Comunidades Autónomas. SALVADOR VICTORIA BOLAÑOS. N.º 1, págs. 103 y ss.

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 GUERRA. N.º 1, págs. 189 y ss.

Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española. VALERIO TORRES CORRAL. N.º 3, págs. 169 y ss.

COMENTARIOS A LA LEY 4/1999 DE 13 DE ENERO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 30/1992

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO y JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS Ed. Civitas. Madrid: 1999 (690 páginas).

Los comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ constituyeron un clásico de la literatura española durante una larga etapa de nuestra historia jurídica, situación que fue sucedida por los comentarios que el lustrero y prolífico autor dedicó a la ahora reformada Ley 30/1992.

En la obra que examinamos, el catedrático de Derecho Administrativo participa en una obra colectiva, que sin embargo, tiene una innegable unidad de estilo con el resto de los autores.

El libro que examinamos tiene dos partes bien diferenciadas aunque perfectamente delimitadas. La primera es el comentario sistemático y artículo por artículo de los de la Ley 30/1992 objeto de reforma por la Ley 4/1999, y la segunda se basa en el análisis general que los autores, y en especial el propio GONZÁLEZ PÉREZ, realizan de la trayectoria de nuestro procedimiento administrativo.

El comentario de los preceptos tiene una enorme utilidad, incorporando jurisprudencia reciente y soluciones prácticas de los grandes problemas que la Ley 30/1992 ha producido y la Ley 4/1999 trata de solucionar.

El segundo de los contenidos, esto es, la crítica razonada de las sucesivas reformas de nuestro procedimiento administrativo «común», constituye unas deliciosas páginas de facilísima lectura, no solamente por el humor que destilan (así por ejemplo la disposición transitoria primera es titulada «de cómo se llevó a cabo la adecuación de procedimientos que traveja la Ley 30/1992 y de lo que resultó de tan increíble peripecia») ni por la ágil y amena lectura que permiten, sino sobre todo por el inteligente y sugerente contenido que manifiestan.

En definitiva, un libro muy recomendable tanto por la utilidad de su contenido como por su carácter formativo.

Algunas reflexiones sobre aspectos sustantivos de la legislación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. LUCIANO PAREJO ALONSO. N.º 1, págs. 1 y ss.

Principios generales y relaciones entre las Administraciones Públicas. FRANCISCO DEL RÍO MUÑOZ. N.º 1, págs. 1 y ss.

Administración de Justicia

Inicio de un estudio de la calidad de los servicios en la Administración de Justicia. V.V.A.A. N.º 3, págs. 9 y ss.

Contratación administrativa

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. N.º 1, págs. 137 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de 11 de enero de 1999 acerca del escrito de la Comisión Europea sobre determinados criterios de adjudicación incluidos en los pliegos de condiciones de las licitaciones llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid. N.º 2, págs. 271 y ss.

Informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Hacienda de 30 de marzo de 1999 en relación con carácter básico o no del apartado tercero del artículo 68 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas introducido por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. N.º 2, págs. 291 y ss.

Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. En este número.

Derecho administrativo general

Telecomunicaciones y Comunidades Autónomas. SALVADOR VICTORIA BOLÍVAR. N.º 1, págs. 103 y ss.

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. N.º 1, págs. 169 y ss.

Control de la actividad administrativa: discrecionalidad técnica y motivación: apuntes a partir de la reciente jurisprudencia española. VALENTÍN THURY CORNEJO. N.º 3, págs. 109 y ss.

Algunas reflexiones sobre aspectos generales de la modificación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. LUCIANO PAREJO ALFONSO. N.º 4.

Principios generales y relaciones entre las Administraciones Públicas. FRANCISCO DEL RÍO MUÑOZ. N.º 4.

La obligación de resolver y los efectos de su incumplimiento: el silencio administrativo. MANUEL RIVERO GONZÁLEZ. N.º 4.

La reforma del procedimiento administrativo. JUAN MIGUEL MASSIGOGUE BENEGIU. N.º 4.

La revisión de los actos administrativos por las Administraciones Públicas en la nueva Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. JOSÉ LUIS SÁNCHEZ GIL. N.º 4.

La función consultiva en las Comunidades Autónomas. Salvador VICTORIA BOLÍVAR. N.º 4.

Ley 8/1999, de 9 de abril, de adecuación de la normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley estatal 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. N.º 4.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 25 de enero de 1999, sobre el anteproyecto de Ley de adecuación a la Ley estatal 4/1999, de modificación de la Ley de las Administraciones Públicas. N.º 4.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 17 de junio de 1999, sobre el borrador de Convenio de Colaboración en materia de medio ambiente y reciclado entre la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional, la Consejería de Economía y Empleo y la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. En este número.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 7 de julio de 1999, sobre el proyecto de reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad de Madrid. En este número.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 9 de septiembre de 1999, sobre la presentación de una reclamación en relación con el cambio de denominación de un municipio. En este número.

Derecho constitucional y estatutario

Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, modificado por Ley Orgánica de 7 de julio de 1998. N.º 1, págs. 179 y ss.

Tratamiento automatizado y protección de datos en la Administración Pública. JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS. N.º 1, págs. 9 y ss.

Resolución de la consulta elevada a la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre la propuesta de acuerdo de cooperación científica con el Centro Nacional de Investigación Científica de Francia. N.º 3, págs. 205 y ss.

Ámbito material reservado a la Ley Orgánica y su consideración como norma de atribución competencial (a propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio). JOAQUÍN MESEGUER YEBRA. En este número.

Sobre la funcionalización del derecho de propiedad. JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS. En este número.

Derecho del Trabajo

Jurisprudencia Social. RICARDO MORÓN PRIETO. N.º 1, págs. 159 y ss, y este número.

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. N.º 1, págs. 137 y ss.

Derecho financiero y tributario

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre la repercusión del impuesto sobre el valor añadido, de 17 de septiembre de 1998. N.º 1, págs. 231 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de septiembre de 1999, sobre la aplicación del impuesto del valor añadido a la adquisición de una máquina rotativa por el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. En este número.

Función pública

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. N.º 1, págs. 223 y ss.

Informe de la Dirección General los Servicios Jurídicos, de 30 de junio de 1999, acerca las calificaciones otorgadas en determinadas pruebas selectivas de 150 plazas de la Policía Municipal del Ayuntamiento de Madrid. En este número.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: cuestiones no resueltas. EDUARDO CALVO ROJAS. N.º 2, págs. 11 y ss.

Ámbito y objeto del recurso contencioso-administrativo. FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. N.º 2, págs. 31 y ss.

Control jurisdiccional de la inactividad y de la vía de hecho. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. N.º 2, págs. 49 y ss.

Principales innovaciones en materia de órganos, competencia y procedimiento. FERNANDO IRURZUN MONTORO. N.º 2, págs. 67 y ss.

Las partes en el proceso contencioso-administrativo. SALVADOR VICTORIA BOLÍVAR. N.º 2, págs. 91 y ss.

Los recursos de apelación y casación en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. JOSÉ ANTONIO DOMÍNGUEZ LUIS. N.º 2, págs. 113 y ss.

Las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. JUAN JOSÉ TORRES FERNÁNDEZ. N.º 2, págs. 147 y ss.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998. N.º 2, págs. 165 y ss.

Instrucción 6/1999, de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre diversas cuestiones que plantea la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. N.º 2, págs. 261 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de junio de 1999, sobre la solicitud de autorización de entrada en domicilios. En este número.

Responsabilidad patrimonial de la Administración

La modificación del régimen de la responsabilidad de la Administración por la Ley 4/1999. FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. N.º 4.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 8 de junio de 1999, sobre ciertos Decretos del Gerente Municipal de Urbanismo por los que se ordena la reparación de diversos inmuebles. En este número.

Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid

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. N.º 1, págs. 211 y ss.

Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. N.º 3, págs. 155 y ss.

Instrucción sobre la actuación consultiva y contenciosa de los Letrados de la Comunidad de Madrid. N.º 3, págs. 167 y ss.

Urbanismo

La expropiación forzosa en la Ley del Suelo y Valoraciones. FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. N.º 1, págs. 59 y ss.

Informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de 9 de marzo de 1999 en relación con la regulación actual y posible normativa que pudiera adoptar la Comunidad de Madrid para evitar la recalificación del suelo quemado en urbanizable de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. N.º 2, págs. 285 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre la posible impugnación de ciertos acuerdos del Jurado Territorial de Expropiación. N.º 3, págs. 181 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre el informe desfavorable a la revisión del plan general de ordenación urbana de San Sebastián de los Reyes formulado por el Ministerio de Fomento. N.º 3, págs. 191 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 14 de junio de 1999, en relación con la posible impugnación de dos acuerdos del Excmo. Ayuntamiento de Madrid por los que se modifica el plan general de dicha localidad. En este número.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de 8 de junio de 1999 sobre el cumplimiento por los juzgados de la Ley 150 de 1995 de la separación de poderes. Madrid, en este número número.

Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid

Jurisdicción Contencioso-Administrativa
Proyecto de Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el día 11 de mayo de 1998. N.º 1, págs. 217 y ss. págs. 217 y ss. N.º 2, págs. 217 y ss. N.º 3, págs. 217 y ss.

Las Ordenaciones de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. N.º 3, págs. 155 y ss. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. N.º 2, págs. 155 y ss.

La labor de la jurisdicción contencioso-administrativa en la Comunidad de Madrid. N.º 3, págs. 107 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ. N.º 2, págs. 107 y ss.

Principales innovaciones en materia de órganos, competencia y procedimiento. FERNÁNDEZ IBURZON MONTORO. N.º 2, págs. 47 y ss.

Urbanismo

La explotación forestal en la Ley del Suelo y Valoraciones. LÓPEZ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. N.º 1, págs. 59 y ss. BOJIVAR. N.º 2, págs. 59 y ss.

Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de 2 de mayo de 1999 en relación con la regulación actual y posible normativa que pudiera adoptar la Comunidad de Madrid para evitar la recalificación del suelo urbano en urbanizable de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. N.º 2, págs. 225 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre la posibilidad de impugnación de ciertos acuerdos del Jurado Territorial de Expropiación. N.º 3, págs. 181 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre el informe destacable a la revisión del plan general de ordenación urbanística de San Sebastián de los Reyes formulado por el Ministerio de Fomento. N.º 2, págs. 191 y ss.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de 14 de junio de 1999 en relación con la posible impugnación de los acuerdos del Ayuntamiento de Madrid por los que se modifica el plan general de ordenación urbanística. En este número.

Responsabilidad patrimonial de la Administración

La modificación de la responsabilidad de la Administración por la Ley 4/1999. FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO. N.º 4.

