

# **LEGISLACIÓN DE CRISIS Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS**

**Actas de las XVI Jornadas de  
Estudio del Gabinete Jurídico de la  
Junta de Andalucía**

**Sevilla, 20 y 21 de noviembre de 2014**



Instituto Andaluz de Administración Pública  
**CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**



**LEGISLACIÓN DE CRISIS Y SU INCIDENCIA  
EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS**

**Actas de las XVI Jornadas de  
Estudio del Gabinete Jurídico de la  
Junta de Andalucía**

Sevilla, 20 y 21 de noviembre de 2014

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEVILLA - 2015



**LEGISLACIÓN DE CRISIS Y SU INCIDENCIA  
EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS**

**Actas de las XVI Jornadas de  
Estudio del Gabinete Jurídico de la  
Junta de Andalucía**

Sevilla, 20 y 21 de noviembre de 2014

**Coordinador:**

**Antonio L. Faya Barrio**

Andalucía. Junta. Gabinete Jurídico. Jornadas de Estudios (16ª. 2014. Sevilla)  
Legislación de crisis y su incidencia en el Estado de las Autonomías: Actas de las XVI  
Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía: Sevilla, 20 y 21 de  
noviembre de 2014 / [coordinación: Antonio L. Faya Barrio]. – Sevilla: Instituto Andaluz de  
Administración Pública, 2015.—444 p. ; 24 cm

Índice

Bibliografía: p. 429-444

D. L. SE 1990-2015

ISBN 978-84-8333-653-3

1. Economía regional – Derecho. 2. Gestión Presupuestaria. 3. Crisis económica –  
Derecho. 4. Administración autonómica. I. Faya Barrio, Antonio L. (coord.) II. Instituto  
Andaluz de Administración Pública

332.1.055.3(460): 006.354

351.82(460)

353.9(460)

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O  
PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR  
DEL COPYRIGHT

TÍTULO: LEGISLACIÓN DE CRISIS Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS.  
ACTAS DE LAS XVI JORNADAS DE ESTUDIO DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE  
ANDALUCÍA

COORDINACIÓN: ANTONIO L. FAYA BARRIO

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias  
de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño y Producción: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L.

laletradigital.com

ISBN 978-84-8333-653-3

Depósito Legal: SE 1990-2015

## PRESENTACIÓN

La presente publicación es fruto del proceso de análisis y reflexión realizado en el seno de las XVI Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, que bajo la denominación “*Legislación de crisis y su incidencia en el Estado de las Autonomías*” se celebraron en Sevilla, en el aulario del Instituto Andaluz de Administración Pública, en noviembre de 2014.

De acuerdo con las competencias atribuidas para la consecución de sus fines en relación con el estudio, investigación y difusión de las materias que afecten a la Administración Pública, el Instituto atendió la propuesta formulada por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, participando en la financiación, organización y desarrollo de esta actividad prestigiada y con un largo recorrido, que por diversas circunstancias no se había celebrado en los últimos años, asumiendo entre otros, el compromiso de la edición de las ponencias y conclusiones obtenidas.

El enjundioso Programa planteado, destacable por su máxima actualidad y el prestigio de los expertos del ámbito universitario, judicial y de las Administraciones Públicas participantes, ha permitido abordar el debate de cuestiones de gran calado e impacto no sólo desde el estricto punto de vista jurídico sino también incidir en un análisis audaz de los efectos socioeconómicos e incluso sobre el modelo organizativo y territorial de nuestro país, aportando una visión innovadora e integradora de una realidad jurídica compleja resultante de la legislación dictada en el contexto de la crisis económico-financiera iniciada en 2008, partiendo de la reforma constitucional de 2011.

Las magníficas ponencias de los profesores de Derecho Constitucional Don Manuel Medina Guerrero, Catedrático de la Universidad de Sevilla y Don Eliseo Aja Fernández, Catedrático de la Universidad de Barcelona, así como las diversas comunicaciones presentadas a las mismas, concitarán sin duda el interés de quienes pretendan profundizar en el análisis de este momento histórico con intención de desentrañar las claves de las reformas y medidas adoptadas con el objetivo de superar la profunda crisis que ha afec-

tado al conjunto de Estados europeos pero con mayor dureza a los Estados de la periferia, como es el caso del Reino de España.

Asimismo las diversas materias estudiadas en las cuatro Mesas redondas, en su aparente heterogeneidad se configuran bajo el común denominador de su importancia en cuanto al impacto sobre la ciudadanía. A destacar igualmente la presencia de especialistas de reconocido prestigio de distintos ámbitos del Derecho así como el interés de las comunicaciones presentadas.

El Instituto Andaluz de Administración Pública confía en que esta publicación sirva para la difusión del conocimiento sobre las actuaciones de las Administraciones Públicas y como consecuencia contribuya a la mejora de las personas a las que sirven.

JOSÉ MARÍA SÁNCHEZ BURSÓN

*Director del Instituto Andaluz de Administración Pública*

## ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO .....	21
ÍNDICE DE AUTORES .....	25
ABREVIATURAS .....	27

### **I. LEGISLACIÓN DE CRISIS: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, LÍMITES Y EFECTOS SOBRE LOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS**

#### PRIMERA PONENCIA

<b>LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. SU ALCANCE Y LÍMITES .....</b>	<b>37</b>
Por Manuel Medina Guerrero	

<b>I. El origen de la reforma del artículo 135 CE .....</b>	<b>37</b>
<b>II. ¿Qué grado de disciplina fiscal es constitucionalmente exigible desde la incorporación del principio de estabilidad presupuestaria? .....</b>	<b>40</b>
1. La remisión al Derecho de la Unión Europea: La constitucionalización de los límites de déficit y deuda establecidos por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. La singularidad del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria .....	40
2. La habilitación al legislador orgánico para endurecer el límite de déficit impuesto por la Unión Europea .....	42
3. El margen de maniobra del legislador orgánico para concretar los supuestos excepcionales que permiten eludir los límites de déficit y deuda .....	43

<b>III. ¿Permite el reformado artículo 135 CE al Estado ampliar o intensificar sus instrumentos de control sobre las Comunidades Autónomas?</b>	
<b>¿Hasta dónde puede hacerlo?</b> .....	44
1. La habilitación para adoptar medidas coercitivas en caso de incumplimiento de la disciplina fiscal .....	44
2. Los supuestos dudosos: las competencias normativas sobre los tributos cedidos; las facultades de la comisión de expertos .....	48
<b>IV. ¿Puede expandir el legislador orgánico el ámbito de la disciplina fiscal al desarrollar el principio constitucional de estabilidad presupuestaria?</b> ...	51
1. La denominada “regla de gasto” .....	51
2. La incorporación de la “deuda comercial” al sistema de disciplina fiscal .....	53

## COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONENCIA

<b>ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRIORIDAD DEL PAGO DE LA DEUDA PÚBLICA</b> .....	59
Por José María Castro Pascual	

<b>I. El nuevo artículo 135.3 de la Constitución</b> .....	59
<b>II. La proclamación del principio en el texto constitucional resultante de la reforma</b> .....	61
1. Significado de la expresión .....	61
2. Alcance de la expresión .....	62
<b>III. El escaso desarrollo del principio en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera</b> .....	64
<b>IV. Incidencia del principio en la legislación ordinaria vigente</b> .....	66
1. Ley General Presupuestaria .....	67
2. Legislación aplicable a las Administraciones locales .....	67
3. Balance provisional de la nueva prelación de pagos .....	68
<b>V. Excurso sobre la intervención del Estado sobre las Comunidades Autónomas y su posible incidencia en el principio de prioridad absoluta en el pago de la deuda pública</b> .....	69
<b>VI. Consideraciones finales</b> .....	71

<b>EL IMPACTO DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO UNIVERSITARIO ¿EN PRO DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA?</b> .....	73
Por M. <sup>a</sup> Dolores Rego Blanco	
<b>I. Planteamiento</b> .....	74
<b>II. Estabilidad presupuestaria y empleo público universitario</b> .....	75
1. La incidencia sobre el gasto de personal .....	76
2. La incidencia sobre la oferta pública de empleo .....	77
<b>III. Las causas de las disfunciones de las medidas de estabilidad presupuestaria en el ámbito universitario</b> .....	79
<b>IV. La repercusión de la legislación anticrisis en la autonomía universitaria</b> ...	82
<b>V. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla</b> .....	84
<b>VI. Conclusiones</b> .....	87

## SEGUNDA PONENCIA

<b>LA CONTROVERSIAS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS EFECTOS DE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO EN LAS LEYES AUTONÓMICAS</b> .....	89
Por Eliseo Aja Fernández	
<b>I. Planteamiento</b> .....	89
<b>II. El contexto de la controversia</b> .....	93
<b>III. La consolidación de las dos posiciones</b> .....	97
<b>IV. Los argumentos de las dos posiciones</b> .....	100
1. La posición del TC: inconstitucionalidad sobrevenida y nulidad .....	100
2. La posición del TS: cláusula de prevalencia y desplazamiento de las leyes autonómicas contrarias a la legislación básica posterior .....	102
<b>V. Conclusión ¿cómo resolver el problema?</b> .....	105
1. ¿Un debate sobre ventajas e inconvenientes? .....	106
2. Una interpretación de la Constitución .....	107
3. La dificultad de una solución diferente a la actual sin reforma de la Constitución .....	108

## COMUNICACIONES A LA SEGUNDA PONENCIA

### **CONSIDERACIONES ACERCA DE LA REFORMA OPERADA POR LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO, DE REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS, EN MATERIA DE CONDICIONES BÁSICAS DE LA IGUALDAD REGULADAS EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008, DE 20 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO ... 111**

Por Juan José González López

<b>I. Introducción</b> .....	111
<b>II. Análisis de las modificaciones</b> .....	113
<b>III. Conclusiones</b> .....	118

## **II. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS EN EL MODELO DE ESTADO**

MESA REDONDA PRIMERA. AFECCIÓN A LA POSICIÓN  
INSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### **LA SUPRESIÓN DE ÓRGANOS AUTONÓMICOS EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA** ..... 121 |

Por José Antonio Montilla Martos

<b>I. Planteamiento</b> .....	121
<b>II. La propuesta de supresión de órganos autonómicos</b> .....	122
1. La crisis económica y la reforma constitucional del artículo 135 CE .....	122
2. Su incidencia en la organización institucional autonómica .....	124
<b>III. Razones de fondo y de forma para rechazar la supresión de órganos autonómicos</b> .....	126
1. El rechazo a la forma en que se plantea la supresión de órganos autonómicos ..	126
2. El rechazo a la propuesta de supresión de órganos autonómicos por razones de fondo .....	128
<b>IV. Conclusiones</b> .....	137

## MESA REDONDA SEGUNDA. LA REFORMA LOCAL

<b>LA REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL: LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES</b> .....	139
Por Concepción Barrero Rodríguez	
<b>I. Introducción</b> .....	140
<b>II. El punto de partida: las competencias de los municipios en la Ley de 1985</b> .....	141
<b>III. Las competencias municipales en la LRSAL</b> .....	143
1. La alteración sustancial del modelo de 1985 en el origen de la reforma. Su modificación en el curso de la elaboración y tramitación de la Ley .....	143
2. Las competencias de los Municipios en la LBRL tras la reforma de 2013 .....	148
2.1. El mantenimiento de la clasificación establecida en la Ley de 1985 a pesar de las importantes reformas introducidas .....	148
2.2. Los servicios municipales del artículo 26. Las dudas planteadas por la nueva regulación .....	149
a) La modificación en los servicios de prestación obligatoria .....	149
b) La función de coordinación atribuida a las Diputaciones sobre los servicios de los Municipios de menos de 20.000 habitantes .....	150
c) El mantenimiento de los servicios por los Municipios. El “coste efectivo” de los servicios públicos .....	153
d) Valoración final. ¿Respeto el artículo 26.2 la autonomía local y las competencias autonómicas sobre el régimen local? .....	154
2.3. Las competencias del artículo 25 de la LBRL .....	156
a) La modificación de los ámbitos materiales del apartado 2.º .....	157
b) Las materias establecidas en el artículo 25.2 ¿Constituyen una lista cerrada? .....	159
c) Los nuevos requisitos para la atribución de competencias propias .....	166
2.4. Las competencias delegadas .....	167
2.5. Las competencias distintas de las propias y de las delegadas .....	168
a) Identificación y condiciones para su ejercicio .....	168
b) Las competencias existentes a la entrada en vigor de la Ley .....	172
<b>IV. Algunas consideraciones finales</b> .....	175

<b>LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y LA REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL EN LA LEY 37/2013, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (LRSAL)</b> .....	179
Por Luis Enrique Flores Domínguez	
<b>I. Los modos de gestión de los servicios públicos locales</b> .....	180
1. El largo proceso hacia la unificación de los modos de gestión de los servicios públicos locales .....	180
2. Los modos de gestión de los servicios públicos locales en el Ordenamiento Jurídico de Andalucía .....	183
2.1. La Ley de Autonomía Local de Andalucía .....	184
2.2. La extraña regulación de las sociedades cooperativas andaluzas como prestadoras de servicios públicos locales .....	188
3. La gestión de los servicios públicos locales en la LRSAL .....	191
3.1. Regulación normativa .....	191
3.2. La reducción de la discrecionalidad en la elección de las formas de gestión .....	193
3.3. Una puntualización respecto de la sociedad mercantil íntegramente de titularidad pública .....	197
3.4. La nueva regulación de la iniciativa pública local .....	198
<b>II. La reordenación del sector público local</b> .....	200
1. La necesidad de racionalización del sector público .....	200
2. La estabilidad presupuestaria, un nuevo objetivo para las Administraciones Públicas .....	202
3. Medidas coyunturales forzosamente racionalizadoras: los planes de ajuste y los planes de equilibrio financiero .....	205
4. Medidas de racionalización contempladas en la LRSAL .....	206
4.1. Consideraciones generales .....	206
4.2. Las medidas concretas de redimensionamiento de la disposición adicional novena LRSAL .....	207
4.3. Algunas cuestiones en relación con la aplicación de las medidas de redimensionamiento .....	211
4.4. Otras medidas para racionalizar el gasto del sector público local .....	212

## COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA SEGUNDA

**LA FINANCIACIÓN DE LOS MUNICIPIOS TURÍSTICOS DENTRO DE LA LEY REGULADORA DE HACIENDAS LOCALES, EL DECRETO 70/2006, DE 21 DE MARZO Y LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL** ..... 215

Por Gonzalo Cabrera Sáenz de Cabezón

- I. El artículo 125 de la Ley Reguladora de Haciendas Locales ..... 215
- II. El Decreto 158/2012, de 28 de mayo, de Municipio Turístico, modificado por Decreto 70/2006, de 21 de marzo ..... 217
- III. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y la Financiación de los Municipios ..... 220
- IV. Postura del Parlamento de Andalucía aprobando las resoluciones consecuencia de la comunicación del Consejo de Gobierno, 9-14/CCG-000001, sobre el Estado de la Comunidad ..... 223
- V. Comunicación a la Mesa Redonda Segunda ..... 223

**LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA SOBRE EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LOS MUNICIPIOS** ..... 225

Por Francisco Toscano Gil

- I. La estabilidad presupuestaria como justificación de la reforma del régimen de atribución de competencias a los municipios ..... 225
- II. Las competencias propias ..... 229
  - 1. La nueva configuración del artículo 25.2 LBRL ..... 229
  - 2. Los requisitos para la determinación de competencias municipales propias .... 231
- III. Las competencias delegadas ..... 233
  - 1. La regulación de la delegación de competencias común a todas las entidades locales ..... 233
  - 2. La regulación de la delegación de competencias a los municipios ..... 234
    - 2.1. Fines y requisitos de la delegación ..... 234
    - 2.2. Objeto de la delegación ..... 236
    - 2.3. Garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas ..... 236
    - 2.4. Ejercicio y control de la delegación ..... 237
    - 2.5. Revocación o renuncia a la delegación ..... 238
- IV. Las competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación ..... 239

<b>LA REFORMA LOCAL EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES: LA COMPETENCIA DE PREVENCIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL EN MATERIA DE MENORES</b> .....	243
Por José María Gómez-Calero Valdés	

<b>I. Planteamiento</b> .....	243
<b>II. El concepto de servicio social en nuestra legislación actual</b> .....	244
<b>III. Los programas de tratamiento a familias con menores</b> .....	245
<b>IV. La competencia en materia de prevención y reinserción social de menores: competencia autonómica o municipal</b> .....	247
<b>V. Los servicios sociales en la LRSAL</b> .....	253
<b>VI. Especial referencia al Decreto-Ley 7/2014, de medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL</b> .....	255

### **III. INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS EN LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS CIUDADANOS**

#### **MESA REDONDA TERCERA. UNIDAD DE MERCADO**

<b>LOS NUEVOS CAUCES PROCEDIMENTALES EN LA DEFENSA DE LA UNIDAD DE MERCADO: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO (Texto de la conferencia impartida en las XVI Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía)</b> .....	263
Por José Antonio Montero Fernández	

<b>I. Reformulación del modelo social y jurídico</b> .....	263
<b>II. La proyección del cambio en el orden jurídico español</b> .....	264
<b>III. La modificación constitucional indirecta</b> .....	266
<b>IV. La imposición del Derecho europeo</b> .....	267
<b>V. La Ley 20/2013: al paio del Derecho europeo</b> .....	268
<b>VI. Las garantías procedimentales</b> .....	269

**COMUNICACIÓN SOBRE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE,  
DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO** ..... 271

Por Mónica Ortiz Sánchez

<b>I. Introducción</b> .....	271
<b>II. Estructura de la norma</b> .....	273
<b>III. Garantía al libre establecimiento y circulación</b> .....	276
<b>IV. Principio de eficacia territorial de las normas</b> .....	278
<b>V. Competencias del Estado para dictar esta norma</b> .....	279
<b>VI. Las leyes de armonización: una posibilidad poco explorada</b> .....	290
<b>VII. Conclusiones</b> .....	293

**COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA TERCERA**

**LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO, LIBERTAD DE HORARIOS Y  
FISCALIDAD EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS** ..... 295

Por Carlos García de la Rosa

<b>I. Planteamiento general: las reformas legislativas del Estado para la unidad de mercado</b> .....	295
<b>II. Libertad de establecimiento y horarios comerciales</b> .....	298
<b>III. Libertad de establecimiento y fiscalidad en las Comunidades Autónomas</b> ...	305

**LEGISLACIÓN DE CRISIS Y DERECHO PENAL** ..... 311

Por José Manuel Delgado Utrera

<b>I. Justificación</b> .....	311
<b>II. Qué es la legislación de crisis</b> .....	311
<b>III. Legislación de crisis y derecho penal</b> .....	312
<b>IV. Legislación de crisis y delito fiscal</b> .....	315
1. El nuevo tipo agravado .....	316
2. El tipo privilegiado .....	317
3. La nueva regularización .....	318
4. La continuación del procedimiento tributario .....	323
<b>V. Conclusión</b> .....	325

## MESA REDONDA CUARTA. ENERGÍA Y MEDIO AMBIENTE

<b>INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS EN LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS CIUDADANOS. ENERGÍA Y MEDIO AMBIENTE</b> .....	327
Por Rosa Elena Martínez Díaz	

<b>I. Consideración preliminar</b> .....	327
<b>II. Primer hito</b> .....	335
<b>III. Segundo hito</b> .....	337
<b>IV. Tercer hito</b> .....	361
<b>V. Cuarto hito</b> .....	365
<b>VI. Quinto hito</b> .....	366

<b>¿CANTAREMOS TAMBIÉN “FRACKING USA”? EL FRACKING, UN DILEMA EN LA CRISIS COMO DESAFÍO PARA EL DERECHO AMBIENTAL</b> .....	369
Por Jesús Jordano Fraga	

<b>I. El impacto del <i>fracking</i> en el medio ambiente y en las fuentes energéticas</b> .	369
<b>II. La legislación <i>anti-fracking</i>. El fracking ante el Tribunal Constitucional</b> ..	372
1. La legislación <i>anti-fracking</i> en Europa y en la legislación autonómica .....	372
2. El <i>fracking</i> ante el Tribunal constitucional .....	375
3. <i>Status quaestionis</i> del <i>fracking</i> en la legislación ambiental estatal y de la Comunidad Autónoma de Andalucía .....	381
<b>III. Perspectivas: recogiendo el guante verde arrojado por el Tribunal Constitucional a las Comunidades Autónomas</b> .....	385

## COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA CUARTA

<b>BREVE ESTUDIO DE PRINCIPALES ASPECTOS DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA</b> .....	393
Por Luisa Wic Galván	

<b>I. La eficiencia energética: concepto</b> .....	395
<b>II. La eficiencia energética: ventajas</b> .....	396
<b>III. Eficiencia energética: transversalidad</b> .....	397
<b>IV. La eficiencia energética y el transporte</b> .....	401

<b>V. La eficiencia energética e industria. Las auditorías energéticas, los sistemas de gestión y los certificados energéticos</b> .....	404
<b>VI. La eficiencia y la edificación</b> .....	409
<b>VII. La eficiencia y la Administración Pública</b> .....	414
<b>VIII. Conclusiones</b> .....	417

<b>LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS SOBRE LAS ENERGÍAS RENOVABLES</b> .....	419
Por Roberto Galán Vioque	

<b>I. Introducción</b> .....	419
<b>II. La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables</b> .....	420
<b>III. La apuesta de la Unión Europea por las energías renovables</b> .....	422
<b>IV. El impacto de las medidas anticrisis sobre el régimen jurídico de las energías renovables</b> .....	423
1. La centralización en el Estado de competencias en materia de energías renovables .....	423
2. Las medidas de recorte aplicadas al sistema español de apoyo a las energías renovables .....	426

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	429
---------------------------	-----



## PRÓLOGO

**Jesús Jiménez López**

*Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*

Es para mí un honor presentar las XVI Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Su título, “Legislación de Crisis y su Incidencia en el Estado de las Autonomías”.

Como saben, este año retomamos las Jornadas del Gabinete Jurídico tras un periodo breve de descanso.-Este tiempo nos permite, precisamente, mirar atrás y apreciar el valor del conocimiento que se ha acumulado en las quince Jornadas anteriores. No tiene sentido **repasarlas todas**, pero si recordar aquellas cuyo objeto puede servir de antecedente, de precedente, de análisis de vicisitudes que se vinculan en parte al objeto de estas Jornadas. Cuestiones sustantivas y adjetivas en la estructura territorial del Estado.

En el año 1996, las Jornadas del Gabinete Jurídico trataron sobre “La Jurisdicción Ordinaria y la Distribución de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”; en el año 1997, “La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos en el Marco de la Estructura Territorial del Estado”; en el año 1999, “El Estado Autónomo en la Comunidad Europea”; en el año 2001, “Desarrollo del Principio de Colaboración en el Estado de las Autonomías”; en el año 2005, “La Reforma de los Estatutos de las Comunidades Autónomas”, siendo este el último en el que se analizó en profundidad el Título VIII de la Constitución Española. En el año 2006, se analizó “La Administración Pública en el Siglo XXI”.

En estos dos días, estudiaremos, debatiremos y aprenderemos sobre la propuesta de un nuevo modelo territorial **del Estado** surgida de las medidas adoptadas en el marco o con fundamento en la situación económica actual.

Es cierto que esta situación económica obliga a adoptar **ahora** medidas que quizás debimos estudiar como parte de una evolución natural en los medios e instrumentos de los que disponen los poderes públicos para la realización de los intereses generales sujetos a su tutela, sujetos a su cuidado. **Siendo esto así**, la denominada *crisis* al menos nos podría hacer un país más eficiente, con instrumentos y herramientas de intervención más afinadas, sin cuestionar ahora, por no ser nuestro trabajo, el posible establecimiento de prioridades de interés general **de acuerdo con los recursos disponibles**. Esa actividad, de priorización, está sujeta a responsabilidad política fundamentalmente, **a la que podemos responder, en su caso**, como ciudadanos.

En este contexto, uno de los elementos sujetos a revisión, de manera directa o indirecta, ha sido la estructura territorial del Estado. Las Jornadas pretenden analizar el impacto de la legislación de crisis en nuestro modelo de organización territorial del poder.

En una primera sesión, analizaremos la legislación de crisis, su fundamento constitucional, sus límites y efectos sobre los ordenamientos autonómicos. Se expondrá, en la ponencia, la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, su alcance y límites, siendo ponente el Profesor D. Manuel Medina Guerrero, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. **A continuación, el Profesor D. Eliseo Aja, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, nos expondrá “Los efectos de la legislación de crisis en los ordenamientos autonómicos”**. No se nos escapa, a modo de ejemplo, la relevancia que puede tener la reforma de la legislación básica sobre la legislación autonómica de desarrollo precedente.

Por la tarde, analizaremos la incidencia de la legislación de crisis en el modelo de Estado, su proyección sobre el **Título VIII** de la Constitución Española. **En este** caso trabajaremos en un formato de mesa redonda y el objeto de su estudio será la afección a la posición institucional de las Comunidades Autónomas, con la intervención del Profesor D. José Antonio Montilla Martos, Catedrático **de Derecho Constitucional** de la Universidad de Granada, y del Profesor D. Tomás de la Cuadra Salcedo, **Catedrático de Derecho Administrativo** de la Universidad Carlos III de Madrid.

A continuación, **debatiremos** sobre la reforma local con la intervención de la Profesora Doña Concepción Barrero Rodríguez, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla, y de Don Luis Enrique Flores, Secretario General del Ayuntamiento de Sevilla.

La segunda jornada, mañana, analizaremos la incidencia de la legislación de crisis en los derechos y libertades de los ciudadanos. Las mesas redondas tendrán por objeto, en primero lugar, la unidad de mercado, con la intervención de Don José Antonio

Montero Fernández, Magistrado del Tribunal Supremo, y de Mónica Ortiz Sánchez, Letrada Jefa del Área de Asuntos Consultivos del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Por último, finalizaremos las Jornadas con la mesa redonda denominada *Energía y Medio ambiente* en la que participaran Rosa Elena Martínez Díaz, Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, y el Profesor D. Jesús Jordano Fraga, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla.

De una forma sencilla, recurrente, y sobre todo nada original, la palabra crisis encuentra, o se anuda, se relaciona, con la palabra oportunidad. Nuestra preocupación debe ser saber hacia dónde vamos o si permitiremos la construcción de un modelo desdibujado por la simple acumulación de medidas o decisiones que sólo tengan una base coyuntural. Expresiones como *necesidad de actuación, adecuada gestión de los cambios, se hacen actuales*.

En este foro, en estas Jornadas, hay un magnífico espacio de debate científico, y **en él participarán** la Universidad, la Magistratura, las Administraciones Públicas, las Instituciones Autonómicas y Consejos Consultivos. Se encuentran también presentes los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas de Canarias, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Galicia, la Rioja, Navarra, País Vasco y Valencia.

El trabajo y las aportaciones de los ponentes, de los participantes de las mesas redondas, de los moderadores, de quienes han presentado comunicaciones y de los asistentes contribuirán al debate y, **en definitiva, a que estas Jornadas cumplan su cometido**.



## ÍNDICE DE AUTORES

### **Coordinador**

**Antonio L. Faya Barrio**

Letrado de la Junta de Andalucía

### **Índice alfabético de autores**

**Eliseo Aja Fernández**

Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Barcelona

**Concepción Barrero Rodríguez**

Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

**Gonzalo Cabrera Sáenz de Cabezón**

Cuerpo Superior de Administradores de la Junta de Andalucía

**José María Castro Pascual**

Letrado de la Junta de Andalucía

**José Manuel Delgado Utrera**

Cuerpo Superior de Administradores.

Letrado en el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

**Luis Enrique Flores Domínguez**

Secretario General Excmo. Ayuntamiento de Sevilla

**Roberto Galán Vioque**

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

**Carlos García de la Rosa**

Magistrado Sala de lo Contencioso-Administrativo en Málaga.  
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

**José María Gómez-Calero Valdés**

Letrado de la Junta de Andalucía

**Juan José González López**

Letrado de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

**Jesús Jordano Fraga**

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

**Rosa Elena Martínez Díaz**

Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias

**Manuel Medina Guerrero**

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla

**José Antonio Montilla Martos**

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

**Mónica Ortiz Sánchez**

Letrada de la Junta de Andalucía

**María Dolores Rego Blanco**

Profesora de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

**Francisco Toscano Gil**

Profesor de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

**Luisa Wic Galván**

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

## ABREVIATURAS

A. (AA.)	Auto(s)
Admón.	Administración
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ap. (aps.)	apartado (apartados)
apd.	apéndice
art. (arts.)	artículo (artículos)
As.	Asunto
AT	Audiencia Territorial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATJCE	Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
ATPICE	Auto del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto de Tribunal Superior de Justicia
AUE	Acta Única Europea
BCE	Banco Central Europeo
BEI	Banco Europeo de Inversiones
BERD	Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
<i>BOP</i>	<i>Boletín Oficial de la Provincia</i>
<i>BORME</i>	<i>Boletín Oficial del Registro Mercantil</i>
Cap. (Caps.)	Capítulo (Capítulos)
CC	Código Civil
CA	Comunidad Autónoma
CCAA	Comunidades Autónomas
CCEE	Comunidades Europeas
Ccom	Código de Comercio
cdo.(s)	considerando(s)
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero

CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CES	Comité Económico y Social
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cir.	Circular
Comp.	Compilación
Cont.-adm.	Contencioso-administrativo
Conv.	Convenio
Coop.	Cooperativa(s)
CP	Código Penal
CPM	Código Penal Militar
D. (DD.)	Decreto (Decretos)
Dec.	Decisión
DG	Dirección General
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
Disp.	Disposición
Disp. Adic.	Disposición Adicional
Disp. Derog.	Disposición Derogatoria
Disp. final	Disposición Final
Disp. Trans.	Disposición Transitoria
DLeg	Decreto Legislativo
DLey	Decreto-Ley
DOCE	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i> , serie “Comunicaciones e Informaciones”
EA	Estatuto de Autonomía
EAA	Estatuto de Autonomía de Andalucía
EEAA	Estatutos de Autonomía
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EEE	Espacio Económico Europeo
ej.	por ejemplo
ep.	epígrafe
ET	Estatuto de los Trabajadores
Euratom	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FJ	Fundamento jurídico
FFJJ	Fundamentos jurídicos
FD	Fundamento de Derecho
FED	Fondo Europeo de Desarrollo
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional

FEOGA	Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola
FMI	Fondo Monetario Internacional
FSE	Fondo Social Europeo
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
IIVTNU	Impuesto sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
INE	Instituto Nacional de Estadística
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
INSERSO	Instituto Nacional de Servicios Sociales
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IPC	Índice de Precios al Consumo
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ISyD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
ITPyAJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
IVTM	Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica
JCA	Jurisdicción contencioso-administrativa
JS	Juzgado de lo Social
LA	Ley de Aguas
LAIE	Ley de Agrupaciones de Interés Económico
LAJA	Ley de Administración de la Junta de Andalucía
LAR	Ley de Arrendamientos Rústicos
Larb	Ley de Arbitraje
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos
LAUE	Ley de Asociaciones y Uniones de Empresas
LB	Ley de Bases
LBRL	Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local
LC	Ley de Costas
LCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LCCH	Ley Cambiaria y del Cheque
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LCoop	Ley de Cooperativas
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LDC	Ley de Defensa de la Competencia

LDGC	Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes
LDYPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LES	Ley de Economía Sostenible
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEF	Ley de Expropiación Forzosa
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGP	Ley General Presupuestaria
LGPu	Ley General de Publicidad
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley General Tributaria
LH	Ley Hipotecaria
LHL	Ley de Haciendas Locales
LHMPSD	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LITPyAJD	Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LISyD	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LM	Ley de Marcas
LMH	Ley del Mercado Hipotecario
LMV	Ley del Mercado de Valores
LO	Ley Orgánica
LOCJ	Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales
LOFCA	Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LOSP	Ley de Ordenación del Seguro Privado
LOSSP	Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
LOT	Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones
LOTc	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTcN	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

LPH	Ley de Propiedad Horizontal
LPHE	Ley del Patrimonio Histórico Español
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LPInd	Ley de Propiedad Industrial
LPJDF	Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRSAL	Ley de Racionalización y Sostenimiento de la Administración Local
LRC	Ley del Registro Civil
LRJ-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LRSV	Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones
LS	Ley del Suelo
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSAL	Ley de Sociedades Anónimas Laborales
LSGR	Ley de Sociedades de Garantía Recíproca
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LT	Ley de Telecomunicaciones
LTPP	Ley de Tasas y Precios Públicos
LVBMAP	Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos
O. (OO.)	Orden (Ordenes)
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
OF (OOFF)	Orden Foral (Órdenes Forales)
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM (OOMM)	Orden Ministerial (Órdenes Ministeriales)
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p. (pp.)	página (páginas)
PAC	Política Agrícola Común
párr.	párrafo
PE	Parlamento Europeo
p. ej.	por ejemplo
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PGE	Presupuestos Generales del Estado
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
Prot.	Protocolo
Prov.	Providencia
PYME	Pequeña y mediana empresa

RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RD	Real Decreto
RDLeY	Real Decreto-Ley
Reg. Civ.	Registro Civil
Regl.	Reglamento
Res.	Resolución
S. (SS.)	Sentencia (Sentencias)
SA	Sociedad Anónima
SAD	Sociedad Anónima Deportiva
SAL	Sociedad Anónima Laboral
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SC	Sociedad Colectiva
SCIJ	Sentencia de la Corte Internacional de Justicia
SCom	Sociedad Comanditaria
SCompA	Sociedad Comanditaria por Acciones
SCoop	Sociedad Cooperativa
SCP	Sociedad Civil Particular
SE	Sociedad Europea
Secc.	Sección
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
SL	Sociedad Limitada
SME	Sistema Monetario Europeo
SS	Seguridad Social
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
STCT (SSTCT)	Sentencia(s) del Tribunal Central de Trabajo
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STPICE	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
TA	Texto Articulado
TC	Tribunal Constitucional
TCCE	Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCEEA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica

TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEAF	Tribunal Económico-Administrativo Foral
TEAP	Tribunal Económico-Administrativo Provincial
TEAR	Tribunal Económico-Administrativo Regional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
Tít.	Título
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPICE	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TR	Texto Refundido
TRLCAP	Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
TRLS	Texto Refundido de la Ley del Suelo
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal(es) Superior(es) de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UEM	Unión Económica y Monetaria
v.	véase



# **I.**

## **LEGISLACIÓN DE CRISIS: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, LÍMITES Y EFECTOS SOBRE LOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS**



## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA. SU ALCANCE Y LÍMITES

**Manuel Medina Guerrero**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. EL ORIGEN DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 CE. II. ¿QUÉ GRADO DE DISCIPLINA FISCAL ES CONSTITUCIONALMENTE EXIGIBLE DESDE LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA? 1. La remisión al Derecho de la Unión Europea: La constitucionalización de los límites de déficit y deuda establecidos por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. La singularidad del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria. 2. La habilitación al legislador orgánico para endurecer el límite de déficit impuesto por la Unión Europea. 3. El margen de maniobra del legislador orgánico para concretar los supuestos excepcionales que permiten eludir los límites de déficit y deuda. III. ¿PERMITE EL REFORMADO ARTÍCULO 135 CE AL ESTADO AMPLIAR O INTENSIFICAR SUS INSTRUMENTOS DE CONTROL SOBRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS? ¿HASTA DÓNDE PUEDE HACERLO? 1. La habilitación para adoptar medidas coercitivas en caso de incumplimiento de la disciplina fiscal. 2. Los supuestos dudosos: las competencias normativas sobre los tributos cedidos; las facultades de la comisión de expertos. IV. ¿PUEDE EXPANDIR EL LEGISLADOR ORGÁNICO EL ÁMBITO DE LA DISCIPLINA FISCAL AL DESARROLLAR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA? 1. La denominada “regla de gasto”. 2. La incorporación de la “deuda comercial” al sistema de disciplina fiscal.

### I. EL ORIGEN DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 CE

Como es bien conocido, el origen último de la reforma radica en la crisis económico-financiera que se hizo visible a fines de 2008, pues provocó que adquiriesen unas dimensiones especialmente graves el incumplimiento de las reglas de disciplina fiscal establecidas por la Unión Europea (límites de déficit y deuda pública).

Se trataba, por tanto, con la reforma de asumir constitucionalmente el compromiso de que el Reino de España satisfaría las exigencias de disciplina presupuestaria impuestas en última instancia desde Bruselas; y hacerlo, además, de tal modo que ese compromiso constitucional resultara creíble para los mercados financieros. De hecho, no ha de soslayarse que la sorprendente utilización del procedimiento de urgencia y lectura única seguido para la tramitación de la reforma obedeció a la presión de algunos de nuestros principales socios europeos, que consideraban necesario adoptar medidas urgentemente a fin de eludir el riesgo de default; un riesgo cierto dado que –a la vista del crecimiento vertiginoso de la prima de riesgo– entonces parecía inminente el cierre de los mercados financieros para España. El nuevo artículo 135 CE solo puede entenderse, por tanto, en este contexto de emergencia financiera; que a su vez explica el llamativo reconocimiento constitucional de prioridad absoluta del pago de la deuda pública frente a cualquier otro compromiso de gasto.

Pero es que, además, no puede soslayarse que se ha asistido –se está aún asistiendo– en el seno de la Unión Europea a una nítida tendencia a la centralización o al incremento de la integración en materia de disciplina presupuestaria para la superación de la crisis. El “Pacto por el Europlus”, aprobado por el Consejo Europeo de 24 y 25 de marzo de 2011, apuntaba la conveniencia de avanzar en el saneamiento presupuestario de los Estados miembros y reforzar la gobernanza económica, y entre otras cuestiones anunciaba un paquete de propuestas legislativas destinadas a reformar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. El compromiso asumido por los Estados en dicho Pacto de incorporar las disposiciones presupuestarias del PEC a una norma interna dotada de “un carácter vinculante y duradero suficientemente sólido”, que permitiese además asegurar la disciplina fiscal tanto en el nivel central como subcentral, sería pues el detonante de la reforma constitucional del artículo 135 CE (septiembre 2011). Y poco después, en noviembre de 2011, se aprobaría las reformas normativas anunciadas en el Consejo de marzo: El denominado “Six Pack” –integrado por cinco Reglamentos y una Directiva que, entre otros aspectos, ha modificado sustancialmente el Pacto de Estabilidad y Crecimiento– ha supuesto sin duda el paso más firme dado por Europa hacia la integración de la gobernanza económica desde la puesta marcha de la unión monetaria. Entre otras cosas, esta reforma ha conllevado el establecimiento de un sistema de alerta temprana para el reconocimiento de desequilibrios macroeconómicos, ha intensificado la coordinación de las políticas fiscales al imponer a los Estados miembros obligaciones más precisas para alcanzar los objetivos presupuestarios, ha potenciado el papel de la Comisión en el procedimiento de supervisión, y, en fin, ha entrañado un reforzamiento sustancial del sistema de sanciones contra los Estados miembros en caso de incurrir en déficits excesivos o en incumplimiento de los objetivos macroeconómicos. Y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (“Pacto fiscal”), firmado por veinticinco de los veintisiete

Estados miembros de la Unión el 2 de marzo de 2012, no ha venido sino a dar otra vuelta de tuerca en ese proceso de integración de las políticas presupuestarias.

No obstante, cualquiera que fuese el verdadero motor impulsor de la reforma constitucional, lo cierto es que se presentó como una oportunidad para garantizar el cumplimiento de los compromisos financieros adquiridos con Bruselas por parte de todos los niveles de gobierno; una cuestión que, hasta entonces, había distado de estar plenamente asegurada en la práctica. Así es; la versión inicial de la Constitución renunció a establecer ninguna restricción material en materia de endeudamiento, limitándose prácticamente a recoger, y en relación con el nivel central de gobierno, la reserva de ley en materia crediticia y a consagrar el principio de inclusión presupuestaria automática de los créditos destinados al pago de la deuda (artículo 135 CE). Un artículo, en fin, que no supuso ningún impedimento mínimamente serio para el crecimiento de la deuda estatal.

Y por lo que hace a las Comunidades Autónomas, las restricciones iniciales previstas en materia de endeudamiento en la LOFCA no sirvieron para evitar incumplimientos relativamente frecuentes de los objetivos de estabilidad presupuestaria impuestos a las CCAA en el marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (en adelante PEC). Y ello a pesar de que dichos condicionantes fueran reafirmados con ocasión del desarrollo normativo en el ámbito interno de dicho Pacto, que asimismo fortaleció la función coordinadora del endeudamiento del Consejo de Política Fiscal y Financiera (en adelante, CPFF). De hecho, únicamente alguna de las restricciones relativas a sus operaciones de crédito tenía directamente por único objetivo preservar el equilibrio financiero autonómico, a saber, la exigencia de que el importe total de la amortización, por capital e intereses, no exceda del 25% de los ingresos autonómicos [artículo 14.2.b) LOFCA]. Puesto que las restantes limitaciones, si bien obviamente pueden traducirse en la práctica en una restricción del endeudamiento, en realidad persiguen otras finalidades específicas. Así, la necesidad de autorización estatal para concertar operaciones de crédito en el extranjero y apelar al crédito público (artículo 14.3 LOFCA) se explicaba, respectivamente, por el temor a la pérdida de recaudación por el IRPF y el mayor riesgo que entraña concertar créditos en moneda extranjera; mientras que la –tradicional– condición de que el crédito se destine a gastos de inversión [artículo 14.2.a) LOFCA] realmente está al servicio de la equidad intergeneracional. La normativa que desarrolló el PEC el año 2001, que incluyó la pertinente reforma del artículo 14.3 LOFCA, trajo la importante novedad de ampliar la necesidad de autorización estatal para cualquier modalidad de deuda autonómica “cuando de la información suministrada por las Comunidades Autónomas se constate el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria”; así como la de fortalecer la posición del CPFF en punto a la coordinación del endeudamiento, atribuyéndosela la función de repartir el déficit entre las CCAA. Sin embargo, la reforma de la normativa de

estabilidad presupuestaria acometida el año 2006, lejos de suponer una mejora en el procedimiento de supervisión, entrañó un retroceso en la práctica. De un lado, se dio mayor peso al bilateralismo en la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria para cada Comunidad Autónoma; permitió a las CCAA un déficit permanente para financiar inversiones, incluso en periodos de crecimiento de la economía por encima de su potencial y, en fin, abrió la posibilidad de que el gobierno central eximiera de presentar un plan de reequilibrio a “determinadas” CCAA incumplidoras, tomando en consideración la evolución real de la economía en comparación con la inicialmente prevista. En suma, el nuevo marco normativo configurado el año 2006 entrañó una cierta relajación del sistema de disciplina presupuestaria. La plena aplicación efectiva de este nuevo régimen jurídico, que se produjo el año 2008, vendría a coincidir con el comienzo de la crisis económica, con los resultados ya conocidos.

Ahora bien, importa destacar que la reforma del artículo 135 CE no se limita a reproducir las exigencias de disciplina presupuestaria impuestas por la Unión Europea; ni tampoco viene a dejar intangible el juego de las relaciones entre Estado y CCAA que hasta entonces se habían articulado en torno al cumplimiento de la disciplina fiscal, fundamentado esencialmente en las competencias estatales del artículo 149.1.11, 13 y 14 CE (STC 134/2011). Veamos ambos aspectos por separado.

## **II. ¿QUÉ GRADO DE DISCIPLINA FISCAL ES CONSTITUCIONALMENTE EXIGIBLE DESDE LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA?**

### **1. La remisión al Derecho de la Unión Europea: La constitucionalización de los límites de déficit y deuda establecidos por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. La singularidad del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria.**

Habida cuenta de que el principal motivo impulsor de la reforma fue llevar a la Constitución de forma expresa el compromiso de satisfacer la disciplina fiscal exigida por la Unión Europea a sus Estados miembros, no ha de causar extrañeza que se imponga ahora como una exigencia constitucional lo que decida el Derecho europeo en relación con los dos grandes criterios que conforman el sistema de estabilidad desde el Tratado de Maastricht: que el déficit público y la deuda pública se mantengan dentro de los valores de referencia fijados por la Unión. “El Estado y las Comunidades Autónomas –establece el artículo 135.2 CE en su

primer párrafo— no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros”. Mientras que, por su parte, el tercer párrafo del artículo 135.3 CE dispone: “El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Así, pues, los límites presupuestarios europeos adquieren por estos reenvíos rango constitucional. Se trata, por lo demás, inequívocamente de remisiones dinámicas, de tal suerte que dicha restricción constitucional sólo existirá si y en la medida en que la Unión Europea decida en el futuro seguir estableciendo límites de este tipo a la política fiscal de sus Estados miembros. Elevados, así, los límites de déficit y deuda que determine fijar en cada momento la Unión Europea a rango constitucional, es obvio que el Derecho europeo pasa a operar como parámetro de constitucionalidad de las leyes.

Debe notarse, por otro lado, que la disciplina presupuestaria fijada en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (3% y 60% del PIB como límites de déficit y deuda) ha sido reforzada en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Europea (el denominado “Pacto Fiscal”). Así es; tal y como establece en su artículo 3.1, “las Partes Contratantes aplicarán, además de sus obligaciones en virtud del Derecho de la Unión Europea, y sin perjuicio de ellas, las normas establecidas en el presente apartado: a) la situación presupuestaria de las Administraciones Públicas de cada Parte Contratante será de equilibrio o de superávit”. Regla del equilibrio presupuestario que, no obstante, “se considerará respetada si el saldo estructural anual de las Administraciones Públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5% del producto interior bruto a precios de mercado”; aunque podrá alcanzarse un déficit estructural máximo del 1% del PIB “cuando la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado esté muy por debajo del 60% y los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas sean bajos” [artículo 3.1.b) y d)].

Sucede, sin embargo, que este “Pacto Fiscal”, pese a sus múltiples puntos de conexión e interrelación con la Unión Europea tanto en el plano normativo como institucional, no es estrictamente Derecho europeo originario, sino que su naturaleza jurídica es la de un “mero” acuerdo internacional. Por consiguiente, los nuevos compromisos asumidos por España en el Pacto Fiscal no tienen rango constitucional, habida cuenta de que queda extramuros de la norma de remisión del primer párrafo del artículo 135.2 CE.

## 2. La habilitación al legislador orgánico para endurecer el límite de déficit impuesto por la Unión Europea.

En consecuencia, cuál sea el principio “constitucional” de estabilidad presupuestaria es una cuestión que corresponde determinar en línea de principio a la Unión Europea. Pero sólo en línea de principio, pues las grandes novedades de la reforma respecto del anterior marco normativo residen, de una parte, en que la Constitución sí impone directa e inmediatamente un concreto límite de déficit para un específico nivel de gobierno y, de otro lado, que habilita explícitamente al poder central para endurecer los límites de déficit de los restantes. “Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario” (artículo 135.2, párrafo segundo). Dentro del marco establecido por la normativa europea, podrán moverse con entera libertad los actores políticos en la fijación del déficit permitido al Estado y a las CCAA; la bondad de su decisión será, obviamente, susceptible de ser valorada desde la perspectiva de las ciencias económicas, pero jurídicamente irrevisable: el juez constitucional no está llamado a ejercer de árbitro entre las diferentes concepciones doctrinales que puedan entrar en pugna en este terreno. Y, obviamente, nada se opone a que el legislador orgánico fije el déficit cero para el Estado y las CCAA y, por tanto, extienda también a ellos el principio de equilibrio presupuestario, pues en esta tarea no tiene otro condicionante que la prohibición de superar “los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea” (artículo 135.2, primer párrafo).

Y, de hecho, la norma que ha desarrollado el artículo 135 CE, a saber, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, entiende por “estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural” (artículo 3.2). Aunque, “en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de las Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior” (artículo 11.2).

Haciendo un balance desde la óptica del Derecho Comparado, cabe afirmar que nuestra reforma no impone como regla general el principio de equilibrio presupuestario (salvo para los entes locales), aunque sí habilita que se adopte la misma por parte del legislador orgánico. Sea como fuere, se trata de una regla constitucional más flexible que la prevista para la Federación en la reforma constitucional suiza de 2001 y en la reforma alemana de 2009, pues ambas Constituciones se inclinan esencialmente por el equilibrio presupuestario, si bien la Ley Fundamental de Bonn autoriza al Bund —que no a los Länder— a tener un déficit del 0,35 por ciento del PIB nominal (artículo 109.3.4.<sup>a</sup> frase y artículo 1152.2.<sup>a</sup> frase).

### **3. El margen de maniobra del legislador orgánico para concretar los supuestos excepcionales que permiten eludir los límites de déficit y deuda.**

Al igual que se hiciera en Alemania pocos años atrás al modificar la Ley Fundamental de Bonn, también nuestra reforma prevé supuestos excepcionales en que resulta factible superar los límites fiscales establecidos con carácter general. En efecto, el artículo 109.3.2.<sup>a</sup> frase de la Ley Fundamental dispone al respecto: “La Federación y los Länder podrán establecer... una normativa de excepción para el supuesto de catástrofes naturales o de situaciones de emergencia extraordinarias que escapen al control del Estado y que tengan un considerable impacto negativo sobre las finanzas públicas”. La Constitución alemana habilita, pues, a ambos niveles de gobierno para que concreten tales supuestos excepcionales, aunque impone al Bund la necesidad de contar con la mayoría absoluta del Bundestag para ello (artículo 115.2.6.<sup>a</sup> frase).

Nuestra reforma constitucional ha seguido muy de cerca el precedente alemán, salvo en lo relativo a la atribución a las CCAA de facultades normativas al respecto, toda vez que el legislador orgánico monopoliza la regulación de “los supuestos excepcionales de superación” de los límites de déficit y deuda [artículo 135.5.a)]. Pero en lo restante es clara su influencia: “Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública –dice el artículo 135.4 CE– sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciados por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados”. Pocos problemas parece plantear la interpretación del primero de tales supuestos excepcionales (“catástrofes naturales”), toda vez que algún auxilio hermenéutico puede proporcionar el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, Reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, siempre y cuando se excluyan de las “alteraciones graves de la normalidad” allí enumeradas las causadas por la intervención humana, las cuales deberían, en su caso, reconducirse a través del segundo supuesto excepcional.

Mayores dificultades encierra determinar el supuesto “situaciones de emergencia”, al que, en principio, parecen aplicables los reproches que se han dirigido al supuesto parejo de la Constitución alemana, a saber, que no ofrece unos criterios jurídicos firmes que permitan limitar el supuesto en cuestión, de tal suerte que se presenta como una cláusula de apertura que hace ciertamente difícil que se produzca un eficaz control jurisdiccional. Estas consideraciones hechas por la doctrina alemana sobre la justiciabilidad del último supuesto –decía– son perfectamente extensibles, mutatis mutandis, a nuestras “situaciones de emergencia”, e incluso cabría afirmar que lo son con tanto mayor motivo, puesto que la delimitación del artículo 135.4 CE es aún más abierta: la situación de emergencia que permite sobrepasar los límites de déficit o deuda no es sólo aquella que perjudique considerablemente las finanzas públicas

del Estado, sino también –y esto es absolutamente novedoso– la que perjudique su “sostenibilidad económica y social”. Se trata de una verdadera cláusula de escape que hace prácticamente irrevisable la decisión que adopte la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a menos –claro está– que el legislador orgánico decida concretizar su alcance perfilando sus contornos. Sin embargo, éste no ha hecho el menor esfuerzo por precisar el sentido de tales supuestos excepcionales, ya que prácticamente se ha atenido a reproducir, sin introducir ninguna innovación relevante, dicha disposición constitucional.

Especialmente relevante puede ser en la práctica la posibilidad de que se sobrepasen los límites de déficit estructural y deuda en el caso de “recesión económica”. En efecto, cuando la fase descendente del ciclo económico excede el umbral de la normalidad, desembocando en una recesión, puede justificarse una deliberada política de incremento de gasto orientada a la superación de esta situación. Ésta es la hipótesis en la que puede entrar en juego la excepción que nos ocupa. Por consiguiente, merced a este supuesto excepcional, es posible realizar políticas anticíclicas al modo keynesiano: más allá del límite que se establezca sobre el déficit estructural, podrá recurrirse a políticas discrecionales destinadas a reactivar la economía, impulsando el gasto público al objeto de estimular el empleo y/o reduciendo los impuestos. El mayor déficit resultante de estas políticas anticíclicas quedaría, pues, en principio, amparado por el texto constitucional. Razonablemente, el legislador orgánico ha optado por remitirse a la normativa europea en lo relativo a determinar cuándo nos hallamos en presencia de este supuesto excepcional: “A los efectos anteriores la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea. En cualquier caso, será necesario que se dé una tasa de crecimiento real anual negativa del Producto Interior Bruto, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional” (artículo 11.3, segundo párrafo de la Ley Orgánica 2/2012).

### **III. ¿PERMITE EL REFORMADO ARTÍCULO 135 CE AL ESTADO AMPLIAR O INTENSIFICAR SUS INSTRUMENTOS DE CONTROL SOBRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS? ¿HASTA DÓNDE PUEDE HACERLO?**

#### **1. La habilitación para adoptar medidas coercitivas en caso de incumplimiento de la disciplina fiscal.**

Poco antes de que se iniciara el proceso de reforma constitucional, el Tribunal Constitucional ratificaría en su integridad la constitucionalidad de la entonces vigente legislación reguladora de la estabilidad presupuestaria (STC 134/2011), sancionando

así las diversas vías de injerencia estatal en la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas previstas en dicha normativa. No obstante, pese a la existencia de tales interferencias, la legislación objeto de control de constitucionalidad en dicha Sentencia había descartado establecer un verdadero sistema sancionador interno, sustituyendo las posibles penalizaciones (así, por ejemplo, de carácter financiero) por otras fórmulas de control, a saber, el endurecimiento del régimen de autorización de las operaciones de crédito en caso de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, de una parte, y, de otro lado, la elaboración de planes económicos-financieros para corregir las desviaciones, cuya aprobación dependía del Consejo de Política Fiscal y Financiera, que estaba llamado a evaluar su adecuación para encauzar a las CCAA incumplidoras por la senda de la disciplina fiscal. Sin embargo, dicha legislación nada preveía para los supuestos de falta de presentación, no aprobación o incumplimiento de los reiterados planes. El sistema carecía, pues, de una característica considerada como esencial para configurar una regla fiscal verdaderamente eficaz, a saber, contar con un mecanismo de sanciones creíble. De hecho, la Ley General de Estabilidad Presupuestaria de 2001 únicamente hacía una referencia a las sanciones en el ámbito de la Unión Europea; más concretamente, su artículo 11 disponía que los entes que hubiesen colaborado en el incumplimiento de las obligaciones europeas tendrían que asumir “en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal cumplimiento se hubiesen derivado”. La escasa repercusión práctica que estaba llamada a tener esta “declaración formal” en el control presupuestario de las CCAA fue pronto destacado en la doctrina. Es más; el sistema no contemplaba el supuesto de incumplimiento, incluso grave, del objetivo de estabilidad presupuestaria por parte de alguna Comunidad Autónoma que, sin embargo, no conllevara el incumplimiento del compromiso europeo en términos agregados y, por ende, no resultase sancionable en el marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Y lo cierto es que, a la vista del marco constitucional, poco más podía hacer el legislador estatal, en el año 2001, para trasladar al Estado Autonomo la disciplina presupuestaria fijada en el marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento y establecer un sistema que garantizase el cumplimiento de sus respectivos compromisos por parte de las diferentes Administraciones. De una parte, nuestra “vieja” cláusula de apertura del artículo 93 CE –que daba claras muestras de obsolescencia desde el Tratado de Maastricht– difícilmente podía “soportar” una lectura según la cual el Estado pudiera auto-arrogarse amplias potestades sancionadoras al respecto. Y de otro lado –y sobre todo–, cumple recordar que la jurisprudencia constitucional había desechado la tesis –defendida por un relevante sector de la doctrina administrativista– según la cual el Estado ostenta un implícito poder general de supervisión, con posibilidades correctoras, sobre la ejecución de sus leyes por parte de las CCAA. Tesis que, como es bien conocido, se proyectaría al artículo 7 LOAPA, el cual, tras atribuir al Gobierno la capacidad de formular requerimientos, disponía en su segundo apartado que, en el supuesto de ser desatendidos, se procedería, “en su caso”, en los términos del

artículo 155 CE. El recurso previo interpuesto frente a la LOAPA permitiría al TC revisar este artículo 7 y, con ello, fijar jurisprudencialmente, de un modo estable, los límites y las posibilidades de este poder de vigilancia del Estado sobre las CCAA: “El poder de vigilancia no puede colocar a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto de la Administración del Estado”; de tal modo que, si bien el mismo le faculta para “formular los requerimientos procedentes a fin de subsanar las deficiencias en su caso advertidas en la ejecución de la legislación del Estado por las Comunidades Autónomas”, en ningún caso tales requerimientos “tienen carácter vinculante” (STC 76/1983, FJ 12). Dicho lo anterior, no puede dejar de apuntarse que el Tribunal Constitucional ya había declarado con anterioridad que el sistema de controles Estado/CCAA no se agota con los establecidos en la Constitución, “sino que ha de ser completado con aquellos que puedan definir los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas” (STC 6/1982, FJ 7.º). Se abría así, en relación con las materias reservadas al legislador orgánico, la posibilidad de ampliar el arsenal de controles estatales previstos en la Constitución y en los Estatutos.

Pues bien, parece evidente que la reforma constitucional ha abierto nuevos horizontes en lo atinente a la articulación de estas relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas. Con independencia de que la misma fundamentalmente obedeciese a las presiones de determinados gobiernos europeos a fin de amortiguar las tensiones de los mercados financieros, lo cierto es que la virtualidad real del nuevo artículo 135 CE va mucho más allá de los pretendidos objetivos de tranquilizar a los mercados y de satisfacer las demandas de algunos de los socios europeos: permite cubrir algunas omisiones constitucionales que dificultaban que las instancias centrales de gobierno estuvieran en condiciones de imponer el cumplimiento efectivo de la disciplina fiscal a todas las Administraciones. Esto explica la amplitud con que se configura la materia reservada al legislador orgánico. Tras encomendar genéricamente a éste la tarea de desarrollar “los principios a que se refiere este artículo”, el artículo 135.5 CE precisa los específicos ámbitos materiales que, “en todo caso, regulará” la Ley Orgánica, entre los que se encuentra “la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro [los límites de déficit y deuda] pudieran producirse” (a), y “la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria” (c). Reserva material a la que hay que sumar la prevista en el segundo apartado de la disposición adicional única de la Ley de Reforma, que insiste en la satisfacción del requisito relativo al volumen de deuda pública: “Dicha Ley contemplará los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el artículo 135.3 de la Constitución Española”.

Así pues, ahora, tras la reforma, el Estado cuenta con una explícita base constitucional que le permite operar al respecto, que además se ve acompañado del recordatorio también en el plano constitucional de que las CCAA deben proceder a la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria (artículo 135.6 CE). Pues,

en efecto, la referencia a las CCAA que se hace en el mencionado artículo 135.6 CE, una vez que los párrafos precedentes han apoderado ampliamente al legislador orgánico para concretizar los principios constitucionales, antes que como una atribución o reconocimiento de capacidad de actuación creadora en la materia, opera como el recordatorio de una obligación: “Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias”. Lo cierto es que, dado que la europeización de nuestro bloque de la constitucionalidad se había producido en la última hornada de reformas estatutarias, ya algunos Estatutos ya habían asumido expresamente el principio de estabilidad presupuestaria. Pero ya se presente dicha referencia como un límite a la autonomía de gasto [artículo 175.2.h) del Estatuto andaluz], ya aparezca bajo la forma de una competencia autonómica para establecer los límites y condiciones relativos a los objetivos de estabilidad presupuestaria (artículos 214 y 136 de los Estatutos catalán y balear, respectivamente), siempre se apunta la necesaria sujeción de las Comunidades Autónomas a la normativa estatal.

En resumidas cuentas, la reforma constitucional sienta las bases para la ampliación del catálogo de las medidas (necesariamente restrictivas de la autonomía financiera) que puede adoptar el Estado en orden a garantizar el cumplimiento de los límites de déficit y deuda. Pues, en efecto, por más que su objetivo último fuese constitucionalizar las restricciones presupuestarias asumidas en el marco de la Unión Europea, dista mucho nuestro nuevo artículo 135 CE de ser una pura reiteración de las mismas. Más allá de la imposición constitucional de los límites europeos de déficit y deuda en los preceptos reseñados –que, en cuanto normas de remisión dinámica, variarán en función de los cambios de la normativa europea–, en lo restante queda un ancho margen de concreción y desarrollo a la normativa infraconstitucional. Aunque obviamente no se trata de un cheque en blanco concedido al legislador orgánico, de tal suerte que las decisiones que puedan adoptarse han de conciliarse necesariamente con las garantías constitucionales y estatutarias que protegen a la autonomía financiera (a la autonomía a secas) de que gozan las Comunidades Autónomas. Será preciso, pues, examinar en cada caso qué concreto impacto producen las correspondientes medidas restrictivas en el núcleo duro de la autonomía protegido directamente por el bloque de la constitucionalidad.

Y lo cierto es que basta con su lectura superficial para constatar que el legislador orgánico ha aprovechado hasta las heces la oportunidad que le brindaba la generosa habilitación constitucional. Así es; la Ley Orgánica 2/2012 ha pergeñado un arsenal de instrumentos de control a favor del poder central que, tanto por su intensidad como por su extensión, carece de parangón en los países descentralizados de nuestro entorno. Si en el anterior marco normativo regulador de la estabilidad presupuestaria el sistema se detenía en los planes económico-financieros, en el vigente se identifican

diferentes “medidas coercitivas” que entrarán en juego ante la falta de presentación, rechazo o incumplimiento de tales planes. Con independencia de que más adelante profundicemos en las más polémicas, bástenos por ahora con enumerar sintéticamente dichas medidas. De entrada, dicha Ley Orgánica exige que, en el plazo de quince días desde que se produzca el incumplimiento, la correspondiente Administración apruebe la no disponibilidad de créditos y la correspondiente retención de créditos que “garantice el cumplimiento del objetivo establecido” [artículo 25.1.a)]. Por otra parte, recoge diversas sanciones financieras en línea con las tradicionales ya conocidas en la normativa europea [artículo 25.1.b)]: la Comunidad Autónoma incumplidora está obligada a constituir un depósito con intereses en el Banco de España equivalente al 0,2% de su PIB; depósito que será cancelado en el momento en que se adopten medidas que garanticen el cumplimiento de los objetivos. De no ser así, en el transcurso de tres meses el depósito dejará de devengar intereses; y transcurridos otros tres meses sin que se subsanen las deficiencias, se “podrá acordar que el depósito se convertirá en multa coercitiva”. Asimismo, la Ley Orgánica 2/2012 modifica el régimen de cesión de tributos previsto en la LOFCA, ya que ahora se dispone que las competencias normativas autonómicas sobre los impuestos cedidos pasarán al Estado [artículo 25.1.a) última línea]. El siguiente paso en el sistema de control/sanción contenido en el Capítulo IV de la Ley Orgánica 2/2012 consiste en el envío por parte del Gobierno de “una comisión de expertos para valorar la situación económico-presupuestaria de la Administración afectada” (artículo 25.2); comisión que deberá hacer una propuesta de medidas con el alcance que veremos más adelante. Y, finalmente, el círculo de las medidas coercitivas previstas en relación con las CCAA se cierra con la institución de la coacción federal ex artículo 155 CE (artículo 26 LOEP).

## **2. Los supuestos dudosos: las competencias normativas sobre los tributos cedidos; las facultades de la comisión de expertos.**

Como adelantaba, dos de esas medidas son las que suscitan mayores dudas en torno a su adecuación al bloque de la constitucionalidad. La primera de ellas se regula del siguiente modo en la última frase del artículo 25.1.a) de la Ley Orgánica 2/2012: “Asimismo, cuando resulte necesario para dar cumplimiento a los compromisos de consolidación fiscal con la Unión Europea, las competencias normativas que se atribuyan a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos pasarán a ser ejercidas por el Estado”. La lectura de la disposición no deja de producir algunos efectos disonantes. En primer lugar, este desplazamiento de las CCAA de su ámbito competencial resulta cuando menos discordante con un marco jurisprudencial que ha fijado en “la sustitución en la competencia de la Comunidad Autónoma” la línea a partir de la cual deviene inconstitucional la interferencia o intromisión en materia de estabilidad presupuestaria (STC 134/2011, FJ 11). Por otro lado, no puede soslayarse la especialidad de las reglas del reparto de competencias en materia tributaria, cuyo

protagonismo descansa en buena medida en la Ley Orgánica prevista en el artículo 157.3 CE; y ciertamente la LOFCA nada dice acerca de esta posible ocupación de las facultades normativas por el Estado. El artículo 25.1.a) de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria entraña, pues, inequívocamente, una decisión que innova el régimen hasta ahora existente en materia de impuestos cedidos en la LOFCA, por lo que hubiera sido necesario una reforma explícita de la misma. Al fin y al cabo, es concretamente a la Ley Orgánica del artículo 157.3 CE a la que invocan los Estatutos de Autonomía cuando se trata de precisar el régimen jurídico del sistema de financiación en su conjunto y, más específicamente, para acotar el alcance de las competencias autonómicas sobre los impuestos cedidos.

Pero es que, además, se afecta de forma sobrevenida el concreto alcance de la cesión de tributos de que disfrutaban las CCAA. Como es sabido, la cesión efectiva de los impuestos exige el dictado de una específica ley para cada Comunidad Autónoma (artículo 10.2 LOFCA); ley que, por imposición estatutaria, presenta la importante singularidad de que únicamente puede proceder de un proyecto acordado en la correspondiente Comisión Mixta Estado/Comunidad Autónoma (STC 181/1988, FFJJ 3-4). En consecuencia, en el momento de dictarse la Ley Orgánica 2/2012, el alcance de las facultades normativas de las CCAA de régimen común se hallaba delimitado en sus respectivas leyes específicas de cesión (Ley 16/2010 a Ley 30/2010); más concretamente en su artículo 2.2 que, con base en el artículo 150.1 CE y 19.2 LOFCA, se remiten en bloque a la Ley 22/2009, Reguladora del Sistema de Financiación, que obviamente nada dice sobre este nuevo control normativo del Estado. Es, pues, más que dudoso que la habilitación al legislador orgánico ex artículo 135 CE le permita “desmontar” el complejo mecanismo de atribución de competencias normativas sobre los impuestos cedidos, en el que concurren fuentes de muy diversa naturaleza: Estatutos, LOFCA, Ley Marco ex artículo 150.1 CE, Ley Reguladora del Sistema de Financiación y, por último, la Ley específica de Cesión de Origen Pacticio.

En el supuesto de que no se adopten el acuerdo de no disponibilidad de créditos o las medidas normativas en relación con los tributos cedidos a las CCAA, o en el caso de que resultaran insuficientes, “el Gobierno podrá acordar el envío, bajo la dirección del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de una comisión de expertos para valorar la situación económico-presupuestaria de la Administración afectada”; comisión a la que se le atribuyen funciones y facultades nada desdeñables (artículo 25.2). De entrada, “esta comisión podrá solicitar, y la Administración correspondiente estará obligada a facilitar, cualquier dato, información o antecedente respecto de las partidas de ingresos o gastos”. En línea de principio, no es enteramente desconocida en los Estados federales de nuestro entorno la posibilidad de que la Administración Central no sólo pida o requiera desde la distancia información al nivel de gobierno subcentral, sino que pueda obtenerla in situ en el seno de la Administración territorial. Así sucede en Alemania, en donde el artículo 84.3 de la Ley

Fundamental de Bonn contempla expresamente que el Gobierno federal envíe comisionados a los Länder para controlar que éstos ejecuten las leyes federales conforme al derecho vigente, y se entiende generalizadamente que los mismos están dotados de facultades de investigación e inspección, incluyendo el examen de expedientes. Ahora bien, en el caso alemán la regla general es la de la “impermeabilidad” de las administraciones de los Länder, de tal suerte que dicho envío solo es posible en principio en relación con las “más altas autoridades del Land” (nivel gubernamental); la intervención de los comisionados respecto de las “autoridades subordinadas” (otros cargos, funcionarios) se presenta como una pura excepción, pues requiere el consentimiento de las más altas autoridades del Land o, en su defecto, la aprobación del Bundesrat. Por el contrario, los términos del artículo 25.2 de la Ley Orgánica 2/2012 no parecen excluir que la “comisión de expertos” entre directamente en relación con cargos intermedios autonómicos y que el poder de inspección estatal pueda extenderse a los diversos centros o servicios vinculados a la Administración autonómica, propiciando así una intromisión especialmente intensa en la esfera autonómica.

Pero no es éste, ciertamente, el principal problema que plantea la regulación de esta comisión de expertos. Pues, además de estas facultades en materia de información, se le inviste de las siguientes atribuciones: “La comisión deberá presentar una propuesta de medidas y sus conclusiones se harán públicas en una semana. Las medidas propuestas serán de obligado cumplimiento para la Administración incumplidora”. En verdad, resulta más que dudoso que se considere compatible con la autonomía esa atribución prácticamente en blanco a un órgano que parece incardinarse en la estructura jerárquica de la Administración del Estado. Es desde luego un caso excepcional en los Estados federales de nuestro entorno que un “órgano auxiliar” de estas características no se circunscriba a la “función de observación”, ciñéndose en consecuencia al desempeño de tareas informativas e inspectoras, sino que también se le reconozca un verdadero poder decisorio sobre los entes subcentrales supervisados. Así, en Alemania, los comisionados que el Bund puede enviar en el marco de la Bundesaufsicht (artículo 84.3 Ley Fundamental de Bonn) carecen de cualquier “medio de corrección” y, por tanto, no están lógicamente facultados para impartir directrices particulares a los Länder. La razón es obvia: esta facultad entraña una relación de supra y subordinación jurídica que resulta especialmente intrusiva en su autonomía administrativa. Esta capacidad de adoptar libérrimamente decisiones directamente vinculantes para las CCAA resulta tanto más llamativa a la vista de la parquedad con se regula esta “comisión de expertos”, sobre la que la Ley Orgánica 2/2012 nada dice, ni siquiera si ha de estar integrada necesariamente por funcionarios públicos o personal al servicio de la Administración General del Estado. Sea como fuere, lo que sí es evidente es que se trata de un “órgano” de carácter no representativo al que se anuda la potestad de imponer inmediatamente sus decisiones a los gobiernos autonómicos. En resumidas cuentas, resulta sumamente difícil sostener la constitucionalidad del artículo 25.2 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria.

#### **IV. ¿PUEDE EXPANDIR EL LEGISLADOR ORGÁNICO EL ÁMBITO DE LA DISCIPLINA FISCAL AL DESARROLLAR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA?**

##### **1. La denominada “regla de gasto”.**

Como hemos comprobado a lo largo de estas páginas, tal y como queda acotado en el artículo 135 CE, el principio constitucional de estabilidad presupuestaria se proyecta en limitaciones que afectan al déficit y a la deuda pública. Y, sin embargo, la Ley Orgánica 2/2012, junto a estas restricciones, ha incorporado un tercer elemento de “disciplina fiscal” constitucionalmente no previsto de forma expresa, la denominada regla de gasto, según la cual “la variación del gasto computable de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española” (artículo 12.1). Tasa de referencia que debe calcularla el Ministerio de Economía “de acuerdo con la metodología utilizada por la Comisión Europea en aplicación de su normativa” (artículo 12.3). El alcance exacto de esta restricción a la autonomía presupuestaria viene, no obstante, acotado en el artículo 12.4, que prevé que, “cuando se aprueben cambios normativos que supongan aumentos permanentes de la recaudación”, el gasto “podrá aumentar en la cuantía equivalente” durante los años en que se obtenga dicho incremento recaudatorio; por el contrario, si los cambios normativos entrañan una disminución de la recaudación, el gasto “deberá disminuirse en la cuantía equivalente”.

Lo cierto es que la fijación de un tope de gasto no constituye una absoluta novedad en nuestro ordenamiento, aunque sí el hecho de que se imponga a las CCAA. Ya la Ley 18/2001, general de Estabilidad Presupuestaria, había previsto que el acuerdo del Gobierno en donde se fijaba el objetivo de estabilidad presupuestaria de las diferentes Administraciones determinase el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado (artículo 13). E incluso poco antes de que se acometiera la reforma del artículo 135 CE se modificó –a instancias de la Unión Europea– la limitación en un sentido y con un alcance muy próximo al actual y, sobre todo, se extendió el tope de gasto al nivel local de gobierno. En efecto, el Real Decreto-Ley 8/2011, de 11 de julio (convalidado por el Congreso el 14 de julio), vino a reformar el Texto Refundido de la Ley de Estabilidad Presupuestaria al objeto de imponer un techo de gasto –además de la Administración General del Estado– a provincias, municipios capitales de provincia o de Comunidad Autónoma y municipios con población igual o superior a 75.000 habitantes.

Pero –como decía– sí es absolutamente novedoso que se imponga un techo de gasto a las CCAA. Es cuestionable, sin embargo, que el legislador orgánico esté directa-

mente habilitado por el artículo 135 CE para sumar nuevos elementos al sistema de disciplina fiscal autonómico delimitado por el propio texto constitucional, por más que la regla de gasto guarde una clara relación con éste. Que la fijación de topes de gasto facilita el cumplimiento de los límites de déficit y endeudamiento global, es una afirmación constatada empíricamente en la práctica; pero no son conceptos subsumibles o intercambiables, pues va de suyo que la quiebra de la regla de gasto no conlleva necesaria e inescindiblemente la vulneración de los concretos niveles máximos de déficit y deuda impuestos a la Administración incumplidora. En cuanto el artículo 135 CE se circunscribe a fijar estas últimas restricciones fiscales, se hace evidente que el objeto de la reforma constitucional es someter a las diferentes Administraciones Públicas a una determinada relación entre sus ingresos y gastos, pero no operar independientemente en cada uno de ambos polos si dicha relación se respeta. Nada en el principio de estabilidad presupuestaria configurado en la Constitución autoriza a imponer un nivel de gasto predeterminado, ya sea absoluto, ya sea relativo, en función de la evolución del PIB o de cualquier otro término de referencia. En principio, con base exclusivamente en el artículo 135 CE, nada impediría teóricamente al Estado, a las CCAA o a las Entidades locales llevar al cielo su volumen de gasto, siempre y cuando se elevasen a ese nivel (o al nivel del déficit constitucionalmente posible) sus correspondientes ingresos (salvo los procedentes del endeudamiento).

Y si bien es cierto que la regla se ve sustancialmente atemperada por la matización de que el techo de gasto fluctúe en función de la variación de ingresos resultante de “cambios normativos” (artículo 12.4), es obvio que pueden presentarse en la práctica supuestos diferentes de incrementos de ingresos a nivel autonómico y municipal que no permitirían el aumento correspondiente del gasto. Así, en lo que concierne a las CCAA, y dado que el tope de gasto se fija en función de la evolución del PIB a nivel estatal, es obvio que aquellas que experimenten un crecimiento económico superior a la media nacional obtendrán, sin ningún cambio normativo, mayores recursos derivados de sus impuestos cedidos. Y aún más frecuentemente pueden darse estos supuestos a nivel local, pues puede bastar con la implantación de una empresa de alguna relevancia en su ámbito territorial para que se produzca un incremento perceptible de los ingresos tributarios municipales sin que se haya modificado discrecionalmente la presión fiscal. Y en estos concretos casos podría considerarse menoscabada la autonomía financiera de CCAA y Entidades locales, consistente en la determinación del volumen de gasto en sus correspondientes presupuestos, sin un explícito anclaje en el artículo 135 CE.

Dicho sea directamente: la regla de gasto constituye una restricción presupuestaria que, aunque conexas, no forma parte estrictamente de la materia reservada al legislador orgánico por el artículo 135 CE. La atribución de carácter orgánico al artículo 12 que nos ocupa pasa, pues, necesariamente por soslayar la lectura restrictiva con la que debe interpretarse la reserva de Ley Orgánica según constante jurisprudencia.

cia constitucional (últimamente, STC 184/2012, FJ 9.º), y por poner el acento en la conexión –obvia, por lo demás– que existe entre el reiterado techo de gasto y el límite del déficit presupuestario. Contemplado bajo este prisma, se estaría afectando el núcleo duro de la autonomía financiera de las CCAA sin una específica cobertura constitucional, toda vez que esta restricción se configura como un límite autónomo, y por consiguiente exigible a la concreta Administración incumplidora por más que ese “exceso” de gasto no le haga transgredir el tope autorizado de déficit o endeudamiento. Por consiguiente, el incumplimiento de la regla del artículo 12 Ley Orgánica 2/2012 puede conducir, operando individualmente y, por tanto, con independencia de que se respeten o no los límites del déficit y deuda, a la imposición de las mismas medidas y sanciones que en caso de inobservancia de estas últimas.

Así es; en la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria para el conjunto de las Administraciones Públicas y sus diversos integrantes, “se tendrá en cuenta la regla de gasto recogida en el artículo 12 de esta Ley y el saldo estructural alcanzado en el ejercicio inmediato anterior” (artículo 15.2). Y a partir de aquí la observancia de esta regla se integra como un elemento autónomo más en el procedimiento de control protagonizado por el Estado: forma parte, junto al examen de los objetivos de estabilidad y deuda, de los informes que realiza el Ministerio de Hacienda sobre el cumplimiento de los requisitos de la Ley (artículo 17.1 y 3); el Gobierno podrá formular una advertencia sobre el riesgo de incumplimiento, no solo de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, sino también de la regla de gasto (artículo 19.1); su incumplimiento o riesgo de incumplimiento conllevará la exigencia de informe favorable del Ministerio de Hacienda previa a la concesión de subvenciones o la suscripción de convenios entre la Administración Central y la afectada (artículo 20.3); asimismo su incumplimiento –al igual que el de las restricciones sí previstas expresamente en el artículo 135 CE– supondrá necesariamente la elaboración de un plan económico-financiero, en el que lógicamente habrán de incluirse “las causas del incumplimiento del objetivo establecido o, en su caso, del incumplimiento de la regla de gasto” [artículos 21.1 y 21.2.a)]. Y, en fin, en la medida en que el quebrantamiento de la regla de gasto se inserta como un elemento constitutivo más del procedimiento de supervisión, también se van a anudar al mismo las mismas “medidas coercitivas” que las aplicables a los límites de déficit y deuda en caso de que persista su inobservancia.

## **2. La incorporación de la “deuda comercial” al sistema de disciplina fiscal.**

El concepto de “sostenibilidad” ha adquirido carta de naturaleza en los textos constitucionales europeos en los últimos años, hasta el punto de llegar a considerarse que constituye un elemento estructural del moderno Estado constitucional y un integrante de la conciencia de la correspondiente comunidad política (*Ius Commune*

Europaeum). Surgido inicialmente en el ámbito de la protección del medio ambiente, hoy se le considera un concepto que se proyecta en una triple dimensión: además de la dimensión medioambiental, estaría integrado por los pilares social y económico. Y en lo que se refiere a este último, ha sido su dimensión financiera la que ha tenido una mayor presencia a nivel constitucional a raíz de la incorporación de las restricciones presupuestarias y en materia de endeudamiento.

Como ya sabemos, la reforma del artículo 135 CE no ha asumido de forma explícita el concepto de “sostenibilidad”, pues se ha articulado en torno a la más tradicional noción de “estabilidad presupuestaria”, pero desde el momento en que se recogen los límites de déficit y deuda va de suyo su constitucionalización implícita: la “sostenibilidad financiera” será el resultado inescapable de practicar una sana política presupuestaria, que será precisamente aquella que se acomode a las restricciones de déficit y volumen global de endeudamiento.

Para la asunción expresa del concepto en nuestro ordenamiento habrá que esperar a la norma llamada a desarrollar “los principios a que se refiere este artículo” (artículo 135.5 CE), esto es, la ya tantas veces mencionada Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en cuyo artículo 4.2 el principio de sostenibilidad financiera se concebía como “la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública”. Se remitía, por tanto, a las dos tradicionales restricciones presupuestarias del Derecho europeo recientemente constitucionalizadas en el artículo 135, pero de forma gráfica se quiso especialmente vincular este principio con el volumen de deuda pública, al titularse su artículo 13 –regulador de la deuda– precisamente así: “Instrumentación del principio de sostenibilidad financiera”. De hecho, cuando el concepto de “sostenibilidad” empieza a incorporarse a la esfera jurídico-financiera se vincula con la idea de la carga que se traslada a las generaciones futuras de devolver el principal más los intereses de las deudas. Y, lógicamente esta concepción de deuda es de la que parte el artículo 135 CE. Nadie duda de que la redacción inicial del artículo 135 CE se refería a las deudas públicas y, en general, a las operaciones de crédito como fuente de ingresos de la Hacienda, aunque, sin duda, de carácter singular, dada su naturaleza bifronte, al tratarse del único recurso generador de gasto público (devolución del principal más el pago de los intereses). Tras la reforma, parece fuera de discusión que el tercer apartado del artículo 135 CE, al incorporar el límite del volumen de deuda pública en su último párrafo, está refiriéndose a las deudas financieras, como se desprende de la circunstancia de que en el anterior párrafo se haga mención de los “créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública”. Y ésta es la concepción de “deuda pública” de la que se había partido en la Unión Europea al configurar su sistema de disciplina fiscal. Efectivamente, en relación con el Protocolo núm. 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo, donde se definen los familiares límites relativos al déficit y deuda públicos

impuestos por la UE (3% y 60% del PIB, respectivamente), hay coincidencia en señalar que el concepto de “déficit público excesivo” se refiere a déficits financieros.

La reforma de la Ley Orgánica 2/2012 acometida por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público, ha venido a modificar sustancialmente este estado de cosas. Así es, la nueva redacción del artículo 4.2 expande el ámbito de aplicación y el concepto mismo de la sostenibilidad financiera en los siguientes términos: “Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea”. De este modo, “la deuda comercial considerada como el volumen de deuda pendiente de pago a los proveedores de las Administraciones Públicas” (Preámbulo de la Ley Orgánica 9/2013) se incorpora al ámbito de cobertura de la Ley Orgánica 2/2012. Es cierto que esta última no había soslayado la problemática planteada por las deudas comerciales pendientes de pago, pero el tratamiento que le daba su versión originaria era de naturaleza y alcance radicalmente diferentes. Efectivamente, en su redacción inicial, se hace frente a la misma recurriendo exclusivamente a una excepción al principio de “no rescate” (no bail-out), que ahora se entroniza como principio estructural del Estado Autonómico siguiendo el precedente del Derecho europeo originario. Debe recordarse que, con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, el Estado ya había desarrollado un mecanismo de ayuda a los entes locales para hacer frente al pago de proveedores, que en el momento de su entrada en vigor estaba previsto para las deudas anteriores al 1 de enero de 2012. Un mecanismo de financiación que, asimismo antes de la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, se extendería en términos similares a las CCAA, en virtud del Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera; y así se articularía en el Real Decreto-Ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se creó el Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores. En consecuencia, la Ley Orgánica 2/2012 tuvo que prever en su disposición transitoria cuarta una concreta excepción a la prohibición de bail-out: los mecanismos adicionales de financiación –regulados en la disposición adicional primera– que pudiera habilitar el Estado, previa solicitud de las CCAA y las Corporaciones Locales, para que estas hicieran frente a sus obligaciones de pago con sus proveedores anteriores al año 2012. Y, como suele suceder en toda modalidad de rescate financiero, las CCAA que deciden acceder a este Fondo entran en un específico y extraordinario sistema de relaciones intergubernamentales, en el que el gobierno central asume una notable influencia en la toma de decisiones presupuestarias así como relevantes facultades de supervisión y control de la actuación autonómica (entre otras, la exigencia de elaborar un plan de ajuste). Ahora bien, debe repararse en que el Fondo estatal para la Financiación de los Pagos a Proveedores se financia con Deuda Pública, y con cargo al mismo se conciertan operaciones de crédito con las CCAA para abonar sus obligaciones con

los proveedores. Como precisa el artículo 7.3 del Real Decreto-Ley 7/2012: “En todo caso, la disposición de la financiación concedida a las Administraciones territoriales se hará mediante el pago directo a los proveedores, subrogándose el Fondo en los derechos que a dicho proveedor correspondiera frente a dichas Administraciones...”. Así pues, a través de este mecanismo, se opera la transubstanciación de las deudas comerciales en deudas financieras. Por consiguiente, desde el punto de vista de la legitimidad constitucional de las sanciones que puedan imponerse a las CCAA por la morosidad en el pago de los proveedores (incumplimiento del plan de ajuste), podría sostenerse que las mismas se anudan, no al incumplimiento de una deuda comercial, sino de una deuda financiera, conectándose así con el límite de deuda pública regulado en el artículo 135 CE.

Pues bien, con motivo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 9/2013, a diferencia de lo que sucede con el Fondo para el pago a proveedores, en virtud del cual la deuda comercial se convierte en deuda financiera de las CCAA que quieran acceder al mecanismo, ahora la deuda comercial, per se, directamente, pasa a ser un elemento sustantivo del sistema de disciplina fiscal pergeñado por el legislador orgánico. Y así trata de justificar esta lectura expansiva del artículo 135 CE en el Preámbulo:

“Para el sector público, los efectos negativos (de la morosidad superior a los treinta días) se manifiestan especialmente en la afectación a la sostenibilidad financiera, pues, además del sobrecoste que supone pagar tarde con intereses de demora, se genera un mayor compromiso de gasto para un futuro, con su desplazamiento temporal, lo que compromete disponer de recursos futuros. Una mayor morosidad genera mayor deuda comercial; mayor deuda comercial lleva a una menor sostenibilidad financiera, y por ende inestabilidad presupuestaria. De acuerdo con lo expuesto, esta reforma amplía el concepto de deuda pública para mejorar la protección de todos los acreedores. Estos nuevos límites al endeudamiento público, como parte esencial del principio de sostenibilidad financiera, tienen su fundamento en el artículo 135 de la Constitución que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, actúa como límite a la autonomía financiera”.

Sin embargo, la dificultad –por no decir imposibilidad– de extender el ámbito de cobertura de la reforma constitucional a la deuda comercial se refleja explícitamente en el propio Preámbulo. Pues, una vez argumentada en los términos transcritos la conexión entre dicha deuda y el artículo 135 CE, el Preámbulo no puede dejar de reconocer que no se puede extender, sin más, enteramente, el régimen constitucional a aquélla: “No obstante, se siguen manteniendo algunas diferencias entre acreedores, pues la prioridad absoluta de pago de deuda pública que se prevé en el artículo 135.3 de la Constitución resulta aplicable, en sentido estricto, únicamente a la deuda financiera”. En cierto modo, el reconocimiento de esta particularidad equivale a admitir que, en realidad, la deuda comercial es una cuestión ajena a la “materia regulada” en

el artículo 135 CE y en general, a la normativa europea reguladora de la disciplina fiscal, que tienen como objetivo la limitación de la deuda financiera. De lo contrario, de ser cierto que la deuda comercial forma parte del concepto constitucional de deuda pública ex artículo 135 CE, es obvio que el legislador orgánico no estaría en modo alguno facultado para seleccionar qué parte del artículo 135 CE se aplica, o deja de aplicarse, a la deuda comercial. Sencillamente, no se puede asumir un régimen jurídico a unos efectos y rechazarlo a otros efectos.

Pese a su más que dudoso anclaje constitucional, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 9/2013 no solo la deuda pública financiera, sino también la deuda comercial, pasa a integrar el sistema de disciplina fiscal regulado en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Consecuentemente, también este tipo de deudas activa un conjunto de facultades de supervisión, control y sanción del Estado en la esfera autonómica: el incumplimiento del plazo para el pago de proveedores previsto en la normativa de morosidad habilita al Ministerio de Hacienda para formular, como medida de prevención, una “comunicación de alerta” a la correspondiente Comunidad Autónoma, en la que le indicará “el importe que deberá dedicar mensualmente al pago de proveedores y las medidas cuantificadas de reducción de gastos, incremento de ingresos u otras medidas de gestión de cobros y pagos”; medidas que la Comunidad Autónoma deberá incluir “en su plan de tesorería en el mes siguiente a dicha comunicación de alerta” (artículo 18.4). Y si persiste la morosidad tras la actualización de dicho plan, se contemplan diversas medidas de corrección, entre las que descuellan la exigencia de que todas las operaciones de endeudamiento precisen autorización del Estado y la posibilidad de que el Ministerio de Hacienda retenga recursos que corresponden a las CCAA en virtud del sistema de financiación “para pagar directamente a los proveedores” (artículo 20.5 y 6). Finalmente, pueden llegar a activarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 25 para los supuestos de incumplimiento de los límites de déficit y deuda financiera: no disponibilidad de créditos; asunción por el Estado de competencias normativas sobre los impuestos cedidos; depósito en el Banco de España; y envío a la correspondiente Comunidad Autónoma de la “comisión de expertos”. Las dudas de constitucionalidad que –como vimos– plantean algunas de estas medidas coercitivas se ven, obviamente, acrecentadas cuando se proyectan a la deuda comercial.



## **ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRIORIDAD DEL PAGO DE LA DEUDA PÚBLICA**

**José María Castro Pascual**  
*Letrado de la Junta de Andalucía*

SUMARIO: I. EL NUEVO ARTÍCULO 135.3 DE LA CONSTITUCIÓN. II. LA PROCLAMACIÓN DEL PRINCIPIO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL RESULTANTE DE LA REFORMA. 1. Significado de la expresión. 2. Alcance de la expresión. III. EL ESCASO DESARROLLO DEL PRINCIPIO EN LA LEY ORGÁNICA DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA. IV. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA VIGENTE. 1. Ley General Presupuestaria. 2. Legislación aplicable a las Administraciones locales. 3. Balance provisional de la nueva prelación de pagos. V. EXCURSO SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOBRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD ABSOLUTA EN EL PAGO DE LA DEUDA PÚBLICA. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

### **I. EL NUEVO ARTÍCULO 135.3 DE LA CONSTITUCIÓN**

Es sabido que la controvertida reforma constitucional de 27 de septiembre de 2011 trajo una nueva redacción del artículo 135 de nuestra Norma Fundamental destinada a reforzar el principio de estabilidad presupuestaria<sup>1</sup>, el cual, mediante la incorporación al propio texto constitucional de los límites de deuda y déficit establecidos

---

<sup>1</sup> Así se establece en la propia exposición de motivos de la reforma. Algunos autores han querido profundizar en otros motivos menos técnicos de la reforma; así, DE LA HUCHA CELADOR, F., en su trabajo “La deuda pública como recurso financiero en los distintos niveles de gobierno y sus limitaciones. El control del endeudamiento de las Administraciones Públicas”, publicado en *Crónica Presupuestaria 1/2013*, del Instituto de Estudios Fiscales, ha considerado que sus objetivos eran a) contentar a los mercados financieros, b) embridar jurídicamente a las Comunidades Autónomas y c) incorporar a nuestra norma suprema los principios comunitarios en materia de déficit y endeudamiento.

por la Unión Europea, fue elevado a rango constitucional, adquiriendo así un valor verdaderamente estructural para la economía.

Tras la reforma, el precepto es mucho más extenso que el precepto originario. Consta ahora de seis apartados, siendo el tercero de ellos el que conecta la nueva redacción con la anterior, ya que los restantes apartados del nuevo artículo 135 de la Norma Fundamental carecen de antecedentes en el texto constitucional de 1978.

Este nuevo apartado 3 dispone:

“El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

Para empezar, cabe constatar que, aparte de la consagración en su párrafo 2 del principio de prioridad absoluta en el pago de la deuda pública, solo el tercer párrafo constituye una novedad desde el punto de vista de su plasmación en el texto constitucional –el párrafo venía ya recogido, en cualquier caso, en la normativa comunitaria (artículo 126 del Tratado Fundacional de la Unión Europea y Protocolo n.º 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo)–.

En efecto, los dos primeros párrafos son un trasunto de los dos únicos apartados que conformaban la anterior redacción del artículo 135 de la Norma Fundamental; el antiguo apartado primero tenía una redacción similar a la del primer párrafo del actual apartado 3, con la diferencia de que en 1978 el autorizado por ley para emitir Deuda Pública era con carácter exclusivo el Gobierno de España (más allá de que algunos autores pudieran haber hecho del precepto una interpretación extensiva que comprendiese a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas<sup>2</sup> y, tras la reforma de 2011, necesariamente ha de entenderse que son autorizados el Gobierno de la nación y también los consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas, mientras que en el antiguo apartado segundo se recogía lo que ahora recoge el pá-

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, y entre otros muchos, el propio DE LA HUCHA CELADOR, en el artículo antes citado.

rrafo segundo del nuevo apartado 3, si bien este último incorpora como novedad el inciso según el cual el pago de la deuda pública gozará de prioridad absoluta<sup>3</sup>.

## II. LA PROCLAMACIÓN DEL PRINCIPIO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL RESULTANTE DE LA REFORMA

### 1. Significado de la expresión.

El objeto de estas líneas es, precisamente, la formulación constitucional del principio consistente en que el pago de los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones Públicas gozarán de prioridad absoluta.

Se trata de una de las cuestiones nucleares de la reforma constitucional de 2011; pese a ello, no ha sido muy estudiada por la doctrina, quizá por estar ésta más preocupada por la incidencia que el nuevo precepto constitucional y la ley orgánica que lo ha desarrollado han podido tener sobre el denominado modelo territorial del Estado y, más en concreto, sobre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas; a esta escasez de debate teórico puede no haber sido ajena la dificultad de proyectar este principio constitucional a los ámbitos más técnicos del Derecho Presupuestario o de las Ciencias Económicas. Así las cosas, en estas líneas nos proponemos llevar a cabo una aproximación al desarrollo legislativo y a los problemas que este principio puede plantear en la práctica, si bien somos conscientes de que una idea más o menos clara de hasta qué punto va a traer consigo (o ha traído ya, si bien tres años se nos antojan pocos aún para poder formarnos un juicio cabal) cambios significativos en la elaboración o ejecución de los presupuestos de las Administraciones sólo puede obtenerse mediante el análisis detallado de concretos presupuestos de concretas Administraciones, excediendo ello de los límites de este trabajo.

Algunos autores como Martínez Laguna han sostenido que el denominado principio de “inclusión presupuestaria automática” de estos créditos –los destinados a satisfacer el pago de la deuda y sus intereses– ya encierra en sí mismo la prioridad absoluta en el pago. En su opinión, el hecho de que ningún otro precepto constitucional conten-

---

<sup>3</sup> En cuanto a la autorización por ley para la emisión de deuda pública por parte de las Comunidades Autónomas, lo lógico hubiera sido, en nuestra opinión, aclarar si la ley ha de ser estatal o puede ser de la propia Comunidad Autónoma. Otro defecto en la redacción del precepto que nos parece inexplicable es la alusión en el primer párrafo al Estado y a las Comunidades Autónomas, cuando en el segundo párrafo se alude a las “Administraciones” en general y, por tanto, se está incluyendo a las Corporaciones locales como posibles emisoras de deuda pública.

ga una previsión de incorporación imperativa de créditos para un determinado gasto supondría, en cierto modo, un reconocimiento por parte del Constituyente de 1978 de esta prioridad en el pago de la deuda pública<sup>4</sup>. Así las cosas, para este autor el nuevo apartado 3 del artículo 135 de la CE tendría, pues, como principal y casi única virtualidad la de extender a las Administraciones local y autonómica esta inclusión presupuestaria automática del tradicionalmente llamado “servicio de la deuda”.

## 2. Alcance de la expresión.

No podemos estar de acuerdo con estas tesis. Es indudable el componente retórico y enfático de la proclamación de la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública, motivado por el momento histórico en que se gesta la reforma (verano de 2011, en plena recesión), en el cual resultaba indispensable tranquilizar a los inversores y a los mercados, es decir, a los tenedores de la deuda pública española. Ahora bien, siendo cierto que la principal virtualidad del párrafo 2 del apartado 3 del nuevo artículo 135 de la CE es extender a las Administraciones distintas al Estado la obligación de incorporar en sus presupuestos los créditos necesarios para atender el pago de la deuda pública –ya que hasta la reforma esta obligación sólo concernía al Estado ex constitutione–, no es menos cierto que la inclusión en la Constitución de un inciso como el que analizamos no puede ser gratuita, so pena de convertir el texto constitucional en papel mojado. Y es que el operador jurídico está obligado a buscar una interpretación del texto constitucional que permita, en lo posible, extraer del mismo consecuencias prácticas.

Debemos comenzar por plantearnos qué significa exactamente la locución “prioridad absoluta en el pago”. Parece pacífico que el pago prioritario es aquél que ha de hacerse antes, o de forma preferente, a otros pagos –por su parte, el adjetivo “absoluta” aplicado a la prioridad parece casi un pleonasma–. Definida así la prioridad del pago, el mero hecho de establecer que los créditos relativos al pago de la deuda pública (y solo éstos) han de ser necesariamente consignados en los presupuestos no implica o prejuzga que, una vez consignados en una concreta ley presupuestaria una muy variada tipología de créditos, aquéllos hayan de ser abonados con carácter preferente. Otra cosa es que el principio del pago prioritario de la deuda pública pueda disuadir

<sup>4</sup> MARTÍNEZ LAGUNA, F. D.: “La reforma del artículo 135 de la constitución española: efectos y consecuencias jurídicas de la reforma”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2011, pp. 119-140; aunque el autor es consciente de la diferencia entre la consignación presupuestaria y el efectivo cumplimiento y ejecución de la consignación, de ahí que afirme, en contradicción con su tesis principal de que la proclamación de nuestro principio resulta reiterativa o redundante, que “se puede colegir que el constituyente no estaba pensando en una mera previsión contable sino en su efectivo cumplimiento, independiente de toda circunstancia”.

de la inclusión en los estados de gastos de los presupuestos de créditos relacionados con los servicios públicos y los derechos sociales, resultando así fuente legitimadora, siquiera indirecta, de los denominados “recortes”. Dicho de otro modo: ante la eventualidad de que la inclusión en los presupuestos de unos créditos para gastos sociales que, previsiblemente y ante las dimensiones de la deuda pública y de la preferencia del pago de ésta (capital e intereses), puedan no abonarse a los destinatarios de estos servicios acreedores en el ejercicio presupuestario correspondiente, puede decidirse, por motivos de prudencia, no incluirlos.

Sentado lo anterior, y situándonos en un presupuesto ya aprobado de una determinada Administración, cabe plantearse desde el punto de vista del efectivo cumplimiento y ejecución de sus consignaciones presupuestarias cuál es la repercusión del reconocimiento constitucional del principio de la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública.

Hay que partir de la base de que cada una de las obligaciones de pago de cualquier Administración se rige por una normativa específica. Pensemos en las obligaciones de pago de nóminas y pensiones, de periodicidad mensual; en los pagos a proveedores de las Administraciones y en general, en los contratistas, a los que es aplicable el artículo 216 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; en las obligaciones emanadas del necesario cumplimiento de las sentencias que condenan a la Administración al pago de cantidades líquidas, que se rigen por lo establecido en las leyes procesales correspondientes en cada caso; pensemos, en fin, en la multiplicidad de situaciones en que diferentes personas físicas o jurídicas pueden ostentar un derecho de crédito contra la Administración recogido en los presupuestos.

Todas estas obligaciones de pago tienen unos plazos específicos que, en la práctica, no siempre se cumplen, poniendo la regla de la prioridad absoluta del pago de la deuda pública aún en mayores peligros el cumplimiento de estos plazos por cuanto, con independencia de cuál sea la concreta morosidad en que haya incurrido la Administración respecto de cada uno de estos acreedores y de cuál sea el concreto sistema de prelación de pagos aplicable en cada Administración, es claro que tras la reforma constitucional de 2011 lo que primeramente habrá de pagarse son el capital y, en su caso, los intereses cuyo pago estuviese previsto para el ejercicio presupuestario en curso, en función de las concretas condiciones de emisión de la deuda.

La prioridad del pago del capital e intereses de la deuda pública actúa en detrimento del cumplimiento de otras obligaciones de la Hacienda Pública en supuestos de falta de liquidez y en el concreto ámbito de la ejecución de un determinado presupuesto de una determinada Administración. En estos casos puede producirse lo que

muchos autores como Marc Carrillo<sup>5</sup> han calificado como discriminación subjetiva entre acreedores. Lo cierto y verdad es que esta falta de liquidez no es inusual, y el principio que examinamos no deja de ser un límite implícito al gasto social, a menos que se consiga un aumento significativo de los ingresos públicos vía impuestos; ese ajuste entre el gasto en prestaciones sociales y los ingresos fiscales es, sin duda, la mejor solución para que las personas receptoras de los servicios sociales no se vean discriminadas, si bien parece ilusoria su consecución, al menos a corto plazo.

En este contexto se explican iniciativas ciertamente originales como las de Izquierda Unida, que a finales de 2013 planteó una propuesta de reforma del artículo 135 de la CE en la que, tras aludir su exposición de motivos a las políticas ultraliberales que, además de no resolver la crisis, estaban poniendo en peligro el Estado de Bienestar, se proponía la supresión del principio de la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública y la adición al artículo 135 de la CE de un nuevo párrafo que dijese “el pago de los créditos presupuestarios para satisfacer la financiación necesaria que garantice la cobertura universal de los servicios públicos fundamentales gozará de prioridad absoluta frente a cualquier otro gasto”; la propuesta, como era de esperar, fue rechazada.

Por lo demás, este derecho de cobro prioritario de los suscriptores de deuda pública no puede ser ejercitado ante el Tribunal Constitucional, por carecer los acreedores de legitimación para acudir a éste; por tanto, serán los tribunales contencioso-administrativos los que, en su caso, fiscalicen el cumplimiento de este principio por parte de las Administraciones Públicas.

### **III. EL ESCASO DESARROLLO DEL PRINCIPIO EN LA LEY ORGÁNICA DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA**

En desarrollo del nuevo precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Esta Ley

---

<sup>5</sup> MARC CARRILLO: “Constitución y control de las finanzas públicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014, pp. 13-42. Es recomendable este artículo por sus aportaciones a la relación, necesariamente tensa, entre los artículos 135.3 y 31.2 de la Constitución –en este último sentido, también cabe citar a GARCÍA ROCA, J., en “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento” publicado en *Crónica Presupuestaria 1/2013*, del Instituto de Estudios Fiscales–. Por su parte, SÁNCHEZ BARRILAO, J. F., en “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución española”, publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 137, 2013, se muestra muy crítico con esta desigualdad entre acreedores y de hecho considera que con el principio que estamos estudiando se consagra la prelación de los acreedores sobre las personas (ciudadanos), circunstancia que solo se hubiese evitado garantizando en la Constitución una suerte de gasto social mínimo.

aborda el control de la deuda pública financiera, en coherencia con los apartados 3 y 4 del artículo 135 CE, que consagran y regulan el principio de sostenibilidad financiera.

Su artículo 10.1 establece:

“Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley vendrán obligados a establecer en sus normas reguladoras en materia presupuestaria los instrumentos y procedimientos necesarios para adecuarlas a la aplicación de los principios contenidos en esta Ley”.

Podemos considerar que la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública constituye uno de los principios a que alude este precepto, el cual se remite a las normas reguladoras de la materia presupuestaria de cada una de las Administraciones en punto a la aplicación del principio. Por consiguiente, el precepto no aporta criterio sustancial alguno sobre cómo ha de aplicarse esta prioridad absoluta.

Por su parte, dispone el artículo 14:

“Los créditos presupuestarios para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus Presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de emisión.

El pago de los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones Públicas gozará de prioridad absoluta frente a cualquier otro gasto”.

Puede apreciarse que el precepto es, también, escasamente innovador: en realidad es una reproducción del nuevo artículo 135.3, párrafo 2, de la CE, con la adición de la expresión “frente a cualquier otro gasto” que podría entenderse superflua pues, si bien es verdad que la prioridad de un pago se plantea siempre en relación con otros pagos, la adjetivación de esa prioridad como “absoluta”, aunque esencialmente retórica, zanjaba cualquier duda, si la hubiere, respecto del ámbito de ese principio, que obviamente ha de incidir sobre la totalidad de las restantes obligaciones de pago existentes en la Administración de que se trate.

La Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, por la que se modificó la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, añadió a ésta una nueva disposición adicional cuarta relativa al cumplimiento del pago de los vencimientos de la deuda financiera, que sí es interesante a los efectos que nos ocupan:

“1. Las Administraciones Públicas deberán disponer de planes de tesorería que pongan de manifiesto su capacidad para atender el pago de los vencimientos de

deudas financieras con especial previsión de los pagos de intereses y capital de la deuda pública.

2. La situación de riesgo de incumplimiento del pago de los vencimientos de deuda financiera, apreciada por el Gobierno a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, se considera que atenta gravemente al interés general procediéndose de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26”.

Al obligar a las Administraciones Públicas a disponer de planes de tesorería que pongan de manifiesto su capacidad para atender el pago de los vencimientos de deudas financieras, la Ley hace hincapié en la prioridad absoluta del pago de la deuda, aunque no profundiza más en ella. Como mecanismo suasorio del cumplimiento de esta obligación de pago, se considerará que una situación de riesgo de incumplimiento de dichos pagos atenta gravemente al interés general. Ello puede dar lugar, en caso de no ser atendido el requerimiento que el Gobierno formule al Presidente de la Comunidad Autónoma o Corporación Local para que lleve a efecto las medidas tasadas en el citado artículo 26, a que el Gobierno, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, adopte las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma a su ejecución forzosa. Para la ejecución de las medidas el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de la Comunidad Autónoma. Ha sido muy criticado por la doctrina el grado de interferencia de las instancias estatales sobre la autonomía de las Comunidades Autónomas, cuestión en la que no nos podemos detener por razones de espacio<sup>6</sup>.

#### **IV. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO EN LA LEGISLACIÓN ORDINARIA VIGENTE**

Ya se ha aludido al carácter técnico de la legislación vigente en materia presupuestaria; ese carácter técnico y de detalle impregna la regulación de la concreta ordenación de los pagos que ha de acometer cada Administración; no obstante, es oportuno

---

<sup>6</sup> Muy interesantes son al respecto las consideraciones que hace CARRASCO DURÁN, M. en “Estabilidad Presupuestaria y Comunidades Autónomas”, *REAF*, núm. 18, 2013, pp. 169-206, en las que subraya el contraste entre el peso político de las Comunidades Autónomas y el hecho de que en la Ley Orgánica 2/2012 sean contempladas como entes de naturaleza ejecutiva o instrumental. Por su parte, DE LA HUCHA CELADOR, F. en su trabajo ya citado, afirma que la reforma constitucional permitió cubrir algunas omisiones constitucionales que dificultaban que las instancias centrales de gobierno estuvieran en condiciones de imponer el cumplimiento efectivo de la disciplina fiscal a todas las Administraciones Públicas. Muy recomendable, también, en este sentido, “El Estado Autonomático en tiempos de disciplina fiscal” de MEDINA GUERRERO, M., *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 109-147.

hacer una siquiera sucinta aproximación a cómo nuestro ordenamiento articula la prelación de pagos.

## **1. Ley General Presupuestaria.**

En el ámbito estatal, dispone la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante, LGP), en su artículo 106.1:

“El Ministro de Economía, al objeto de conseguir una adecuada distribución temporal de los pagos y una correcta estimación de la necesidad de endeudamiento del Estado, aprobará anualmente, a propuesta de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, un Presupuesto monetario al que habrá de acomodarse la expedición de las órdenes de pago. También contendrá dicho presupuesto una previsión sobre los ingresos del Estado”.

El artículo 107, por su parte, establece:

“1. Con carácter general, la cuantía de los pagos ordenados en cada momento se ajustará al Presupuesto monetario, señalado en el artículo anterior.

2. El Ordenador de Pagos aplicará criterios objetivos en la expedición de las órdenes de pago, tales como la fecha de recepción, el importe de la operación, aplicación presupuestaria y forma de pago, entre otros”.

Por tanto, el Presupuesto monetario es la herramienta fundamental de la ordenación de pagos. No se establecen criterios sobre la confección de este presupuesto, pero sí sobre la prelación de órdenes de expedición de pagos; este orden, empero, debe entenderse implícitamente modificado por el nuevo artículo 135 de la Norma Fundamental, siendo evidente que, a partir de su entrada en vigor, las órdenes de pago primeramente expedidas han de ser las relativas al abono del capital e intereses de esa deuda, por encima de los criterios objetivos preestablecidos en el precepto que acabamos de reproducir.

## **2. Legislación aplicable a las Administraciones locales.**

No podemos extendernos, por razones de espacio, en las singularidades del régimen jurídico de la emisión de deuda pública por parte de las corporaciones locales. Además de la regulación contenida en el Capítulo VII del Título I de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, LHL), esta deuda se halla actualmente regulada

en el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de marzo, de medidas urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la Corrección del Déficit Público, dotada de vigencia indefinida por la disposición final 31.<sup>a</sup> de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013.

En general, las posibilidades de emisión de deuda por las Corporaciones locales se encuentran muy limitadas cuando éstas no han alcanzado los objetivos legalmente previstos de estabilidad presupuestaria y de control de la deuda pública y del gasto. Dicho de otro modo, las Entidades locales sólo podrán apelar libremente al crédito –sin autorización del Estado o de la Comunidad Autónoma que ejerza la tutela financiera– cuando hayan tenido un ahorro neto positivo en el ejercicio anterior y un nivel de deuda viva por debajo de determinados parámetros, debiendo además destinarse la deuda a gastos de inversión.

En relación con el principio de prioridad en el pago de la deuda pública que examinamos, dispone el artículo 187 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales:

“La expedición de las órdenes de pago habrá de acomodarse al plan de disposición de fondos de la tesorería que se establezca por el presidente que, en todo caso, deberá recoger la prioridad de los gastos de personal y de las obligaciones contraídas en ejercicios anteriores”.

El plan es en este ámbito la herramienta equivalente al Presupuesto monetario al que se refiere la LGP, y su formulación corresponde a la Alcaldía-Presidencia de la corporación local.

En este sentido, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la Constitución de 2011 eran aplicables ex lege dos reglas comunes a todos los planes de disposición de fondos, a saber, la prioridad en el pago de los gastos de personal y la de las obligaciones correspondientes a ejercicios anteriores. Pese a que la LHL –al igual que la LGP– no ha sido expresamente modificada en este punto, es patente que el principio de prioridad tendrá que tenerse en cuenta para la elaboración de estos planes de tesorería, ya que el pago de la deuda pública precederá en todo caso a los pagos relativos a las dos categorías de gastos que, hasta la reforma constitucional, gozaban de prioridad.

### **3. Balance provisional de la nueva prelación de pagos.**

Tras tres años de la entrada en vigor de la reforma constitucional y dos y medio desde la aprobación de la ley orgánica que la desarrolla, lo cierto es que los presupuestos de

las diferentes Administraciones, fuertemente condicionados por las prescripciones de dicha ley orgánica, han intentado reducir al máximo el nivel de endeudamiento y han seguido incluyendo en sus presupuestos tanto partidas de gastos sociales –eso sí, con recortes sustanciales en algunos casos– como otras relativas a la amortización de capital e intereses de la deuda pública; con todo, es innegable que pueden surgir problemas en aquellos casos en los que el montante de la obligación –prioritaria– de abonar el capital e intereses de la deuda sea tal que puede impedir la ejecución de otros gastos previstos en los presupuestos.

En el proyecto de Ley de Presupuestos para 2015 la Administración del Estado ha conseguido reducir, siquiera levemente, el porcentaje representado por el abono de los intereses de la deuda pública en el conjunto de los gastos previstos (del 10,4% del año 2014 al 10,2% para el próximo año). También las Comunidades Autónomas –de las que, ante la diversidad de sus legislaciones, solo podemos realizar un apunte genérico– han moderado la emisión de deuda pública; aunque tienen más margen de maniobra al respecto que las entidades locales, se hallan sometidas a los límites de endeudamiento y objetivos de estabilidad presupuestaria marcados por el Gobierno de España. Imposible parece esbozar un balance de los más de 8.000 Ayuntamientos (más Diputaciones Provinciales, más otras Entidades locales) existentes en España. No obstante, sí cabe señalar que, en su conjunto, su deuda pública representa un porcentaje reducido de la deuda de todas las Administraciones –ya se ha hecho referencia a sus limitaciones a la hora de emitir deuda–. En todo caso, los problemas que pudieran derivarse del principio de prioridad absoluta en el pago de la deuda pública, tanto para las Comunidades Autónomas como para las Administraciones locales, han podido solventarse gracias a diferentes mecanismos de financiación puestos por el Estado al servicio de las Administraciones territoriales, entre los que cabe destacar el Fondo de Liquidez Autonómico, creado por Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio, de Medidas de Liquidez de las Administraciones Públicas, y en el Ámbito Financiero, y el Fondo de Proveedores, creado por Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se aprobó un procedimiento para el pago a proveedores de las entidades locales.

## **V. EXCURSO SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO SOBRE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD ABSOLUTA EN EL PAGO DE LA DEUDA PÚBLICA**

Además de por la Ley Orgánica 4/2012, la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera ha sido también modificada por la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público, Ley contra la que se han planteado algunos recursos de inconstitucionalidad.

Esta Ley prevé, en determinados supuestos de incumplimiento por parte de las Comunidades Autónomas, la retención por el Estado de los fondos que deben ser transferidos a las Comunidades Autónomas por el sistema de financiación, para así pagar a los proveedores respecto de los cuales éstas últimas se encuentren en situación de morosidad.

En el Recurso de Inconstitucionalidad 1762/2014, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 9/2013, interpuesto por la Junta de Andalucía (admitido mediante providencia de 8 de abril de 2014) y fundado, entre otros motivos, en que el artículo 135 de la Constitución circunscribiría la reserva de ley orgánica a la deuda pública no comercial (sin que deba, pues, ser incluido en ella la deuda comercial), se argumenta que la retención que la ley recurrida introduce en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera puede vulnerar la regla de prioridad absoluta en el pago del capital e intereses de la deuda pública establecida en el artículo 135.3 de la CE, en la medida en que la aplicación del mencionado mecanismo de retención podría traer consigo que los proveedores de las Comunidades Autónomas intervenidas cobrasen antes que los acreedores tenedores de deuda pública.

Y es que si el Estado emplea los fondos del sistema de financiación autonómica para pagar a los proveedores de una Comunidad Autónoma, al no estar sujeto a la prelación en el pago de los titulares de la deuda pública de esa Comunidad Autónoma, se podría defraudar el privilegio de éstos –constitucionalmente querido– en el caso de insuficiencia presupuestaria de esa Comunidad Autónoma.

El mandato de respetar en la ordenación de los pagos la preferencia garantizada constitucionalmente para la deuda pública alcanza a todas las Administraciones. Ahora bien, del tenor literal del artículo 135.3 CE parece desprenderse que el mandato lo ha de cumplir cada Administración en relación, cada una de ellas, con su respectivo presupuesto. La gestión por parte de la Administración del Estado de unos recursos ajenos y, en definitiva, su subrogación en la posición de la Comunidad Autónoma controlada o supervisada a la hora de pagar a los proveedores introduce la disfunción de que esta prioridad pueda no verse garantizada, a menos que la previsión legal de esta retención viniese acompañada de otras previsiones relativas a una mayor información sobre el ritmo de pago, en las Comunidades Autónomas afectadas, de las deudas contraídas con los titulares de la deuda pública de esas Comunidades Autónomas, y ello con el fin de que el Estado no pagase a los proveedores de la Comunidad Autónoma antes de que ésta pague a los tenedores de su deuda pública. Todo ello resultaría, desde luego, artificioso, y podría frustrar la finalidad del mecanismo de retención. En cualquier caso y al margen de otras consideraciones que pueda merecer el establecimiento de este mecanismo, el respeto de la prioridad absoluta en el pago a los titulares de la deuda pública de la Comunidad Autónoma morosa quedará al albur de las circunstancias concretas de cada caso o de la efectiva puesta en marcha de mecanismos de cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma en cuestión.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma constitucional, la ley orgánica aprobada para su desarrollo y, en general, la orientación de toda la política económica de los últimos años reflejan la obsesión por controlar el déficit y la deuda de las Administraciones. Y es que, a nuestro modesto entender, la hipótesis keynesiana de la bondad del endeudamiento ha sido falsada por los hechos. Intentar frenar el endeudamiento debe ser un objetivo esencial de la política económica, además de una obligación moral para con las generaciones futuras, que no tienen por qué heredar cargas financieras de las que no son responsables.

Nos gustaría pensar en la posibilidad de una reducción del gasto público que no afecte necesariamente a las partidas sociales más sensibles. Creemos, en este sentido, difícilmente objetables las reformas enderezadas al adelgazamiento de las Administraciones, tarea en la que aún queda mucho camino por recorrer, del cual la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa (publicada pocas semanas antes de la redacción de este trabajo), es un solo jalón inicial e insuficiente. No menos evidente es el amplísimo margen de mejora existente desde el punto de vista del necesario aumento de los ingresos públicos de naturaleza tributaria; es de todos conocida la ambiciosa reforma tributaria prevista para 2015 con el fin de impulsar el crecimiento económico, que incluirá la eliminación de reducciones y deducciones poco justificadas en muchas figuras impositivas, si bien es pacífico que, en este ámbito, solo una más eficaz lucha contra el fraude fiscal podrá producir un aumento relevante de la recaudación. Por otro lado, tampoco parece discutible la conveniencia de reformas institucionales que combatan eficazmente la corrupción, o la necesidad de disminuir la deuda privada –que, a largo plazo, afecta a la pública– mediante la correcta regulación del crédito privado o la mejora en la legislación concursal (por cierto, también cabe aquí citar el reciente Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en Materia Concursal).

Es incuestionable que la reforma constitucional de 2011 fue precipitada y que ello ha provocado no pocos defectos de técnica jurídica en la redacción del artículo 135, algunos de los cuales hemos expuesto al final del primer epígrafe de este trabajo. Es indudable, igualmente, la carga política e ideológica de la reforma. Y también puede entenderse que la incorporación al texto constitucional de una fórmula tan contundente como la relativa a la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública haya podido soliviantar muchos ánimos.

Sin embargo, nos parece excesiva la interpretación propugnada por los críticos más extremistas de la reforma, según la cual una cláusula de esta naturaleza implicaría una rendición a los mercados y una abdicación por el Estado de su soberanía. La deuda pública ya existía antes de la reforma y ha seguido y seguirá existiendo después

de su entrada en vigor, sin que de momento haya siquiera disminuido. Según hemos visto, el principal perjudicado por el establecimiento de este principio puede ser el gasto social, pero es razonable pensar que los ajustes de estos últimos años se habrían igualmente producido de no haberse proclamado expresamente el principio en la Constitución. Por otro lado, y en relación con la discriminación entre acreedores que la reforma introduce en el ámbito de la ejecución de los presupuestos, no todos los acreedores no tenedores de deuda pública sufren el mismo grado de discriminación (ya se ha visto que los acreedores comerciales han sido muy protegidos, tanto en las sucesivas reformas de las leyes de contratación del sector público como en la Ley Orgánica 9/2013, basada esta última en el postulado de que la sostenibilidad financiera debe implicar un más exigente control de la deuda comercial y la reducción de los índices de morosidad).

Dicho lo anterior, no puede negarse que la aplicación de este principio se hará siempre en perjuicio del crédito de otros acreedores no titulares de deuda pública, y podrá además generar retrasos indeseables en el pago de prestaciones sociales consignadas en el presupuesto, o incluso impagos.

La regla de la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública no es intrínsecamente justa pero, por razones de credibilidad de cualquier estado, a efectos de captación de inversiones y del mantenimiento de relaciones económicas con otros estados, nos parece incontrovertible. Y no puede ignorarse que el principio tiene un poso histórico: ya venía establecido en el artículo 355 de la Constitución de 1812<sup>7</sup>, si bien no en términos tan radicales como los de hoy. No hay que aceptar con resignación un déficit crónico, ni la necesidad de un endeudamiento que ha ido creciendo hasta niveles insostenibles. Aunque pueda parecer ingenuo, habrá que confiar en que, mediante las políticas adecuadas, el endeudamiento de las Administraciones vaya poco a poco aminorándose, siendo ésta la mejor de las soluciones para que el principio de la prioridad absoluta en el pago de la deuda pública apenas tenga que desplegar sus efectos.

---

<sup>7</sup>“La deuda pública reconocida será una de las primeras atenciones de las Cortes, y éstas pondrán el mayor cuidado en que se vaya verificando su progresiva extinción, y siempre el pago de los réditos en la parte que los devengue, arreglando todo lo concerniente a la dirección de este importante ramo, tanto respecto a los arbitrios que se establecieren, los cuales se manejarán con absoluta separación de la Tesorería general, como respecto a las oficinas de cuenta y razón”.

## **EL IMPACTO DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO UNIVERSITARIO ¿EN PRO DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA?**

**M.<sup>a</sup> Dolores Rego Blanco**

*Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y EMPLEO PÚBLICO UNIVERSITARIO. 1. La incidencia sobre el gasto de personal. 2. La incidencia sobre la oferta pública de empleo. III. LAS CAUSAS DE LAS DISFUNCIONES DE LAS MEDIDAS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO. IV. LA REPERCUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTICRISIS EN LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN SEVILLA. VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La tasa de reposición de efectivos, como límite cuantitativo al incremento de la plantilla de empleados públicos, apareció por primera vez en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997. Con cifras mayores o menores, la tasa de reposición se ha mantenido en todas las Leyes de Presupuestos durante quince años, sin que supusiera problema jurídico alguno para la política de personal de las Universidades Públicas. Sin embargo, a raíz de los Presupuestos para 2012, y de las medidas de recorte en pro de la estabilidad presupuestaria, se ha suscitado un conflicto judicializado sobre la interpretación y aplicación de este concepto jurídico en los procedimientos de acceso a los cuerpos docentes de Catedráticos y Titulares de Universidad. La posición de la Abogacía del Estado ante los órganos jurisdiccionales cuestiona gravemente la autonomía universitaria y cercena el derecho de promoción, jurídicamente consagrado, de los profesores universitarios, discriminándolos. Paradójicamente, con esta medida pretendidamente “de crisis”, no se mejora un ápice la situación presupuestaria de las Universidades Públicas, ya condicionada, en lo que a política de personal se refiere, con la imposibilidad de incrementar la masa sala-

rial bruta del Capítulo I de sus Presupuestos La presente comunicación expone las razones jurídicas del conflicto en los casos de las Universidades andaluzas, repasa la jurisprudencia vertida hasta el momento por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla) y poniendo de manifestó las consecuencias secundarias de la misma, a todas luces contrarias al tenor de las propias medidas “anti-crisis”.

## I. PLANTEAMIENTO

Al tiempo en que se celebran las XVI Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, el conflicto sobre el que versa esta comunicación está *sub iudice* en casación ante el Tribunal Supremo. De ahí que el interrogante que incorpora su título no vaya a poder encontrar una respuesta en las páginas que siguen. Sabiendo que esa respuesta corresponde darla al órgano judicial, el objetivo de este trabajo se ciñe a plantear las dudas jurídicas sobre la interpretación y aplicación práctica de unas normas aprobadas con la veste de “legislación de crisis” y la justificación de una finalidad de “estabilidad presupuestaria”, que están poniendo seriamente en entredicho el alcance de la autonomía universitaria y no pocos derechos de su personal docente e investigador. Las normas de la discordia han sido el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la Corrección del Déficit Público, así como, fundamentalmente, la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para ese año, siendo la clave del conflicto la limitación cuantitativa de la incorporación de nuevo personal a una tasa de reposición del 10% de efectivos.

De la dificultad jurídica del enfrentamiento entre Universidades Públicas y la Administración Estatal da idea el dato de que ninguna de las seis Sentencias recaídas en la Comunidad Autónoma de Andalucía hasta el momento<sup>1</sup> ha impuesto costas a quienes han visto rechazadas sus pretensiones, pues en todos esos casos se ha aplicado la excepción del artículo 139 LJCA que habilita para dispensar de las costas cuando, motivadamente, así lo aprecie el órgano jurisdiccional, bien por las dudas de hecho o de derecho (apartado 1), bien por cualquier circunstancia que así lo justifique (apartado 2).

Por orientar sobre la magnitud cuantitativa del conflicto, apuntemos que siete de las diez Universidades Públicas andaluzas se han visto directamente demandadas ante

---

<sup>1</sup> Nos referimos a las seis Sentencias comentadas en el epígrafe V de este trabajo, todas ellas provenientes de la sede en Sevilla de la Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Algunos casos están pendientes de resolución en la sede que el mismo órgano tiene en la ciudad de Granada.

la jurisdicción contencioso-administrativa, al igual que otras muchas fuera de nuestra Comunidad Autónoma<sup>2</sup>. Pero la repercusión indirecta ha sido mucho mayor, ya que en la medida en que el contenido de estas normas se ha mantenido en las Leyes de Presupuestos sucesivas<sup>3</sup>, las Universidades se han plegado al criterio interpretativo de la Administración estatal y han frenado drásticamente la convocatoria de plazas de personal docente e investigador universitario (funcionarios y laborales), terminando con las expectativas de promoción profesional generadas por miles de acreditaciones a dichos cuerpos que la Agencia Nacional de Acreditación ha seguido reconociendo. Las consecuencias, en términos de descapitalización de personal cualificado, de rebaja de la calidad de la enseñanza universitaria y de desmotivación del personal, son la realidad cotidiana en las Universidades Públicas españolas.

## II. ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y EMPLEO PÚBLICO UNIVERSITARIO

Diciembre de 2011 es la fecha en que se constituyó en España el Gobierno que habría de enfrentarse a una complicadísima situación económica del país: el déficit público era de tal magnitud que España estaba en el punto de mira de una intervención por parte de las instituciones europeas.

En esta tesitura, una de las primeras decisiones del entonces nuevo Gobierno fue dictar el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera para la Corrección del Déficit Público. Su exposición de motivos justificaba las medidas en la necesidad urgente de corregir “(la) importante desviación del saldo presupuestario estimada en el momento presente para el conjunto de las Administraciones Públicas para el ejercicio 2011 respecto al objetivo de estabilidad comprometido”. Se afirmaba que el conjunto de las medidas suponían “una reducción de carácter inmediato del desequilibrio presupuestario en más de un punto porcentual del Producto Interior Bruto”, garantizando que “el sector público español iniciara una senda de reequilibrio que aporte credibilidad a la evolución futura de la deuda y déficit público”; y que “(s)in esta corrección, no se podrían superar las actuales condiciones de escasez de liquidez que impiden un desarrollo adecuado de la actividad económica”.

---

<sup>2</sup> Se tiene noticia de casos de Universidades repartidas en otras cuatro Comunidades Autónomas. El *BOE* nos permite conocer, igualmente, el caso de la Universidad de Santiago, que ante el requerimiento previo que le dirigió la Administración estatal, decidió mediante Resolución de 16 de octubre de 2012 (*BOE* de 10 de noviembre) anular una convocatoria de plazas aprobada en junio de 2012.

<sup>3</sup> E incluso en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de 2015, según el texto disponible en *BOCG* del Congreso de los Diputados.

Importa, a los efectos de este trabajo, que quede debidamente resaltada la perspectiva estrictamente presupuestaria, y más concretamente, de estabilidad presupuestaria, con que se justifican y diseñan estas medidas. No otro alcance deben poder reclamar para su interpretación, de acuerdo, por un lado, con el título competencial que el legislador esgrime para dictarlos (artículos 149.1.13.<sup>a</sup> y 156 CE)<sup>4</sup>, y por otro lado, con el artículo 3 del Código Civil, que especifica que “el espíritu y finalidad” de las normas es un criterio exegético fundamental. Sin embargo, serias dudas jurídicas se suscitan, como veremos acerca de si la interpretación y exigencia práctica de estas medidas por parte del Estado rebasa lícitamente lo presupuestario y llega a afectar de forma indebida a derechos subjetivos y posiciones institucionales que gozan, incluso, de la protección constitucional.

### **1. La incidencia sobre el gasto de personal.**

En materia de gastos de personal el Real Decreto-Ley 20/2011 decidió, entre otras medidas<sup>5</sup>, mantener las cuantías de las retribuciones del personal y altos cargos del sector público, con la prohibición de incrementar el importe de la masa salarial bruta. Su artículo 2 establecía que:

“Dos. En el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

En consecuencia, a partir del 1 de enero de 2012, no experimentarán ningún incremento las cuantías de las retribuciones y de la masa salarial, en su caso, establecidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011”.

La prohibición, que fue incorporada posteriormente en el artículo 22 de la LPGE para 2012 en términos prácticamente idénticos, se declaraba de carácter básico (tanto en el Real Decreto-Ley como en la LPGE para 2012). Su redacción dejaba fuera de toda duda que la prohibición recaía, entre otros sujetos, en las Universidades públicas estatales y autonómica. La prohibición, se refería, claro está, a un límite global; no cabe entenderla como una prohibición individualizada en cada uno de los

---

<sup>4</sup> Son los títulos competenciales apelados tanto por el artículo 2 del Decreto-Ley 20/2011, como por el artículo 23.Seis de la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales para 2012.

<sup>5</sup> Junto con la congelación de la oferta pública de empleo (con sus salvedades) de la que luego se tratará, se disponía para todo el sector público, la prohibición de realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que cubrieran la jubilación.

empleados públicos de no poder cobrar trienios o quinquenios generados ese año, o no poder cobrar aumentos salariales derivados de una promoción profesional<sup>6</sup>. Lo que importaba era, insistimos, la masa salarial bruta en su conjunto: para las Universidades Públicas, el límite había que referirlo al Capítulo I de su Presupuesto Anual. La Abogacía del Estado no puso en cuestión que ese límite haya sido respetado por las Universidades Públicas durante el año 2012, en el que se generó el conflicto directo que aquí analizamos, quedando esta cuestión, por tanto, al margen del conflicto.

## 2. La incidencia sobre la oferta pública de empleo.

Como medida complementaria de la anterior, en el Real Decreto-Ley 20/2011 se estableció la congelación de la oferta pública de empleo en el sector público y una prohibición generalizada de incorporar nuevo personal durante 2012, salvedad hecha de ciertos sectores singularizados en el apartado. Nunca antes, desde la creación en 1997 de la figura de la tasa de reposición, se había tomado una medida tan drástica<sup>7</sup>.

En los años anteriores, las leyes presupuestarias habían restringido con carácter general las posibilidades de incorporar nuevo personal concretando una tasa de reposición de efectivos (siempre superior a cero), que en sectores escogidos se incrementaba como salvedad de la regla general. Así en la Ley de Presupuestos Generales para 2011, el límite cuantitativo que representa la tasa de reposición para el ingreso de nuevo personal del sector público se cifraba en el 10% con carácter general, aunque para casos concretos (entre los que no se encontraban las Universidades Públicas), se elevaba a 30% el límite para la válida incorporación de nuevo personal.

Posteriormente, la LPGE para 2012, en línea de continuidad con las medidas de diciembre anterior, mantuvo la regla general de prohibición de incorporar nuevo personal durante el ejercicio (que muchas de las Universidades impugnadas defienden que no les resulta aplicable bajo el Real Decreto-Ley, a la vista de la redacción de su artículo 3), pero introdujo la novedad de incluir expresamente a las Universidades

---

<sup>6</sup> Así lo puntualiza expresamente el apartado Cuatro del propio artículo 2 del Real Decreto-Ley 20/2011, y apartado 7 del artículo 22 de la LPGE para 2012, que literalmente decían que “Lo dispuesto en el apartado Dos del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo”.

<sup>7</sup> Un estudio comparativo de la evolución de la cuantías de la tasa de reposición se ofrece en NÚÑEZ LOZANO, M. C. y MALVÁREZ PASCUAL, L. A. “El cómputo de la tasa de reposición de efectivos en relación con las plazas de promoción del profesorado universitario: el análisis de un cambio de criterio carente de fundamento”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34, 2013.

Públicas en su seno y además ubicarlas entre los sectores significados por una tasa de reposición de efectivos del 10%. Este es el tenor literal de la Ley:

Artículo 23.Uno.2. “Respetando, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del Capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, la limitación contenida en el apartado anterior (prohibición de incorporar nuevo personal) no será de aplicación a los siguientes sectores y Administraciones en los que la tasa de reposición se fija en el 10 por ciento: [...] G) A las Administraciones Públicas en relación con las plazas de personal investigador doctor de los Cuerpos y Escalas de los organismos públicos de investigación definidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

Esta excepción será también de aplicación a las plazas de los cuerpos de personal investigador de las Universidades, siempre que por parte de las Administraciones Públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias, previa acreditación de que la oferta de empleo público de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

Dejando a un lado otros debates, de lo que no debe haber duda es que, estas medidas de corte presupuestario suponen un condicionamiento del máximo de plazas con que un Ente del Sector Público debe terminar el año 2012: si ha de acogerse a la regla general, al no tener tasa de reposición de efectivos que le permita incorporar personal nuevo, en el caso de que comenzara el año con 1.000 plazas, habrá de terminarlo como máximo con otras 1000 pues no podría cubrir las bajas debidas a extinción de contratos o a la pérdida de la condición funcional durante el año anterior; mientras que si el Ente se beneficia de la excepción, y puede hacer uso de un 10% de tasa de reposición para incorporar nuevo personal, en el caso de que en el año 2011 causaran baja 20 de sus empleados y al comienzo de año 2012 tuviera 1.000 empleados, se le permitiría terminar el ejercicio como máximo con 1.002 plazas (las 1.000 de partida en 2012 –suponiendo que no hubiera bajas– y dos adicionales de nueva incorporación, que representan el 10% de las 20 bajas producidas en el año anterior).

Por otro lado, es preciso no olvidar que, la tantas veces repetida prohibición de incorporar nuevo personal, y la congelación de la oferta pública de empleo en nada afectan a las posibilidades de promoción ni de traslado del personal público, por más que para lo uno o lo otro sea necesario proceder a aprobar la correspondiente convocatoria de un procedimiento de concurrencia competitiva. El límite que estas “normas de crisis” dispone para la promoción o para el traslado es el fijado por la masa salarial bruta, ya expuesto en el epígrafe anterior.

Lo que queda prohibido en estas normas presupuestarias no es convocar, sino incorporar nuevo personal. Y así lo ha corroborado el Real Decreto 1694/2012, de 21 de diciembre, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2012, donde se convocaron 133 plazas de nuevo ingreso y 347 plazas de promoción interna.

La esencia del conflicto entre la Administración estatal y las Universidades radica, como se explica en los páginas que siguen, en cómo apreciar si las convocatorias de acceso a plazas de cuerpos docentes universitarios trasgreden o respetan la prohibición de incorporación de nuevo personal. La tarea no es sencilla jurídicamente hablando, pues requiere una delicada tarea de composición normativa. Veámoslo.

### **III. LAS CAUSAS DE LAS DISFUNCIONES DE LAS MEDIDAS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO**

De acuerdo con la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), el personal docente e investigador de las Universidades Públicas tiene diversas categorías, unas laborales (Profesor Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor<sup>8</sup>) y otras funcionariales (Profesor Titular de Universidad y Profesor Catedrático de Universidad).

Las distintas categorías están estructuradas entre sí como peldaños de una escalera, en cuya base se encuentra el personal laboral en formación, mientras que en la cima se ubica el personal funcionario con plena capacidad docente e investigadora. Para ascender de uno a otro peldaño, la LOU exige la superación de mayores requisitos que son constatados mediante evaluación positiva de los méritos del curriculum vitae por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (o equivalente autonómico), y como contrapartida, se afianza la relación del sujeto con la Universidad (contratos temporales, contratos indefinidos, relación funcional) a la par que se aumentan algo las retribuciones.

---

<sup>8</sup> Estas figuras están reguladas en los artículos 48 y ss. LOU. Ha de mencionarse también a los Profesores Asociados (artículo 53 LOU), que mantienen una relación laboral con la Universidad que les contrata, pero que dejamos al margen de este trabajo porque, al carecer de responsabilidades de investigación, desempeña una labor que pese a su importancia, es de complemento en la docencia universitaria, siempre con dedicación a tiempo parcial y sin responsabilidad investigadora. De ahí que la figura no tiene interés desde la perspectiva de la carrera universitaria. Algo similar puede decirse de los Profesores Visitantes, o de los Profesores Eméritos (artículos 54 y 54.bis).

Ni que decir tiene que los requisitos para conseguir la correspondiente acreditación de los méritos docentes e investigadores por parte de la ANECA van siendo cuantitativa y cualitativamente más exigentes cuanto mayor reconocimiento tiene la figura a la que se desea acreditar un sujeto<sup>9</sup>. Sin embargo, el simple hecho de obtener una acreditación de la ANECA a una categoría superior no implica la automática transformación de la plaza que pudiera ocuparse en la Universidad en una de mejor categoría, sino que es preciso además que se oferte una nueva plaza a través de un procedimiento de concurrencia competitiva de ámbito nacional (como mínimo), extinguiéndose o amortizándose la anterior si el ganador de la nueva plaza no fuera nuevo personal.

A los aspirantes a personal docente e investigador les asiste el derecho a acceder al empleo público en condiciones de igualdad y en función de su mérito y capacidad (artículo 23 CE). A quienes ya son personal docente e investigador también resulta aplicable el derecho a la carrera profesional y a la promoción (artículos 16 y ss. EBEP), y a la movilidad. En esto no hay diferencia en comparación el resto de personal que se acoge al EBEP. Sí hay diferencia, sin embargo, como es natural, en cuanto a los requisitos y sobre todo en cuanto a los procedimientos para satisfacer unas y otras necesidades.

En efecto, por llamativo que pueda resultar, cualquiera que sea la finalidad perseguida (nueva provisión de plazas, promoción profesional del personal o su traslado), la LOU prevé un único procedimiento, lo cual complica el análisis jurídico del conflicto por la aplicación de la tasa de reposición. Se trata del denominado “concurso de acceso a plaza de cuerpos docentes del Estado”<sup>10</sup>. Sus notas características son: a) publicidad en el *BOE* –adicional al Boletín Oficial autonómico que corresponda–; y b) concurrencia competitiva a nivel nacional<sup>11</sup>.

Una de los interrogantes del conflicto planteado reside precisamente en esta característica: el que la LOU regule sólo un procedimiento de “concurso de acceso a

---

<sup>9</sup> Como puede fácilmente comprobarse consultando los documentos “Principios y orientaciones para la aplicación de los criterios de evaluación” del Programa PEP para la Evaluación de Profesores Ayudantes Doctores y Contratados Doctores, y del programa ACADEMIA de Evaluación para Titulares y Catedráticos. A fecha de noviembre de 2014, estos documentos están disponibles, respectivamente, en las direcciones <http://www.aneca.es/Programas/PEP/Documentos-de-ayuda> y <http://www.aneca.es/Programas/ACADEMIA/ACADEMIA-instrucciones-para-la-solicitud/Documentos-del-Programa>.

<sup>10</sup> El protagonismo de este procedimiento se refleja igualmente sobre el personal laboral, pues es el procedimiento supletoriamente aplicable para las lagunas de los eventuales procedimientos previstos en los convenios colectivos de cara a la provisión y movilidad del personal laboral (artículo 83 LOU), y en ocasiones también para la promoción profesional (por ejemplo, cuando así lo disponen los convenios colectivos del sector).

<sup>11</sup> No se descarta, sin embargo en la LOU, la participación de extranjeros en los términos de la disposición adicional décima.

plaza de cuerpos docentes del Estado” ¿equivale a negar el derecho de promoción profesional o de traslado del profesorado universitario? ¿o más bien ha de significar que tanto la provisión de nuevo personal, como la promoción o el traslado han de vehicularse por el mismo procedimiento administrativo de concurrencia pública nacional o inter-universitaria?

Esta última característica da pie a exponer una última de las peculiaridades del Profesorado Universitario, trayendo a colación la doctrina del Tribunal Constitucional que afirma que el personal docente e investigador son funcionarios<sup>12</sup> “inter-comunitarios o comunicables” pues “si bien inicialmente son funcionarios de la Universidad para la que son nombrados, ello no impide su traslado a otra Universidad mediante concursos de méritos” (STC 26/1987). Por eso, en esa misma Sentencia, el Tribunal decía que los profesores universitarios bajo la LRU son “funcionarios inter-universitarios o comunicables”.

Por sí solo, este dato puede cuestionar la forma en que la Administración estatal ha interpretado que debe realizarse el cómputo de la tasa de reposición, provocando el conflicto del que venimos dando cuenta. La fórmula estatal es la de realizar el cómputo atendiendo únicamente al número de personal docente e investigador de cada Universidad, como si nada tuvieran que ver unas con otras. Las Sentencias de la doctrina del TSJ de Andalucía –sala de Sevilla– que luego veremos, avalan esta interpretación, pese a que esa “comunicabilidad” de personal señalada por el TC puede suponer que un procedimiento de acceso culmine con un traslado interuniversitario de profesores (de modo que mientras que en una Universidad se acrece una plaza, en otra, se extingue, sin que tenga sentido hablar de incorporación de nuevo personal en el sistema interuniversitario).

Aunque resulte una obviedad, no está de más recordar que tanto el personal laboral como el funcionario de carrera se consideran empleados públicos, como afirma la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Para ambos resulta aplicable la regulación de la adquisición de la condición de personal de las Universidades (Título V del EBEP), así como los derechos a la carrera profesional y a la promoción que garantiza el EBEP en el Capítulo II de su Título III.

---

<sup>12</sup> El Tribunal se refiere a los funcionarios, pero esa realidad inter-universitaria afecta igualmente a los profesores laborales, al menos en el ámbito autonómico. Con todo, como el conflicto a propósito de la tasa de reposición se ha planteado exclusivamente en relación con las plazas de profesorado funcionario, no merece hacer mayor precisión en el texto principal.

#### IV. LA REPERCUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTICRISIS EN LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Sabido es que el artículo 27.10 de nuestra Constitución “reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”, y también es por todos conocido que es la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades (en adelante, LOU), la principal norma de referencia para definir el contenido y amplitud de dicha autonomía. No discutiremos el margen que corresponde al legislador en la conformación de la extensión y contenido de la autonomía universitaria, pues la propia Constitución remite a lo que el legislador disponga, pero habrá de admitirse como punto de partida indiscutido que algún contenido habrá que reconocerle, ya que queda protegida al máximo nivel jurídico no ya como institución constitucional, sino incluso, como derecho fundamental<sup>13</sup>.

El artículo 2 de la LOU, que tiene carácter orgánico<sup>14</sup>, desarrolla el concepto de autonomía universitaria. Partiendo de que “Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas” (apdo. 1), se detiene en enumerar una serie aspectos comprendidos en el concepto “autonomía universitaria”. El artículo 2.2 de la Ley afirma que, entre otros, “En los términos de la presente Ley, la autonomía de las Universidades comprende: [...] e) La selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades”.

La definición legal de autonomía universitaria ampara (incluso exige), por tanto, que cada Universidad desarrolle una política propia sobre su personal docente e investigador, sea laboral o funcionario, que habrá de abarcar no sólo selección (aspecto relacionado con la eventual “incorporación de nuevo personal”) sino también con la promoción de quienes integran su personal docente e investigador (aspecto, este otro, que no guarda directa relación con la incorporación de nuevo personal, por más que pueda tenerla por la exigencia de vehicular dicha promoción a través de un procedimiento de concurrencia interadministrativa de ámbito incluso europeo.

Lógicamente, las Universidades Públicas, sujetas como están al principio de legalidad (artículo 9.3 CE) habrán de realizar su política de personal que le encomienda

---

<sup>13</sup> Por todas, STC 55/1989, de 23 de febrero.

<sup>14</sup> Según se desprende de la disposición final cuarta de la propia Ley Orgánica, donde se especifica la relación de los preceptos que no participan del carácter orgánico. En esa relación no se menciona al artículo 2, por lo que íntegramente merece tal consideración jurídica.

la LOU a la par que observan las limitaciones que la Ley de Presupuestos de cada año les imponga. Pero en esta articulación de legislación sustantiva universitaria con la legislación de estabilidad presupuestaria, mucho cuidado habrá que poner para evitar que, bajo la apariencia de una disciplina de estabilidad presupuestaria, pueda llegar a menoscabarse el lícito ejercicio de la autonomía universitaria. Ciertamente, la autonomía universitaria es de configuración legal, ejercitable y amparable únicamente en el ámbito que la legalidad marca, y no fuera de ella, pero también es cierto que se trata de una autonomía que constitucionalmente queda protegida por Ley Orgánica de restricciones no previstas ni exigidas por el ordenamiento jurídico.

Así planteadas las cosas, la resolución del conflicto hoy sub iudice pasa por responder a esta segunda pregunta: ¿Ha de entenderse que la Ley Presupuestaria anual, con sus medidas de constricción del gasto de personal en pro de la estabilidad presupuestaria, puede implicar que se cercene toda política de provisión y promoción de su personal docente e investigador? ¿O significa, en cuanto a la provisión, que únicamente se le permite la selección de nuevo personal en la cuantía que, conforme a la tasa de reposición, sea legalmente admisible? ¿Significa, en cuanto a la promoción profesional, que ésta ha de quedar sujeta a idéntica tasa de reposición, pese a que la norma presupuestaria no prohíbe la promoción de personal, ni la sujeta a otro límite que el derivado del mantenimiento de la masa salarial bruta?

El problema ni se plantea en alguna Sentencias de las recaídas hasta el momento en Andalucía, como la de 8 de julio de 2013, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Córdoba; otras como la de 10 de octubre de 2013, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Sevilla o las seis del Tribunal Superior de Justicia (sede en Sevilla)<sup>15</sup>, han zanjado prácticamente de un plumazo las objeciones de las Universidades de que la interpretación de las normas controvertidas que propugna la Abogacía del Estado suponía una vulneración de la autonomía universitaria en la medida en que les impide realizar una política de promoción de personal, pese a que ninguna prohibición en este sentido se establecía en las medidas legales dictadas para lograr la estabilidad presupuestaria. Les basta y les sobra con constatar que la norma presupuestaria estatal alegada es norma básica, sin responder a la cuestión de si esa norma básica estatal realmente exige la inaplicación de otra norma, en esta ocasión orgánica, igualmente vigente y aplicable al caso

---

<sup>15</sup> Los datos identificativos de estas Sentencias se ofrece en el epígrafe siguiente.

## V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN SEVILLA

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (con sede en Sevilla) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema que venimos exponiendo en seis Sentencias. Dos de ellas se dictaron en apelación<sup>16</sup> (STSJ 01/01/2014 y 31/03/2014, Recurso 497/2013) y otras cuatro en única instancia (STSJ 30/01/2014, Recurso 562/2012; 06/02/2014, Recurso 13/02/2014, Recurso 563/2012; y 15/05/2014, Recurso 560/2012) y han sido recurridas en casación.

Las resoluciones dictadas en Andalucía (todas de la sede en Sevilla) y su interpretación del ordenamiento aplicable al conflicto han consolidado una doctrina jurisprudencial que podríamos denominar “doctrina de la primacía de la convocatoria sobre el resultado de la misma” y han marcado pauta en otras posteriores de en otras Comunidades Autónomas (vid. STSJ de Madrid de 8 de julio de 2014, Recurso 546/2013). Dejando a un lado otras cuestiones jurídicas<sup>17</sup>, la solución para el problema principal que propugna esta doctrina se caracteriza por analizar la validez de las actuaciones universitarias poniendo el foco de atención en el hecho de convocar y en las hipotéticas consecuencias que pueden derivarse de la convocatoria. Estas eventuales consecuencias, actualizas o no durante el procedimiento convocado, se hacen primar sobre el resultado real del mismo. Esto ha sido así incluso cuando el expediente administrativo demuestra que todos los que fueron admitidos a participar en el concurso eran personal de la Universidad convocante con anterioridad a dicho procedimiento, por lo que el desarrollo del concurso no nunca supuso la incorporación de nuevo personal.

---

<sup>16</sup> Las Sentencias apeladas eran, respectivamente, la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba, el 8 de julio del 2013 (181/2013) y la dictada por el Juzgado Contencioso-Administrativo de Sevilla, el 10 de octubre de 2013 (335/2013).

<sup>17</sup> Por sólo apuntar algunas de estas cuestiones, mencionaremos el problema de si la Administración estatal ha alterado sin la exigida motivación la interpretación del concepto de “tasa de reposición” (habida cuenta de que no hay precedentes de conflictos semejantes a los comentados en el texto principal y desde 1997 en que se creó la tasa de reposición las Universidades han venido aplicándola exactamente igual que en los supuestos ahora impugnados) o el problema, ya aludido, de si la tasa de reposición ha de calcularse respecto del sistema universitario en su conjunto o respecto de cada Universidad individualmente considerada; el de si el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 20/2012 es aplicable o no a las Universidades Públicas; el de si la convocatoria impugnada, por imperativo temporal, ha de respetar únicamente el Real Decreto Legislativo 20/2012 o también la Ley 2/2012 (pese a significar un efecto retroactivo de la norma); el de si la decisión de convocar X plazas (que es lo impugnado, no las bases de la convocatoria) constituye un acto administrativo de trámite de los que admiten, según el artículo 25.1 LJCA, impugnación autónoma (¿acaso la llamada al procedimiento de adjudicación de X plazas decide directa o indirectamente el fondo del asunto?, ¿esto es, si se cubren o no, y por quién; acaso impide continuar el procedimiento o produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses?); el de si la tasa de reposición puede exigirse tanto a Universidades cuyas plantillas de personal docente e investigador respetan la proporción mínima prevista en el artículo 48.4 LOU de 51-49% de empleados funcionarios y laborales (respectivamente), como a las que, en razón de su reciente creación, no lo hacen; etc.

En los casos que aquí se comentan, la Abogacía del Estado requirió a las Universidades la anulación de la convocatoria (artículo 44 LJCA) y ante la negativa de estas, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la convocatoria (y en algunos casos, también contra los nombramientos subsiguientes). Como los requerimientos interadministrativos no tienen virtualidad suspensiva del procedimiento administrativo en curso, cuando el asunto llegó al órgano jurisdiccional competente, los concursos estaban todos concluidos. Pero, aunque muchos de esos recursos ampliaron su objeto a los nombramientos, los pronunciamientos judiciales mantienen que el juicio de validez de las convocatorias ha de realizarse como si estas no se hubieran agotado, es decir, analizándolas de forma aislada del conjunto del expediente administrativo que inician.

No se da razón en sus fundamentos jurídicos de por qué esto ha de ser así.

De cara a la aplicación práctica de la prohibición legal habrá de merecer alguna consideración las especialidades del ámbito universitario, y por ello se diría que resulta igualmente fundamental saber si la prohibición ha de predicarse del resultado de la convocatoria o de ésta misma; o dicho con otras palabras, si la prohibición impone una obligación de resultado (que permite tramitar procedimientos de personal siempre que no incorporen nuevo personal) o directamente prohíbe convocar plazas por encima de la tasa de reposición. La pregunta, que en otros ámbitos es baladí, en el mundo universitario resulta que puede ser clave para la resolución jurídica del conflicto, porque como se vio antes, el procedimiento de acceso a plazas de cuerpos docentes del Estado es el único previsto en la LOU, y dependiendo de quién participe en el mismo, y sobre todo, de quién resulte adjudicatario de la misma, tanto puede acoger la provisión de nuevo personal, como el ejercicio del derecho a la carrera profesional, como servir para realizar traslado de personal de una a otra Universidad. Esta es una peculiaridad que, si ha de darse una solución justa al problema planteado en su conjunto, es necesario no desconocer, o al menos explicarse cuáles son las razones por las que resulta imperativo desconocer estas importantes diferencias.

Por el contrario, en los recursos planteados por la Abogacía del Estado contra las Universidades Públicas de Andalucía Occidental, la validez de los nombramientos se ha hecho depender única y exclusivamente de si el número de plazas convocadas se ajustaba al límite que la tasa de reposición arrojaba para la correspondiente Universidad ese año. Las Sentencias aquí analizadas ningún otro argumento han admitido para alterar esa relación “validez de la convocatoria-número de plazas no supera tasa de reposición”: ni la constatación de que en la lista de candidatos admitidos definitivamente todos tenían la condición de personal de la Universidad convocante; ni que hubiera recaído la resolución del procedimiento sobre quien ya tenía la condición de empleado de la Universidad; ni que se hubiera respetado con el resultado del procedimiento convocado la masa salarial bruta; ni que se acreditara la inocuidad de la convocatoria para la estabilidad presupuestaria, ni que se hubiera conseguido un ahorro neto de 7.000

euros anuales por cada transformación de Profesor Contratado Doctor a Profesor Titular<sup>18</sup>; ni la de que se menoscabara con ese entendimiento todo derecho de promoción profesional del personal docente e investigador<sup>19</sup>, que en el caso de los Profesores Contratados Doctores (personal laboral) que pasan a Profesores Titulares de Universidad se reconoce como derecho subjetivo, mediante el Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía<sup>20</sup>.

En cuanto a este último argumento, relacionado con la promoción del personal docente e investigador universitario, comentemos que el Tribunal Superior de Andalucía (sede en Sevilla) le ha dedica atención para verificar si realmente el concurso convocado puede responder a un procedimiento de promoción analiza quiénes pueden, de conformidad con la LOU, presentarse a la convocatoria de las plazas de Profesores o Catedráticos de Universidad. Y así, al comprobar que legalmente pueden participar en el procedimiento quienes hayan conseguido la pertinente acreditación de la ANECA aunque no sean profesores de Universidad, sus Sentencias concluyen que la convocatoria es de provisión de personal y no admiten que puedan dar cobijo a procedimientos de promoción (se diría que desconoce que en el ámbito universitario la promoción profesional es inter-universitaria). De ahí que el Tribunal no consienta que las convocatorias impugnadas queden al margen del límite de la tasa de reposición<sup>21</sup>.

Para el Tribunal andaluz resulta indiferente que durante el plazo de presentación de solicitudes de participación, no se hubiera detectado la existencia real de personas que, sin ser profesores universitarios, tengan la acreditación de la ANECA en la especialidad convocada; también es irrelevante para el Tribunal, la realidad puesta de manifiesto por el expediente de que ninguna de esas personas llegó efectivamente a solicitar su participación en el procedimiento. Con que tal eventualidad se admita por el ordenamiento jurídico es suficiente para que las Sentencias afirmen que la convocatoria únicamente puede tenerse como convocatoria para la incorporación de nuevo personal, y por consiguiente, para afirmar que su validez depende del respeto cuantitativo del límite de la tasa de reposición.

---

<sup>18</sup> Al menos, así se demostró en los casos Andaluces.

<sup>19</sup> La alegación de este derecho a la promoción del personal de la Universidad (derecho consagrado por el EBEP y también por los Convenios), ha sido duramente calificado por el TSJ de Galicia (FJ 4) como ha sido tildado como “un juego de palabras”, “un uso semántico del idioma, so pena de ocultar bajo tal denominación lo que realmente integra un nuevo ingreso o una nueva incorporación de personal” (la cursiva no es original).

<sup>20</sup> Publicado en el *BOJA* de 9 de mayo de 2008, en cumplimiento de la Resolución de 21 de abril de 2008, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social. En consonancia con el EBEP, este convenio especifica el procedimiento para la promoción del PDI laboral de la categoría Profesor Contratado Doctor a la de Profesor Titular de Universidad, así como la amortización obligatoria de la plaza laboral si el adjudicatario de la plaza convocada fuera PDI laboral de la Universidad convocante.

<sup>21</sup> Véase el FJ 2 de cualesquiera de las Sentencias dictadas en única instancia, que son reproducción literal unas de otras.

Esta es la doctrina hasta el momento predominante. Otros Tribunales Superiores de Justicia han coincidido en idéntica apreciación (Galicia) o expresamente la han seguido (Madrid). Pero como descuida el elemento teleológico de la norma que aplica (que única y exclusivamente es presupuestario), esta doctrina jurisprudencial provoca un nuevo problema, que deja sin resolver.

En efecto, esta doctrina genera un problema sustantivo en la política de personal universitario, ya que obstaculiza seriamente que las Universidades puedan materializar la excepción que representa la tasa de reposición, y les obliga, de facto, a sujetarse a la regla general de prohibición absoluta de incorporar nuevo personal.

Si se admite que la tasa de reposición se consume con la sola convocatoria, en los casos, como todos los conflictivos, en que las plazas convocadas sean ganadas por quienes ya eran empleados de la Universidad convocante, resulta inmediato que a esa Universidad le será imposible conseguir incorporar como nuevo personal el número de profesores que la tasa de reposición le permite. Ilustrémoslo con un ejemplo: decíamos páginas atrás que, en virtud de la salvedad que representa el 10% de la tasa de reposición sobre la prohibición de incorporar nuevo personal, una Universidad Pública cuya plantilla sufriera la baja de 20 de sus empleados en 2011 y comenzara el año 2012 con 1.000 empleados, se le ha de permitir convocar los procedimientos administrativos para incorporar a 2 nuevos empleados PDI y así poder terminar el ejercicio, con un máximo de 1.002 plazas cubiertas. Si se afirma que la tasa de reposición se agota con la convocatoria de dos plazas de PDI, aunque los procedimientos de acceso a cuerpos docentes estatales convocados se adjudiquen finalmente a quienes ya eran empleados públicos de esa Universidad, no hace falta decir que dicha Universidad (como todas las afectadas por las Sentencias aquí agrupadas) no logrará conseguir el incremento de personal docente e investigador con que el ordenamiento le significa por la trascendencia que reconoce al servicio universitario. Bajo la veste de una medida presupuestaria de crisis, quedará vulnerado el ámbito de lícita autonomía universitaria querida por la Ley, en lo que hace a la política universitaria de personal. Y otro tanto, puede decirse del derecho a la carrera profesional o al derecho a la movilidad por traslado del personal docente e investigador universitario.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo de esta comunicación quedan expuestas las dificultades jurídicas que plantea la aplicación de la “legislación de crisis” que se ha adoptado para el sector público (Universidades Públicas inclusive), desde diciembre de 2011 buscando una muy estabilidad presupuestaria, necesaria desde el punto de vista sustantivo o económico, como también formal o constitucional (o incluso europeo). Mal que nos pese estas

dificultades y conflictos tienen su última razón de ser en la mejorable técnica jurídica de nuestro legislador, que, justificado por la urgencia con que se toman las medidas, dedica menos tiempo del deseable a pulir la redacción de los preceptos para que el engranaje entre todas las piezas de nuestro ordenamiento jurídico tenga lugar sin disfunciones.

Así ha quedado patente cuando se han aplicado las medidas presupuestarias de crisis sobre el personal docente e investigador universitario: las dificultades de aplicación de las medidas de estabilidad presupuestaria han sido de todo orden y hasta tal punto que el desencuentro no ha podido vehicularse más que a través de recursos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Pero lo más paradójico es que la interpretación que la Administración del Estado mantiene de la legislación de crisis que comentamos, avalada hasta el momento por la jurisprudencia de la sala de Sevilla del Tribunal de Justicia de Andalucía, no mejora un ápice la situación de estabilidad de las Universidades, ni la calidad del servicio público universitario, y sin embargo, arrasa con derechos subjetivos del personal docente e investigador universitario, menoscaba el lícito ámbito de la autonomía universitaria, y, por si esto fuera poco, impide hacer realidad la tasa de reposición permitida para incorporar nuevo personal. Si el Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación actualmente pendientes no casa las Sentencias que sustentan esta doctrina jurisprudencial, tendrá que explicar cómo orillar este problema no menor.

## **LA CONTROVERSIA ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS EFECTOS DE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO EN LAS LEYES AUTONÓMICAS**

**Eliseo Aja Fernández**

*Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL CONTEXTO DE LA CONTROVERSIA. III. LA CONSOLIDACIÓN DE LAS DOS POSICIONES. IV. LOS ARGUMENTOS DE LAS DOS POSICIONES. 1. La posición del TC: inconstitucionalidad sobrevenida y nulidad. 2. La posición del TS: cláusula de prevalencia y desplazamiento de las leyes autonómicas contrarias a la legislación básica posterior. V. CONCLUSIÓN ¿CÓMO RESOLVER EL PROBLEMA? 1. ¿Un debate sobre ventajas e inconvenientes? 2. Una interpretación de la Constitución. 3. La dificultad de una solución diferente a la actual sin reforma de la Constitución.

### **I. PLANTEAMIENTO**

El rótulo de las Jornadas, “la legislación de crisis y su incidencia en el Estado de las Autonomías” me impulsó inicialmente a reflexionar sobre los grandes temas relacionados con la crisis, bien en el ámbito económico y financiero (como el aumento de control de las Comunidades Autónomas derivado de la reforma del artículo 135 CE), en el ámbito político-institucional (por ejemplo la multiplicación del Decreto-Ley) o en el social, que ha mostrado la fragilidad de los derechos sociales, tanto de la Sección Primera (la educación), como del Capítulo III (salud, servicios sociales...). En cualquier caso, había materia suficiente para enfocar los grandes temas del derecho constitucional desde la perspectiva de la crisis, con la oportunidad de revisar los grandes conceptos.

Pero el primer intercambio de ideas con los responsables de las Jornadas me condujo a rebajar planteamientos. En realidad la dirección del Gabinete Jurídico y de las Jornadas me proponía gustaría que tratara un tema mucho más concreto que les preocupaba: qué pasa con las leyes autonómicas aprobadas en desarrollo de una ley básica cuando esta se modifica, de forma que cambian las bases. Incluso me pusieron un ejemplo.

Al entrar en vigor la reforma local (Ley 27/2013), el Estado reformula la legislación básica y nos encontramos con una legislación autonómica de desarrollo que resulta incompatible con las nuevas bases. De entrada se podría pensar que dicha legislación autonómica devenía inconstitucional de manera sobrevenida, quedaba desplazada y resultaba, por tanto, inaplicable. Pero por otra parte había que valorar la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en diversas sentencias, algunas recientes (por ejemplo, la STC 177/2013, de 21 de octubre), que prohibían a los órganos jurisdiccionales inaplicar sin más la norma autonómica supuestamente contraria a la legislación básica, y les indicaba que debían plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

En realidad, la importancia de la polémica deriva de la posición distinta que mantienen el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS), y que conduce a plantearse la función de los derechos fundamentales en los conflictos de competencias (a la tutela judicial efectiva, especialmente), el papel de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE, y la propia naturaleza de la relación entre la ley básica estatal y la ley de desarrollo de las Comunidades Autónomas (CCAA), en definitiva se trataba de abordar uno de los puntos calientes de la relación entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos.

Realmente el problema presenta una dimensión notable porque la distribución de competencias en España concede gran protagonismo a la categoría de las competencias compartidas ley básica del Estado y leyes de desarrollo de las CCAA (ordenación general de la economía, educación, sanidad, medio ambiente...), pero también por el desarrollo enorme de la conflictividad entre el Estado y las CCAA, en general, y por el destino que ha seguido el Tribunal Constitucional, no sólo en este punto y ni siquiera en los conflictos competenciales, sino en general, como una de las instituciones principales del Estado<sup>1</sup>.

Es lógico que el Estado pueda reformar las leyes básicas, tan importantes, para adaptarlas a los cambios de coyuntura y lógicamente sus cambios pueden incidir en las leyes autonómicas de desarrollo. En los últimos años este fenómeno se ha multiplicado

---

<sup>1</sup> Subrayo la importancia de este tipo de competencias en el conjunto del sistema y el papel del Tribunal Constitucional en mi libro *Estado autonómico y reforma federal*, 2014, Alianza, pp. 156 y ss.

por los efectos de la crisis económica y por el cambio de la mayoría política en las Cortes Generales y el Gobierno, dada la costumbre de cambiar las leyes principales cada vez que cambiar el gobierno<sup>2</sup>.

En este supuesto, pueden aparecer divergencias entre la nueva ley básica y las leyes autonómicas, y es normal que suceda porque las autonómicas estaban adaptadas a la ley básica anterior. Este desajuste entre leyes autonómicas vigentes y la nueva ley básica del Estado carece de previsión específica en la Constitución y exige acudir a las categorías generales. En esta vía han aparecido dos maneras muy distintas de resolver la oposición entre norma básica y normas de desarrollo, que han presentado mayorías distintas en el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo: las denominamos, respectivamente, inconstitucionalidad sobrevenida (TC) y prevalencia-desplazamiento (TS).

Según el TC, la reforma de la ley básica estatal produce una inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes autonómicas que resulten contrarias y estas han de modificarse para su adaptación a la ley básica reformada. Si no se modifica, el Juez o Tribunal que deba aplicarla a un caso concreto, ha de plantear una cuestión de inconstitucionalidad (CI), para que el TC se pronuncie declarando la inconstitucionalidad de la ley autonómica por su contradicción con las bases del Estado, aplicando la doctrina de la inconstitucionalidad indirecta.

En cambio, según el TS, el Juez o Tribunal ordinarios que se encuentran con normas contradictorias entre la ley básica y la ley de desarrollo, debe comprobar que la norma estatal es realmente básica (formal y materialmente) y, en caso positivo, ha de aplicar directamente la norma del Estado en virtud del principio de prevalencia del 149.3 CE, inaplicando o desplazando a la ley autonómica vigente, sin necesidad de presentar ante el TC cuestión de inconstitucionalidad. Esta posición se enfrenta abiertamente con la doctrina del TC que siempre ha rechazado la posibilidad de que un Juez deje de aplicar una ley vigente, tanto estatal como autonómica.

Esta controversia lleva más de una década planteado con toda claridad. La sentencia de referencia es la STC 1/2003, que acoge la solución de la inconstitucionalidad sobrevenida, pero tiene tres votos particulares que defienden la segunda posición, de la prevalencia y consiguiente inaplicación de la ley autonómica vigente. De hecho, las primeras diferencias se habían planteado años antes y por tanto esta Sentencia

---

<sup>2</sup> Solo con referencia a 2013 se producen cambios importantes en la Ley Orgánica 6 de calidad educativa, 8 de rehabilitación y renovación urbanas, 19 de transparencia, 21 de evaluación ambiental, 27 de racionalización de la Administración local, además de varios decretos leyes que se fundamentan en la ordenación general de la economía (149.1.13 CE).

refleja un conflicto enconado, hace ya más de una década<sup>3</sup>. Este disenso entre el TC y el TS no sólo refleja la pugna entre los altos tribunales –a través de la interpretación de la Constitución– sino que además plantea algunos problemas de fondo del propio sistema constitucional.

Así lo ha visto, por ejemplo, el profesor Muñoz Machado que ha relacionado el disenso con la crisis del propio TC. En uno de sus libros más recientes sostiene que, más allá de los defectos en la elección de los magistrados y del abuso de la interposición de recursos, las Sentencias de inconstitucionalidad se enfrentan a dos dificultades: el retraso de su pronunciamiento (que mantiene vigente la ley inconstitucional durante muchos años) y el defectuoso cumplimiento de la Sentencia, que tiende a las formas interpretativas más que a la nulidad de la norma. En su opinión, todo ello conduciría a la crisis del modelo kelseniano de justicia constitucional concentrada porque el TC no es capaz de funcionar como legislador negativo.

“La alternativa que se va abriendo paso es la de reconocer a los Jueces y Tribunales la posibilidad de dejar inaplicadas las leyes contrarias a la Constitución, bien por confrontación directa o bien por vulneración del orden de competencias fijadas en los Estatutos o las leyes del Estado”<sup>4</sup>.

El problema es que esta solución podría abrirse paso con una reforma de la Constitución, pero mientras no se lleve a cabo, es difícil sostener la aplicación de una interpretación tan contraria a la doctrina del TC. Yo he apuntado un diagnóstico parcialmente distinto, que sitúa el origen de la crisis del TC como juez de los conflictos entre el Estado y las CCAA en el propio núcleo de la autonomía, que es la distribución de competencias, y la multiplicación de los conflictos. Ciertamente hay algunos problemas de fondo del TC, en torno al nombramiento de los magistrados (el sistema de cuota, por ejemplo) pero el problema principal deriva del enorme número de conflictos, que ha conducido al protagonismo del TC, primero, y a su colapso después. Al final, se ha producido una judicialización del sistema competencial, que impregna todas las normas (llega al máximo en los nuevos Estatutos, de Cataluña y Andalucía, que fragmentan tanto las competencias para blindarlas en sede judicial), olvidando el objetivo principal que es facilitar el funcionamiento del sistema.

---

<sup>3</sup> RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: “A vueltas con la cláusula de prevalencia del derecho estatal: sobre la inaplicación judicial de leyes autonómicas (A propósito de la STC 62/2011, de 16 de mayo)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2012.

<sup>4</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España*, 2012, Madrid, Crítica, p. 218.

En todo caso, para clarificar el debate, se impone la distinción entre la interpretación de la controversia que puede realizarse hoy y la que podría introducirse con una reforma constitucional futura, como se apuntará al final.

## II. EL CONTEXTO DE LA CONTROVERSIA

Las primeras sentencias de los tribunales ordinarios que inaplican leyes autonómicas dando la prevalencia a la ley estatal aparecen en 1986 y llaman la atención de la doctrina en los años noventa. Para entonces ya existía una teoría constitucional relativamente consolidada sobre algunos elementos que debemos tomar en consideración. Por ser bien conocidos, sólo apunto algunas ideas como recordatorio de las normas constitucionales principales que nos interesan.

El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y su excesivo protagonismo.

A partir del dogma de la Constitución como norma suprema, que puede asumirse con una remisión al famoso trabajo de García de Enterría, *La Constitución como norma*, se produjo una aceptación sin reticencias por la doctrina y la jurisprudencia del modelo de justicia constitucional concentrada, con muchos poderes, como otro artículo famoso de Rubio Llorente puso de manifiesto, subrayando que tenía más que su equivalente alemán, considerado el más fuerte hasta fecha. Además, el propio TC emprendió su andadura con una dinámica claramente expansiva, muy visible en los recursos de amparo, que estimuló abiertamente (ningún problema atinente a la libertad es ajeno a este tribunal, llegó a afirmar y sostuvo como política judicial en las primeras décadas), de modo que el número de recursos de amparo llegó con los años a los diez mil anuales.

Uno de los rasgos esenciales del poderoso TC previsto por la Constitución es el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes (salvo eventualmente las preconstitucionales), y su relación con los tribunales ordinarios mediante la Cuestión de Inconstitucionalidad (CI). Se admite pacíficamente desde el principio que el sometimiento de los jueces al imperio de la ley (117.1 CE), implica que han de aplicar la ley vigente en cada caso y esto es válido igualmente para las leyes autonómicas (153.a)). El Juez aplica la ley o plantea una cuestión de inconstitucionalidad, si considera que es contraria a la Constitución, no tiene alternativa (otra cosa es la normativa comunitaria, como se verá). Por otra parte, la relación entre el TC y el TS se teoriza diciendo que cumplen funciones diferentes y no existe superioridad “salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”, pero esta salvedad resultará decisiva en materia de derechos fundamentales por el posible efecto del recurso de amparo.

El monopolio del control de las leyes por el TC se manifestó con rotundidad en la STC 23/1988, que resolvía un amparo contra una sentencia de un tribunal de trabajo que inaplicaba una ley postconstitucional por ser contraria al principio de igualdad del artículo 14 CE. No se trata de una mala interpretación de la ley aplicable, que sería un problema de legalidad, sino de un error en la aplicación de las fuentes del derecho que conduce a estimar una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial; ha fallado el sistema de fuentes porque el Juez carece de poder para inaplicar una ley. Un comentario de E. Alonso previno ya entonces sobre el enorme efecto que podría desarrollar esta vía del amparo frente a la vulneración judicial de las fuentes del derecho<sup>5</sup>.

El protagonismo del TC se advierte también desde el primer momento en la amplitud de su función para resolver conflictos de competencias entre las CCAA o entre estas y el Estado, de acuerdo con el amplio contenido que se otorga al bloque de constitucionalidad (Constitución, Estatutos y leyes delimitadoras de competencias, artículo 59 LOTC), que es en sí mismo una construcción del TC. Ciertamente ha configurado algunas doctrinas importantes de medio alcance (prohibición del *spending power*, acción exterior diferente a relaciones internacionales, etc.) pero en general la tarea del tribunal resulta bastante pragmática y está lejos de pacificar una conflictividad que no se reduce pese al número de sentencias pronunciadas.

En concreto, la competencia diseñada como legislación básica del Estado y leyes de desarrollo y ejecución autonómicas carece de definición en la Constitución y los Estatutos (lo intentan las reformas del 2006) y su construcción es obra del TC, especialmente a partir de la STC 69/1988, pero con numerosos vaivenes y distinciones según las materias<sup>6</sup>. El volumen enorme de conflictos y retraso consiguiente de las sentencias tiene un efecto adicional en este tipo de competencias por la función creciente del *ius superveniens* (admitido y definido por las STC 85/1985, 27/1987 y otras muchas). La sentencia que resuelve un conflicto debe aplicar el derecho del Estado vigente en el momento de dictarse (no la existente cuando el conflicto se planteó) y como la diferencia entre los dos momentos puede ser de 7, 8, o más años, es muy probable que la ley estatal haya cambiado, lo que multiplica los conflictos de normas.

Escasa utilidad de la cláusula de prevalencia, del artículo 149.3 CE.

---

<sup>5</sup> ALONSO, E.: "El control por el Tribunal Constitucional del sistema español de fuentes del Derecho a través del artículo 24 de la Constitución", *REDC*, 1988, núm. 24, pp. 191-2.010.

<sup>6</sup> La construcción jurisprudencial de las competencias puede verse en G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, 2005, pp. 301 y ss.

Recordemos que, junto a otras cláusulas, el artículo 149.3 CE contiene una que dice que las normas del Estado “prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de estas”.

En los primeros años de vigencia de la Constitución los esfuerzos doctrinales se centraron en buscar una interpretación del artículo en el conjunto del ordenamiento autonómico, sin conexión particular con la legislación básica y de desarrollo, que facilitara la funcionalidad de las competencias.

La terminología (“prevalecerán”) parecía dirigir la interpretación hacia las cláusulas de prevalencia propias del federalismo y en este sentido se orientaron los estudios iniciales de los profesores Parejo, García Enterría, I. de Otto, etc. Sin embargo, la estructura del 149.3 CE dificulta su aplicación en el sentido de la prevalencia alemana o la *preemption* americana, como se ha explicado repetidamente, porque en España la configuración del bloque de constitucionalidad (Constitución y Estatuto de Autonomía) conduce al examen general de los límites competenciales de las dos normas, la estatal y la autonómica.

Con esta idea fundamental, la mayoría de la doctrina insistió en la consideración de la prevalencia como norma de conflicto y no de competencia, en la línea que también marcó la STC 76/1983/9 al anular un precepto de la LOAPA que intentaba precisar el sentido de la prevalencia ante el abuso terminológico de los EEAA, que calificaban a casi todas las competencias como exclusivas. Por tanto, la norma constitucional no podía determinar competencias nuevas para el Estado sino, a lo más, actuar como norma de conflicto para dar una salida momentánea a la contradicción normativa<sup>7</sup>.

En esta dirección, para alumbrar posibles funciones como norma de conflicto, se mueve la mayoría de los estudios de los años posteriores (Gómez Ferrer, Leguina, Tornos...). Pero la consideración como norma de conflicto tampoco es fácil, en parte por la negativa de la propia norma a que la prevalencia opere cuando concurren competencias autonómicas exclusivas, y en parte por la generalización del término “exclusiva” para la mayoría de las competencias de las Comunidades Autónomas (CCAA). Este abuso terminológico fue admitido por el TC, y ello exigía la clarificación del tipo competencial en cada caso y por tanto impedía prácticamente el juego del 149.3 CE como cláusula de conflicto, que requiere una aplicación automática.

<sup>7</sup> Buenas síntesis en BORRAJO INIESTA, I.: “El orden constitucional de competencias y ordenamientos (artículo 149.3 CE)”, en CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ PIÑERO, *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2008, pp. 2.479-2.503 y en F. J. MATÍA PORTILLA, “Algunas consideraciones sobre la prevalencia y la primacía” en A. LÓPEZ BASAGUREN y I. ESCAJEDO, *Los caminos del federalismo y los horizontes del Estado autonómico*, Oñati, 2014, pp. 1.347-1.358.

Este automatismo resultaba en la práctica imposible porque toda contradicción de normas estatales y autonómicas conducía a la previa clarificación de la titularidad competencial.

Pese a todo, a mediados de los años ochenta, el TS dicta algunas sentencias que entienden la prevalencia como aplicación directa de la ley estatal básica, evitando la CI. Se aplica directamente, por ejemplo, la legislación básica de empleo público en relación con la ley catalana de medidas urgentes en función pública, sobre participación en concursos de personal contratado, aunque apenas se destaca la trascendencia de sustituir al TC por el TS y el juicio de constitucionalidad por la inaplicación de las leyes autonómicas.

Su relevancia aparece con algunos trabajos doctrinales que continúan buscando un sentido al artículo 149.3 CE, al tiempo que pretendían mejorar la relación entre leyes y reducir la conflictividad ante el TC. Por ejemplo, el profesor Tornos, en un trabajo de 1991 parte de la consideración del artículo 149.3 CE como cláusula de conflicto para aplicarla a casos prácticos que van apareciendo, como sería la aprobación en 1990 de la ley básica del Estado y la ley de desarrollo de la Generalitat de Cataluña. La cuestión es ¿debe el Estado impugnar todas las leyes desarrollo de CCAA cada vez que apruebe una ley básica reformando algunas bases? Tornos distingue entre una solución inmediata del conflicto y su resolución competencial definitiva, separando el juicio de aplicación y el juicio posterior de validez. Este será resuelto por el TC, mediante la cuestión de inconstitucional, pero la prevalencia sirve al Juez ordinario para decidir la aplicación de la ley estatal en el pleito concreto que se plantea.

“En este caso, la prevalencia determina la mera inaplicación de una ley, y mantendrá su fuerza hasta tanto se pronuncie de forma definitiva o incidental el Tribunal Constitucional”<sup>8</sup>.

Frente a estos intentos doctrinales, el TC mantiene la posición de monopolio en el control constitucional de las leyes. Por ejemplo, la STC 156/1995 es muy rotunda en la reafirmación del monopolio porque el Juez a quo había planteado la posibilidad de resolver él mismo la contradicción normativa.

Además el TC admite sistemáticamente el recurso de amparo cuando el Juez aplica directamente la ley básica y desplaza la ley autonómica vigente. En la STC 173/2002 acepta el RA de la Generalitat de Cataluña contra Sentencia de TSJ de Cataluña que estimó parcialmente una demanda de devolución de ingresos de la tasa fiscal

---

<sup>8</sup> TORNOS MAS, J.: “Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia”, *REDC*, núm. 33, 1991, p. 35.

del juego. Los argumentos son muy contundentes al considerar a la Sentencia del TSJ no fundada en derecho por no haber aplicado una ley autonómica vigente, en vez de plantar una cuestión de inconstitucionalidad, si la consideraba contraria a la Constitución. Esta ignorancia del sistema de fuentes del derecho supone siempre una violación del DF del 24 (proceso debido e indefensión).

Por tanto, antes de la STC 1/2003, que hemos tomado de referencia, se puede considerar que el TC no había aplicado la prevalencia del 149.3 CE, en sentido estricto, en ninguno de sus procedimientos. Es más, el TC utiliza el término en un sentido muy diferente, como prevalencia de una competencia sobre otra, cuando entre varios títulos competenciales alegados en un conflicto debe determinar el aplicable. Sin embargo, continúan siendo muy numerosos los conflictos competenciales y, en concreto, los que afectan a las competencias bases-desarrollo, de modo que los partidarios de la prevalencia y desplazamiento juzgan razonable su interpretación, tanto en tribunales (no solo el TS, frecuentemente el TSJ correspondiente), como en la doctrina.

### III. LA CONSOLIDACIÓN DE LAS DOS POSICIONES

En la STC 1/2003 aparecen enfrentadas las dos posiciones, de manera consciente y con una formulación muy acabada. La Sentencia resolvía un recurso de inconstitucionalidad (RI) planteado por el Gobierno central contra la Ley de Extremadura 5/1995 de la Función Pública, por regular causas de pérdida de la condición de funcionario no previstas en la legislación básica estatal, tras la reforma de ésta por la Ley 13/1996.

El TC considera que tanto la pérdida de la condición de funcionario, como las situaciones administrativas que puedan acontecer a lo largo de la carrera funcional, son dos aspectos que claramente forman parte del concepto constitucional de “estatuto de los funcionarios públicos”, que corresponde al Estado como legislación básica y a las CCAA como desarrollo legislativo y ejecución.

Inicialmente, los preceptos de la Ley extremeña introducían una regulación legítima, pues las disposiciones legales controvertidas respetaban plenamente las bases estatales entonces vigentes. Pero el legislador estatal aprobó la Ley 13/1996 e introdujo nuevas bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, que ya no resultan compatibles con las disposiciones autonómicas impugnadas.

El legislador estatal goza de libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, aceptando o no las fijadas anteriormente, y la Sentencia se pronuncia sobre la constitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados

tomando como parámetro de control el *ius superveniens*, es decir, no la legislación básica estatal vigente en el momento de formularse el recurso de inconstitucionalidad, sino la realmente en vigor en el momento en que el TC dicta sentencia.

Por tanto, la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas respecto a las nuevas bases en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos, adoptadas por el legislador estatal, determina la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas disposiciones autonómicas, originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias (FJ 9). La Sentencia añade que los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad de la ley autonómica (artículo 39.1 LOTC) deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal 13/1996.

Los votos particulares cuestionan este planteamiento de manera general y plantean una alternativa global a la inconstitucionalidad dictada por el TC, el desplazamiento de la ley autonómica por la ley estatal. Comienzan aludiendo a la complejidad del sistema autonómico y a la conveniencia de introducir criterios nuevos para resolver antinomias como la planteada, y sostienen que el TC debió acudir a la cláusula de prevalencia del 149.3 CE y no a la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos autonómicos.

La razón es que la CA actuó dentro de sus competencias cuando aprobó la ley controvertida y solo después, por reforma de la ley estatal, apareció la contradicción. Esta ha de resolverse aplicando la legislación básica estatal, que debe prevalecer sobre las leyes de las CCAA, por la relación lógica que existe entre establecer las bases y desarrollarlas, y por la supremacía de la ley estatal que encuentra fundamento en la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE. La prevalencia no da lugar a la nulidad de la norma autonómica sino a su inaplicación, una vez que la ley estatal despliega su eficacia. “Las modificaciones sobrevenidas en la legislación básica estatal desplazan las normas autonómicas incompatibles con ellas, sin necesidad de declararlas inconstitucionales ni nulas” (núm. 5 del voto particular), haciendo posible “una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas” de un sistema jurídico complejo como es el autonómico.

De acuerdo con esta doctrina, cada Juez y tribunal puede resolver directamente las colisiones, cada vez más frecuentes, entre normas autonómicas, aprobadas válidamente, y leyes estatales que modifican las bases de una materia. Si la ley estatal no es básica, aun proclamándose así, el Juez planteará la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del bloque de constitucionalidad. Pero si la ley estatal es básica, formal y materialmente, la aplicará directamente, desplazando a la ley autonómica, “exactamente igual que si la ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del derecho comunitario” (núm. 6).

Pocos meses después la STS de 13 de octubre de 2003 realizaba una exposición teórica notable sobre el desplazamiento de las leyes autonómicas por la prevalencia de las leyes estatales, con argumentos muy parecidos a los anteriores. Comienza subrayando la complejidad que presenta el Estado autonómico en el sistema de fuentes del derecho, como sucede también en otros Estados compuestos y federales; alude correctamente a la pluralidad de ordenamientos jurídicos, la jerarquía de la Constitución y las funciones que corresponden al TC, a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, así como los otros mecanismos previstos en la Constitución para la resolución de antinomias, acabando por destacar la función que puede desempeñar la cláusula de prevalencia del 149.3 CE. La Sentencia recoge a continuación las afirmaciones mayoritarias en la doctrina sobre su naturaleza de norma de conflicto, no atributiva de competencias, que impulsa al Juez a buscar la norma más ajustada a la distribución de competencias para proceder a su aplicación.

En los años siguientes una serie de Sentencias del Tribunal Supremo, mayoritariamente en el ámbito del urbanismo, aplican el criterio del desplazamiento, que se va extendiendo progresivamente en la jurisprudencia, como ha sistematizado J. A. Razquín<sup>9</sup>.

La mayoría de los pronunciamientos del TS resuelven un recurso de casación contra una sentencia previa del Tribunal Superior de Justicia que resolvía una contradicción entre la ley básica del Estado y la ley autonómica de desarrollo, imponiendo la norma básica e inaplicando la autonómica, en virtud del principio de prevalencia y sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad. El TS acepta y refuerza esta solución. Así se fundamentan la STS de 6 de junio de 2007, reiterada por la de 27 de diciembre de 2007 y la de 30 de enero de 2008, todas ellas estableciendo la innecesariedad de la interposición del recurso administrativo contra planes de urbanismo por ser normas generales. La STS de 28 de enero de 2008 inicia otro grupo de sentencias que resuelven la contradicción entre leyes autonómicas de urbanismo y la reforma posterior de la Ley del Suelo, de 1998, sobre la cesión del 10% del aprovechamiento medio. También se pronuncian varias sentencias sobre educación, como la STS de 7 de abril de 2009 que encabeza un nuevo grupo.

Pero mientras el TS consolida esta línea, también el TC continúa manteniendo su tesis sin concesiones y utiliza los RA, por vulneración del 24 CE, para proteger a las CCAA cuyas leyes han sido inaplicadas por los tribunales, por tener artículos contrarios a leyes básicas posteriores, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad. Así la STC 58/2004, que contiene una remisión expresa a la STC 173/2002, ya mencionada.

---

<sup>9</sup> RAZQUÍN LIZARRAGA, *op. cit.*

## IV. LOS ARGUMENTOS DE LAS DOS POSICIONES

Por tanto, aunque se iniciara antes, desde hace más de una década esta formulada con toda claridad una discrepancia entre las dos posiciones que tienen mayoría respectivamente en el TC y en el TS y que además atribuyen una función diferente a cada uno de los máximos tribunales. Pero no se trata, como en otros casos, de un enfrentamiento de cariz corporativo, o no sólo es esto, sino que manifiesta una clara diferencia en la interpretación de la Constitución, que afecta a puntos sustanciales de la misma. Por eso vale la pena, antes de proponer una solución, sistematizar los conceptos principales en juego, sobre la base de las sentencias que mejor han formulado la posición respectiva.

### 1. La posición del TC: Inconstitucionalidad sobrevenida y nulidad.

Las Sentencias últimas del TC no solo reafirman su teoría de la inconstitucionalidad sobrevenida para tratar la antinomia que examinamos sino que, además, siempre conceden el amparo cuando se plantea contra la Sentencia del tribunal ordinario que inaplicó la ley autonómica sin plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Es el caso de la STC 66/2011 (asociación de vecinos contra un Ayuntamiento de Tenerife y el Cabildo); de la STC 187/2012 (Roda del Vallès) y STC 177/2013 (Cadaqués), entre las más recientes. La STC 187/2012 cita hasta 11 sentencias constitucionales en el mismo sentido.

La STC 66/2011 resuelve un RA planteado por una asociación vecinos contra las sentencias que daban la razón a un Ayuntamiento de Tenerife y al Cabildo, enfrentados por las normas aplicables a los acuerdos sobre la capitalidad de los municipios. La Ley canaria de Administraciones Públicas requería una mayoría de dos terceras partes del número de los miembros de la corporación y la LBRL exige mayoría absoluta, de manera que las normas resultaban contradictorias. El Cabildo de Tenerife (29 miembros) alteró la capitalidad de un municipio por 19 votos contra 10, lo que incumplía la Ley canaria, pero respetaba la mayoría de la LBRL, desde la reforma realizada por la Ley 57/2003, porque antes tenía exactamente la fórmula que hoy mantiene la Ley canaria, adoptada de la ley básica anterior.

El TC considera que la reforma de la ley básica no produce desplazamiento o pérdida de eficacia de la norma autonómica sino su inconstitucionalidad sobrevenida, de manera que la inaplicación de la ley autonómica, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, realizada por las sentencias recurridas, vulnera la tutela judicial efectiva sin indefensión y de un proceso con todas las garantías (artículo 24 CE). Así el TC, invocando diversas sentencias (STC 173/2002, 1/2003 y varias más), otorga el amparo por vulneración de la tutela judicial del artículo 24 CE.

La STC 187/2012 aborda un RA promovido por la Generalitat de Cataluña contra una sentencia del TS dictada en un recurso de casación por inaplicación de la ley catalana vigente, con expreso apoyo en la STC 173/2002. Pero en este caso destaca la argumentación sobre la vulneración del sistema de fuentes que supone, desconociendo el sometimiento de los jueces a la ley, determinado por la Constitución, y la vulneración del derecho a la tutela judicial, porque la sentencia que parece formalmente motivada no está fundada en derecho. Aunque existían precedentes, la Sentencia refuerza (FJ 2) la legitimación de las CCAA para interponer el RA en estos casos, lo que unido a la nulidad de la Sentencia del TS que impone, muestra la rotundidad de la posición del TC y la efectividad de sus instrumentos. Es una forma de anunciar a todos los tribunales ordinarios que no aceptará ninguna sentencia que realice el desplazamiento de una ley autonómica por una ley básica posterior y que en tales casos se impone el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

La STC 177/2013, resuelve también un RA de particulares, en el que comparece la Generalitat de Cataluña, planteado por exceso de jurisdicción que vulnera el 24 CE, al rechazar la aplicación de una ley autonómica sin elevar cuestión de inconstitucionalidad. Se trataba de la inaplicación de la DT 4.<sup>a</sup> de la Ley 10/2004 de Urbanismo de Cataluña en favor de la legislación estatal, que había sido confirmada por la STS de 13 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso, Sección 5.<sup>a</sup>. Con notable celeridad el TC otorga el recurso de amparo y recupera la doctrina más dura sobre la CI, para recordar que la Constitución impide al Juez ordinario inaplicar una ley postconstitucional y si la considera contraria a la Constitución, debe elevar la CI al TC.

El voto particular matiza razonamientos anteriores porque no sostiene que en el caso se trate del criterio de prevalencia, como el apareció en el “debate interno de este Tribunal” en las SSTC 1/2003 y 66/2011, entre otras, y sostiene que se trata de la función judicial de selección de la norma aplicable entre una ley estatal y otra autonómica, que regulan de forma distinta un mismo supuesto de hecho (eficacia de las normas urbanísticas no publicadas) que el Juez debe resolver como cuestión de legalidad ordinaria. Así, el voto particular, al sostener que no se trató de un desplazamiento de la norma autonómica sino de la selección de la norma aplicable al caso, realizando una interpretación integradora (artículo 5.3 LOPJ) parece querer limitar el alcance del enfrentamiento, ¿Es un razonamiento para el caso concreto o anuncia una reducción de la beligerancia del TS?

En resumen los argumentos más destacados de la doctrina del TC son:

La sentencia debe comprobar que se trata realmente de una norma básica respecto a la ley autonómica, porque es lo que introduce los efectos del *ius superveniens*.

En caso afirmativo, se trata de dos leyes vigentes y contradictorias, de manera que una de ellas ha vulnerado el bloque de constitucionalidad y el TC debe decidir dónde está el exceso competencial.

El tribunal ordinario que encuentra este supuesto debe plantear la CI sobre la ley que excede su competencia al TC para que decida sobre la validez o nulidad de la ley. Es importante aplicar los requisitos de la CI (artículos 35 y ss. LOTC) y especialmente el juicio de relevancia.

Si el juez o tribunal, en vez de plantear la CI, aplica la ley básica posterior e inaplica la ley autonómica, el Juez está suplantando la función del TC y vulnera el sistema de fuentes del derecho, porque el Juez está sometido a la ley y no puede dejar de aplicar una ley vigente.

La inaplicación de una ley vigente constituye vulneración de la tutela judicial del artículo 24 CE y permite interponer recurso de amparo. Aunque la Sentencia recurrida parece motivada, se trata de una “resolución no fundada en derecho” (por ejemplo, STC 173/2002/8).

Las CCAA tienen legitimación para plantear el RA por esta razón, lo que supone que las CCAA podrán recurrir y obtener la nulidad de toda decisión judicial de inaplicación de la ley autonómica por ser contraria a una ley básica posterior, seguramente con una multiplicación de los conflictos Estado-CCAA, ahora vía 24 CE.

## **2. La posición del TS: Cláusula de prevalencia y desplazamiento de las leyes autonómicas contrarias a la legislación básica posterior.**

Es la posición sostenida por la mayoría de Sentencias del TS, con algún voto particular importante, así como por una minoría del TC mediante los votos particulares ya citados. En los últimos años destaca la STS de 9 de diciembre de 2008 (Plan General de Urbanismo de Castellón), seguida por la SSTS de 11 de mayo de 2009, entre otras, así como las muy importantes SSTS de 28 de junio de 2012 y 25 de septiembre de 2013.

La STS de 9 de diciembre de 2008 (Sala Contencioso, Sección 5.<sup>a</sup>), resuelve un recurso de casación dirigido contra la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana que, a su vez, desestimó el recurso interpuesto contra la resolución de la Consejería

de Obras Públicas que aprobó definitivamente la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Castellón<sup>10</sup>.

La Sentencia busca un apoyo adicional de la Constitución para la ley básica en el derecho de audiencia reconocido en 105.a) CE, entendiendo que se proyecta en la norma básica estatal (Ley 6/1998 sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones), determinando que la legislación urbanística garantice la participación pública en los procesos de planeamiento. Este principio estaría vulnerado por la Ley Urbanística valenciana 6/1994 al no establecer un trámite de segunda información pública, para el caso en que se produzcan modificaciones sustanciales tras la primera información.

Para el TS la sentencia recurrida no tomó en cuenta que la Ley valenciana incumplía el mandato de participación introducido por la ley básica del Estado. Con remisión a numerosas sentencias previas, especialmente en el ámbito de los contratos administrativos, el TS plantea la solución del caso por la aplicación directa de la ley básica, fundada en el principio de prevalencia del artículo 149.3 CE. La ley estatal, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 149.1.18 CE, establece una norma procedimental básica, que exige a la legislación urbanística autonómica el respeto de la participación pública en los procesos de planeamiento, y aquella norma es predominante. Ante la complejidad del sistema jurídico, concluye la Sentencia, si la ley autonómica no respeta la norma básica, esta debe aplicarse directamente.

La Sentencia contiene un voto particular (Magistrada María Pilar Teso), que pone de relieve principalmente la incoherencia de que un tribunal determine el desarrollo concreto de una ley básica, ocupando el lugar y la función del legislador autonómico, sustitución que en este caso resultaba evidente por las posibles formas y supuestos diferentes de audiencia que cabe articular en un plan de urbanismo.

La STS de 25 de septiembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5.<sup>a</sup>), tiene el mayor interés porque se enfrenta directamente al problema que supone la controversia entre el TS y el TC. Se plantea sobre la misma materia que ya se ha examinado, la información pública en la tramitación de un plan especial de urbanismo, cuando tras la aprobación inicial del plan se hubieren introducido modificaciones sustanciales, y la ley autonómica no prevé una segunda información pública. El recurso y la propia sentencia aluden repetidamente a la doctrina de la STS de 9 de diciembre de 2008, recién mencionada.

---

<sup>10</sup> Un comentario interesante en HINOJOSA MARTÍNEZ, E.: “La inaplicación judicial de leyes autonómicas por prevalencia del derecho del Estado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2009.

Contrapone la sentencia el mandato de la ley básica estatal de garantizar la participación pública en la elaboración de los planes de urbanismo y la ley autonómica que no acogía una segunda información o una previsión semejante cuando se produjeran cambios sustanciales en la aprobación provisional del plan. Añade que las sentencias del TS ante semejante antinomia se han inclinado por aplicar directamente la ley básica del Estado, produciendo la nulidad de la resolución administrativa que aprobaba el plan.

La Sentencia explica con claridad que el Tribunal Constitucional (STC 187/2012) ha anulado otra previa del TS que contenía la doctrina que se viene exponiendo, con el argumento principal, dice, de que la contradicción entre una ley básica del Estado y otra autonómica de desarrollo no se puede resolver mediante la inaplicación de ésta, en virtud del principio de prevalencia, sino que exige el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. El TS explica su posición:

“Esta Sala, como no podía ser de otro modo, siendo respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional, ha matizado sus razonamientos en los términos expresados en el Auto de 30 de abril de 2013...”

La corrección en la doctrina general parece limitarse a introducir la importancia del caso concreto en que se plantea la controversia y a subrayar el papel del Juez en la selección de la norma aplicable a cada caso, como ya exponía el voto particular (González Rivas) de la última STC citada.

Por lo demás, la Sentencia refuerza la consideración de la ley básica por la conexión material con el artículo 105.a) CE y su efecto en la aplicación directa, frente a la falta de adecuación de la ley autonómica correspondiente. Aceptando el reproche de que la aplicación judicial de la norma básica restringe opciones de desarrollo que podía incluir la ley autonómica, se valoran más las posibilidades participativas que supone una segunda información pública, si se han producidos cambios sustanciales en el plan. El principio de audiencia pública del artículo 105.a) CE, que supone la vulneración de la participación ciudadana en la elaboración del plan, es superior a los inconvenientes que puede suponer la inaplicación de la ley autonómica y por tanto justifica su desplazamiento. La Sentencia deja un poco para el final la fundamentación en el principio de prevalencia, insistiendo en la necesidad de dar respuesta a la complejidad del sistema normativo del Estado autonómico. En todo caso, el reforzamiento de la posible inconstitucionalidad de la ley autonómica, por contradicción con el 105.a) CE no deja de subrayar la posición del tribunal ordinario en el control de la ley, que es la piedra de toque de la controversia.

En resumen, los argumentos más importantes de esta posición son:

- a) La complejidad del sistema de fuentes del Estado autonómico justifica la existencia de reglas generales que resuelvan antinomias y, en concreto, permite dar cierto sentido a la cláusula de prevalencia del 149.3 CE.
- b) La aplicación directa de la ley básica es consecuencia de la función judicial de selección de la norma aplicable al caso.
- c) Ante una norma básica y una de desarrollo, si básica realmente lo es, justifica su superioridad intrínseca y por tanto la aplicación de la cláusula de prevalencia.
- d) No se anula la ley, y por tanto no se invade la función del TC, ya que sólo se produce un desplazamiento de la ley autonómica contraria a la básica, sin decidir sobre su constitucionalidad y validez.
- e) Esta solución introduce evidentes ventajas prácticas, porque se resuelve el caso de manera inmediata, sin los enormes retrasos que produce la CI.
- f) La función del tribunal ordinario es la misma que la inaplicación judicial de la ley por efecto directo del derecho comunitario.
- g) Un argumento cada vez más frecuente es que tras la inaplicación para el caso concreto, siempre quedaría abierta la posibilidad de la CI.

En la STC 1/2003, los votos particulares añaden el argumento de que a menudo la distinción entre las competencias básicas del Estado y de desarrollo de las CCAA se presentan como una cuestión inseparable del juicio sobre la interpretación y aplicación de las leyes respectivas. También alguna sentencia esgrime que la participación y colaboración entre Jueces y TC para el control de las leyes ya existe en los supuestos de la legislación preconstitucional y en la legislación delegada. Además, se dice, hay diversos supuestos de quiebra de la relación entre inconstitucionalidad y nulidad.

## V. CONCLUSIÓN ¿CÓMO RESOLVER EL PROBLEMA?

Quizás conviene comenzar por plantearse si es realmente un problema constitucional y, en caso de respuesta positiva, si sería conveniente alguna decisión para intentar resolverlo.

En nuestro país, y en otros de cultura jurídica próxima, se plantean periódicamente controversias entre tribunales superiores. Esta incluso acuñada la expresión, “guerra de Cortes” que deriva de los conflictos italianos entre la *Corte Suprema* y la *Corte*

*Costituzionale*<sup>11</sup>. Si utilizar términos bélicos resulta exagerado, negar que existen estos conflictos entre los tribunales y calificar todos los desacuerdos como diálogos entre tribunales es irse al otro extremo<sup>12</sup>. En la democracia española se han visto algunos enfrentamientos importantes entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pero no todos constituyen problemas constitucionales ni tienen formas eficaces de intervención. Algunos han presentado ribetes corporativos, como el terminado con una mejora de las condiciones profesionales de los magistrados del TS; otros expresan un cierto “pique” sobre la posición de los dos tribunales, como el resuelto con una multa a todos los magistrados del TC por responsabilidad civil; y la mayoría versan sobre ciertos aspectos de la aplicación de la ley, que puede discutirse si entran o no en el ámbito del recurso de amparo (miembros de la Mesa de HB, STC 136/1999; casos Preysler, Alcocer, etc.). El que ahora examinamos presenta mayor dimensión constitucional y por tanto requiere una interpretación de la norma suprema, que debe partir, justamente, de la supremacía indiscutida de la Constitución como norma.

### 1. ¿Un debate sobre ventajas e inconvenientes?

Las Sentencias que tienen mayoría en el Tribunal Supremo, partidarias de aplicar la cláusula de prevalencia y del desplazamiento de las leyes autonómicas se plantean como una solución preferible a la que abona el Tribunal Constitucional sobre todo por su eficacia y rapidez, ya que evita el largo trayecto de la cuestión de inconstitucionalidad, manteniendo suspenso el pleito concreto. Estas “ventajas prácticas” aparecen claramente en el voto particular de Delgado, citado, como en parte de la doctrina, en especial en Muñoz Machado, que critica los años que tarda en resolverse el pleito concreto esperando la sentencia de la cuestión de inconstitucionalidad<sup>13</sup>.

Ciertamente las críticas al retraso de las sentencias constitucionales están muy justificadas, pero la dilación no se produce solo en este procedimiento sino en casi todos, y no se ve por qué ha de aplicarse sólo a la contradicción entre leyes básicas y leyes de desarrollo de las CCAA. Es fácil estar de acuerdo en la conveniencia de revisar el funcionamiento del TC, en especial su tendencia expansiva de la primera época y hasta horas recientes, tanto en el amparo como en los conflictos de competencias. Pero el retraso del TC no puede justificar una interpretación que le priva de una de sus notas esenciales, el monopolio de la declaración de constitucionalidad de las leyes.

---

<sup>11</sup> SERRA, R.: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1999.

<sup>12</sup> GARCÍA ROCA, J.: “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España”, en Pablo PÉREZ TREMPES, *La reforma del Tribunal Constitucional*, Tirant, Valencia, 2007, p. 105.

<sup>13</sup> MUÑOZ MACHADO, *Informe..., cit.*, pp. 135-137.

Este es el cambio principal que introduciría en la Constitución la fórmula que propone el TS; pasaríamos de una Justicia Constitucional concentrada a una mixta, que tendría también una forma difusa de control de las leyes por los Jueces y Tribunales. Puede contemplarse esta hipótesis (aunque sin duda caben otros remedios), pero la simple enunciación del cambio de modelo de justicia concentrada en difusa nos advierte que se requiere una reforma constitucional. Esta afirmación rotunda requiere dos puntualizaciones sobre el desplazamiento o inaplicación de las leyes.

El TS repite en todas las sentencias referidas que no se trata de declarar la inconstitucionalidad de la ley, que seguiría manteniendo el TC, sino de la simple inaplicación en favor de la ley estatal. Algunos autores, como la profesora Blanca Lozano, parecen abonarse a esta idea porque apuntan también el peligro de la inseguridad jurídica que deriva de la inaplicación de la misma ley por los distintos Jueces y Magistrados<sup>14</sup>. Pero en realidad, la inaplicación, una vez que llega al Tribunal Supremo y se convierte en doctrina (si esta vía fuera constitucional) tiene los mismos efectos que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad. El segundo argumento débil del Tribunal Supremo consiste en la alusión a la inaplicación de la ley vigente que realizan los jueces y tribunales cuando aplican directamente el derecho comunitario: es verdad que se trata de inaplicación, pero realizada en virtud del efecto directo y la primacía del derecho comunitario que no tiene equivalente en el ordenamiento español. En definitiva con base en los Tratados, lo que refuerza la idea de reforma de la Constitución para introducir algo equivalente en nuestra norma suprema.

El argumento más general de la postura de la inaplicación es la complejidad del ordenamiento autonómico y la conveniencia de buscar técnicas nuevas de solución. Es fácil estar de acuerdo con semejante apreciación, pero añadiendo inmediatamente, de nuevo, que las fórmulas novedosas deberán incorporarse a la Constitución por las vías de reforma previstas en la misma.

## 2. Una interpretación de la Constitución.

La solución del problema que representan las dos posiciones debe resolverse, no con un juicio de ventajas e inconvenientes, sino con una interpretación de la constitucionalidad de cada posición. La sustentada por el TS tiene su punto central en el artículo 149.3 CE (además de los argumentos neutralizadores de sus ventajas que se acaban de citar), porque la norma de prevalencia que contiene no es comparable a la

<sup>14</sup> LOZANO CUTANDA, B.: “¿Pueden los tribunales ordinarios inaplicar o desplazar la legislación autonómica contraria a la legislación básica estatal? (STC 177/2013 y STS de 13 de mayo de 2013)”, *Diario La Ley*, 13 de enero 2014, p. 15.

alemana ni a la comunitaria, que son incondicionadas, sino que requiere una previa determinación de la titularidad de la competencia, que la deja vacía de sentido. Esta fue la conclusión de la doctrina en los años ochenta y esta ha sido y es la opinión del TC que, pese a la proximidad terminológica con la “prevalencia” nunca la ha aplicado como tal.

Esta conclusión no se mantiene en el vacío, porque sí, sino que forma parte de los mecanismos de la distribución competencial, que provocarían un debilitamiento de las CCAA si ahora se cambiara el sentido del 149.3 CE para aplicar directamente la ley básica estatal y desplazar las leyes autonómicas. En la interpretación actual, que nadie discute, si la ley básica del Estado excede sus competencias, será declarada inconstitucional y por tanto no realizará la función de desplazamiento. Este por el contrario se sustenta sobre la idea de que todas las leyes básicas son perfectamente constitucionales. Además, la propia construcción de las bases, a partir de nuestra Constitución, aspira a configurarlas como mínimo común denominador que, en la mayoría de los casos, precisa el desarrollo legislativo de las CCAA. Como señaló el voto de la magistrada del TS Sra. Tello, la inaplicación vendría a sustituir al legislador autonómico por el Juez o Tribunal que decide el desplazamiento.

A todo lo anterior, nada añade el esfuerzo por conectar el desplazamiento con preceptos sectoriales de la Constitución, que puedan reforzar la ley básica, como la repetida alusión al artículo 105.a) realizada por las sentencias que trataban sobre la segunda información pública de los planes de urbanismo, porque en último extremo el disenso estriba en determinar quién decide sobre la constitucionalidad de la ley, si el TC o el Juez ordinario.

### **3. La dificultad de una solución diferente a la actual sin reforma de la Constitución.**

El enorme retraso del Tribunal Constitucional en los conflictos de competencias, o recursos equivalentes, que tienen una media de 7-8 años (la importante STC 134/2011 necesitó 10 años) resulta inasumible para el sistema, y la propia vacuidad del artículo 149.3 CE llama igualmente a la reforma constitucional, tanto del sistema competencial como del propio TC. Pero obviamente, eso no significa que pueda introducirse por vía interpretativa la modificación de una norma constitucional. Y, por otra parte, la continuidad de la controversia tendrá el mismo desenlace que se ha visto hasta el momento: el TC aceptará el recurso de amparo contra la sentencia del TS que inaplique una ley autonómica por contradecir una ley básica reformada con posterioridad. Jurídicamente el cambio solo es posible con una reforma constitucional que altere la relación entre tribunales y con el legislador.

En todo caso, mientras la reforma no se realice nuestra Constitución otorga al TC el carácter de supremo intérprete de la misma y en materias como la interpretación del artículo 149.3 CE y las conexas que hemos tratado (Justicia constitucional concentrada y sentido del sometimiento del Juez a la ley, entre otras) no cabe duda que debe primar la doctrina del TC. Un disenso sostenido del TS, como el tratado, solo sirve para deteriorar aún más el carácter normativo de la Constitución, de forma que sería más positivo reservar las diferencias para plantearlas en una futura reforma constitucional.

Mientras esta llega, ¿cabe alguna alternativa? La idea de la Constitución austríaca que establece una *vacatio legis* de un año para que los Länder puedan adaptar sus leyes a las reformas federales puede inspirar una solución equivalente entre nosotros (la Ley 19/2013 de Transparencia sigue esta vía, pero lo importante sería generalizarla), sin que sea posible “castigar” a las CCAA incumplidoras con la aplicación directa de la ley básica, por todo lo explicado.

Las otras vías pasan por la mejora en el funcionamiento del TC, tanto en la elección de los Jueces, que influirá en la calidad de su doctrina y de forma indirecta en la litigiosidad, como disminuir en el tiempo de sus decisiones, suavizando por ejemplo, el efecto perverso que tiene el *ius superveniens* en este problema. Naturalmente, el factor positivo principal sería la reducción del número de conflictos, pero también esto requiere reformas de calado en el actual Estado de las Autonomías, y este enfoque requeriría sin duda un espacio excesivo para esta ocasión.



**CONSIDERACIONES ACERCA DE LA REFORMA  
OPERADA POR LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO, DE  
REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN  
URBANAS, EN MATERIA DE CONDICIONES BÁSICAS  
DE LA IGUALDAD REGULADAS EN EL REAL  
DECRETO LEGISLATIVO 2/2008, DE 20 DE JUNIO, POR  
EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA  
LEY DEL SUELO**

**Juan José González López**

*Letrado de la Administración*

*de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES. III. CONCLUSIONES.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (L3R, en adelante), si bien fija entre sus objetivos los de atender los compromisos internacionales contraídos por el Estado español y, también en relación con ellos, contribuir a la eficiencia energética de los edificios, puede calificarse asimismo de legislación de crisis, en la medida en que pretende ofrecer salidas a la difícil situación que atraviesa la economía en general y el sector inmobiliario en particular. En este sentido, ya el propio Preámbulo apunta a la actuación sobre el patrimonio inmobiliario y la edificación existente como medio de recuperación y reactivación de la construcción.

Entre las diversas reformas normativas que se acometen por medio de la L3R nos ocuparemos de la efectuada respecto del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de

junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRSL, en adelante), y más en concreto del régimen de condiciones básicas de la igualdad en los derechos y deberes de los ciudadanos, por enmarcarse en el objetivo de reactivación económica y ser muestra de la siempre compleja relación entre las competencias estatales y las autonómicas en materia de suelo y urbanismo. En coherencia con lo expuesto, abordaremos la nueva redacción dada al artículo 2 (por situarse en el título dedicado a las “*Disposiciones generales*”), a los preceptos ubicados en el título que lleva por rúbrica las referidas condiciones, y al artículo 10, debido a su vinculación con los precedentes.

Si bien la L3R se apoya, con carácter general, en la competencia que al Estado atribuye el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, el legislador estatal se preocupó por establecer la previsión adicional de que los apartados 1 a 10 (reforma de los artículos 2, 5, 6, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16 y 36 TRLRSL) de la disposición final duodécima (que se ocupa de la modificación del TRLRSL) se fundan asimismo en las competencias asignadas al Estado por el artículo 149.1 en sus apartados 1.<sup>a</sup>, 16.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup>, 23.<sup>a</sup> y 25.<sup>a</sup>, de igual modo que los apartados 11 y 12 (reforma de los artículos 17 y 20 TRLRSL) y 14 a 17 (reforma de los artículos 37, 39, 51 y 53 TRLRSL) lo hacen en dicho precepto, apartados 8.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup>. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la disposición final decimonovena L3R, que se ocupa de los títulos competenciales. La adición del referido amparo constitucional no es baladí, ya que la competencia prevista en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE, que responde al objetivo económico de la Ley, no es suficiente para justificar la reforma de preceptos que no encajan en el ámbito de la competencia referida.

La combinación de títulos competenciales es reveladora del cambio que tiene lugar en lo tocante a la regulación del derecho de propiedad del suelo en materia urbanística, así como en varios aspectos procedimentales relativos al régimen de transformación y uso del suelo. En este sentido, la relación que cabe apreciar de las diversas reformas con el objetivo económico (así, todas las atinentes a la transformación urbanística), no impide que también sea discernible un ánimo más amplio de revisar el régimen indicado con vistas a eliminar problemáticas anteriores (en muchos casos competenciales) o establecer nuevas bases en la materia, como iremos exponiendo.

A este respecto, resulta patente que la deficiente técnica legislativa (apuntada en la STC 141/2014, de 11/09/2014) consistente en no identificar el concreto título competencial en que se apoya la reforma de cada precepto en concreto responde al interés por salvar la constitucionalidad de la norma mediante una apelación amplia a los diversos títulos competenciales que legitiman al Estado, que reduce los riesgos aparejados a una vinculación específica a un título competencial. Sin embargo, esa apelación difusa a los títulos tiene el efecto nocivo de desdibujar el alcance competencial de los preceptos modificados e inducir a contemplar el TRLRSL como una suerte de ley básica cuando su

alcance no es siempre ése, pues toda la regulación relativa a las condiciones básicas se hallan extramuros de la dinámica ley básica-ley de desarrollo.

Expuesto lo anterior, nos ocupamos de las concretas modificaciones operadas en el TRLS.

## II. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES

La reforma del artículo 2 añade al apartado segundo dos nuevos fines (“*La prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas*” y “*La prevención y minimización, en la mayor medida posible, de la contaminación del aire, el agua, el suelo y el subsuelo*”) y, frente a la redacción anterior, en que se hacía una referencia genérica a la función social, se concretan en el actual apartado tercero los aspectos que deben garantizarse en el medio urbano: movilidad, accesibilidad universal, uso eficiente de los recursos y de la energía y prevención y minimización de los impactos negativos de los residuos urbanos y de la contaminación acústica. Dado que en dicho apartado tercero se mantiene la matización, que ha de entenderse referida no sólo a los fines de este apartado, sino también a los del precedente, de que “*La persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística*”, no hay inconveniente para concluir que la regulación vigente se mantiene dentro de las competencias que al Estado atribuye el artículo 149.1 en sus apartados 1.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup> y 23.<sup>a</sup>.

La reforma del artículo 5 deslinda los deberes vinculados al medio ambiente y paisaje natural (apartado a)) y al paisaje urbano y patrimonio arquitectónico y cultural (apartado d)), anteriormente integrados en el apartado a), con lo que nada reprochable existe desde el punto de vista competencial. Se suprime el contenido del apartado c) (“*Abstenerse de realizar cualquier acto o de desarrollar cualquier actividad que comporte riesgo de perturbación o lesión de los bienes públicos o de terceros con infracción de la legislación aplicable*”), que puede estimarse integrado en las previsiones de los restantes apartados.

La nueva redacción dada al artículo 6 TRLS suprime la preferencia que se desprendería de la originaria a favor de la iniciativa pública y del agente urbanizador, de modo que será la normativa autonómica la que establezca el modelo concreto de ejecución. De este modo, se permite un mayor margen de decisión al legislador autonómico y, consecuentemente, una clara compatibilidad de las regulaciones autonómicas con el TRLS. Por su parte, la previsión de redacción y presentación a trámite de los instrumentos de ordenación y gestión precisos [artículos 6.5 y 8.3.b)] TRLS en su redacción

actual), que se acompaña de una remisión a la legislación aplicable en cuanto a la concreción de los mismos, se presenta como una manifestación de los artículos 35.e) y 68 y 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC, en adelante), derivados del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE. Es instrumental respecto de la iniciativa reconocida a los propietarios y demás particulares en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, por lo que resulta ajustada a la distribución competencial.

El artículo 8.3.a) TRLS, en su redacción actual, se ocupa del derecho de consulta urbanística, anteriormente contemplado en el artículo 6.b). No cabe apreciar objeción alguna desde el punto de vista competencial, en la medida en que se trata de una aplicación del artículo 35.g) LRJ-PAC que, además, se ajusta al artículo 42.2 en lo tocante a la fijación del plazo. La previsión de indemnización es incardinable, por su parte, en el régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas cuya regulación atribuye al Estado el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE.

El artículo 8.3.c) TRLS, en su redacción actual, reproduce el contenido del anterior artículo 8.1.c), si bien se ve afectado por la modificación del artículo 14. Los apartados d) y e) del actual artículo 8.3 y el 8.4 reproducen, por su parte, el artículo 13 en sus apartados 1, 3 y 4 en su redacción anterior.

La previsión del actual artículo 8.5.c) engarza con la del vigente artículo 9.5 TRLS, que desliga el deber de urbanizar del de edificar. Cabe destacar la referencia a una distribución de los costes derivados de la ejecución y de los beneficios imputables a la misma que se presenta como distinta a la tradicional “*justa distribución de beneficios y cargas*”. Al margen del alcance que deba atribuirse, no hay inconveniente en extender a dicha previsión la subsunción en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE.

La formulación positiva (frente a la negativa del precepto en su redacción anterior) del deber previsto en el artículo 9.1 se aparta del régimen del artículo 348 del Código Civil y se enmarca en el artículo 33.2 CE. Ello no obstante, no existe inconveniente para estimarla subsumible en la determinación de las condiciones básicas del derecho de propiedad, atribuidas al Estado por el artículo 149.1.1.<sup>a</sup>, al igual que ocurre con la ampliación cualitativa de los deberes de conservación que se realiza en el mismo.

Ahora bien, resulta discutible que el legislador estatal fije el deber legal de conservación de forma concreta. A diferencia de lo que sucede con la reserva de suelo sujeto a régimen de protección pública, esta previsión normativa no se limita a establecer un mínimo ampliable por las Comunidades Autónomas, como tampoco introduce modulaciones al mismo (más allá de la posibilidad de incrementarlo al 75% en caso de inejecución de las obras impuestas para el cumplimiento del deber legal de conservación, de que se ocupa el apartado segundo de este precepto), sino que determina, con

absoluta precisión, un deber que condiciona circunstancias tan trascendentes para el régimen de ordenación territorial y urbanística como lo son la contribución de la Administración Pública a las obras destinadas a satisfacer el interés general y la situación legal de ruina. Es por ello que, dado que el artículo 9 TRLS tiene su apoyo en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE, y no en el 149.1.13.<sup>a</sup> CE, por las razones expuestas anteriormente, es más que dudoso que la determinación de las condiciones básicas del derecho de propiedad puedan llegar al punto de fijar de forma exacta el deber legal de conservación. Lo apropiado sería que se dejara la concreción del deber, en lo tocante al factor que se utilizará como referencia para establecer el límite de la contribución de los propietarios, a las Comunidades Autónomas o, a lo sumo, y merced al artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE, que se fijara el deber, pero con una remisión a la legislación autonómica que permitiera establecer salvedades a las mismas. No siendo así, puede plantearse que la aplicación de las leyes autonómicas que no se ajustan a dicha previsión (caso de la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, en su artículo 35.1, que mantiene la previsión del artículo 9.1 TRLS en su redacción anterior; no del Decreto Legislativo 1/2010, que recoge en sus artículos 51.1.2.c) y 137.2 una previsión coincidente con la estatal) se vean inaplicadas judicialmente, merced a la doctrina jurisprudencial que admite tal inaplicación sin planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

Frente a ello, la regulación prevista en el actual artículo 9.2 TRLS resulta respetuosa con las competencias autonómicas, pues si bien se establece un régimen de imposición de obras para el cumplimiento del deber legal de conservación y de reacción en caso de inejecución, tal regulación responde a lo que puede considerarse la concreción de una condición básica del deber de conservación, que es competencia estatal, y, al mismo tiempo, realiza una remisión a la normativa autonómica lo suficientemente amplia como para no vaciar de contenido las competencias a las Comunidades Autónomas.

Retomamos el artículo 9.5 TRLS, en su redacción actual, para señalar la problemática que se ha puesto de manifiesto en relación con la limitación del deber de transformación, en suelo urbanizado al caso de actuaciones 3R (rehabilitación edificatoria y regeneración y renovación urbanas), de lo que se desprende que, en el supuesto de suelo urbanizado no sujeto a ese tipo de actuaciones, no concurrirá el deber apuntado. Este régimen estaría en contradicción con el de las Comunidades Autónomas que prevén como obligatoria la transformación prácticamente en todos los casos, como sucede en el artículo 25 de la vasca Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo. Al respecto, la previsión del deber de transformación resulta incardinable en la delimitación de las condiciones básicas de los deberes asociados al derecho de propiedad. A partir de ello, la aparente contradicción puede salvarse mediante la comprensión del deber como un mínimo, enmarcado en la competencia estatal, que no obsta a que las Comunidades Autónomas lo amplíen, de forma que se establezca como deber lo que, por omisión querida por el legislador estatal, se presenta como voluntario.

El actual artículo 9.7 TRLS reproduce el contenido del anterior artículo 8.1.b) del mismo texto legal. Este apartado, al igual que el siguiente, ha sido objeto de Recurso de Inconstitucionalidad 5493/2013, interpuesto por el Gobierno de Cataluña y admitido a trámite por providencia de 5 de noviembre de 2013. Cabe cuestionarse, al hilo de ello, la conformidad constitucional de unos preceptos que vienen a concretar el deber de resolver expresamente y el sentido (negativo) del silencio en caso de diversas solicitudes claramente atinentes a la ordenación territorial y urbanística.

El amparo legal se halla no sólo en este texto legal, sino también en el artículo 43.2 LRJ-PAC. No es, sin embargo, este último precepto el que suscita la controversia, sino el hecho de que una ley estatal se ocupe de una regulación procedimental en materia sectorial de competencia autonómica. Este matiz es relevante pues, a diferencia de lo que sucede con la previsión de información pública, la asignación de un sentido positivo o negativo al silencio no se ha incardinado normativamente en la regulación del procedimiento administrativo común (artículos 68 y siguientes LRJ-PAC), sino en las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, también fundadas en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE.

No obstante la clara conexión con un ámbito sectorial de competencia urbanística, resulta cuestionable que concurra motivo de inconstitucionalidad. La previsión del artículo 9.7 TRLS de motivación de la denegación encuentra encaje en el artículo 54.1.a) LRJ-PAC, dictado en el marco de la regulación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. En cuanto a la previsión del segundo inciso, se halla en línea con la del artículo 62.1.f) LRJ-PAC (identificado como límite del silencio administrativo) o, cuanto menos, con la del 63.1 de la misma Ley. Se trata, en definitiva, de evitar que por medio del silencio administrativo, puedan obtenerse resoluciones que contravengan la legalidad. El contenido de la ordenación territorial y urbanística no se concreta en el TRLS, lo que claramente contravendría el régimen constitucional de distribución de competencias, sino que ha de buscarse en la normativa autonómica, como también habrá de localizarse en la misma los procedimientos en los que el silencio positivo pudiera producir ese efecto, lo que tampoco concreta el TRLS. Mas no por ello deja de existir vinculación entre la previsión del artículo 9.7 TRLS y la sujeción que se realiza en el artículo 8.1 TRLS de las facultades de uso, disfrute y explotación del suelo a la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien. En la medida en que el artículo 8.1 TRLS no ha sido objeto de tacha de inconstitucionalidad (lo cual es lógico, dado que se limita a prever la necesidad de respetar la legalidad, lo que deriva del artículo 9.1 CE y se plasmó, ya antes, en relación con el derecho de propiedad, en el artículo 348 del Código Civil), no parece que se sitúe extramuros de la competencia que al Estado atribuye el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, en relación con el 149.1.1.<sup>a</sup>, pues se erige en una salvaguarda del deber previsto en el

artículo 8.1 TRLS, en definitiva, de la legalidad, mediante la interdicción de actos presuntos contrarios a la misma, máxime atendida la trascendencia de los intereses públicos que se hallan en juego y la intensa problemática que han generado las actuaciones urbanísticas (atentados medioambientales, especulación, corrupción, etc.). Así pues, cabe vincular el “tratamiento común” a que alude el 149.1.18.<sup>a</sup> CE con las “condiciones básicas” referidas en el 149.1.1.<sup>a</sup> CE.

Por lo que respecta al artículo 9.8 TRLS, también impugnado, la previsión del apartado a) bien puede salvar su constitucionalidad de acuerdo con lo expresado anteriormente y con la regulación, no cuestionada en su adecuación a la Norma Suprema, de los límites y requisitos de la parcelación en los artículos 9.3 y 17 TRLS, en su redacción actual. Se trata, en definitiva, de evitar actos contrarios a esa regulación. Por su parte, la previsión del apartado d), encuentra encaje en el artículo 149.1.23.<sup>a</sup> CE, e incluso en el deber que establece el artículo 9.3 TRLS y 43.1, segundo párrafo, LRJ-PAC, en relación este último con el dominio público.

Más discutible son las previsiones de los apartados b) y c), pues el régimen del apartado 8 del precepto se establece “*con independencia*” del anterior, de modo que no viene a salvar al deber del artículo 8.1 TRLS. A la luz de ello, una previsión de silencio negativo establecida con carácter general respecto de obras, construcciones e instalaciones de nueva planta y de ubicación de casas prefabricadas, respecto de las cuales no se asocia el sentido del silencio a su ilegalidad, se adentra en exceso en la regulación de una materia que entra de lleno en el marco de la actividad urbanística y, por tanto, en la competencia autonómica, sin que se aprecien razones que justifiquen el tratamiento común a que apela el 149.1.18.<sup>a</sup> CE.

El artículo 9.9 TRLS dispone un régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas. La remisión al régimen de declaración responsable o comunicación previa y control de los requisitos que establezcan las Comunidades Autónomas hace respetuosa la previsión con las competencias en materia procedimental sectorial que corresponden a las mismas. Por su parte, la fijación del plazo de 6 meses para adoptar las medidas necesarias no se presenta como una regulación procedimental, sino como un requisito para la generación de responsabilidad, por lo que encuentra encaje en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, que atribuye al Estado como competencia exclusiva el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, como recuerda la LRJ-PAC en su Exposición de Motivos.

La reforma del artículo 10.1.b) TRLS introduce dos modificaciones. Por un lado, la introducción de la reserva de un 10% en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma y renovación de la urbanización a vivienda sujeta a un régimen de protección pública. Por otro, la limitación de la previsión de reserva al suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización.

La primera modificación es adecuada desde el punto de vista competencial, ya que no viene sino a extender a las nuevas actuaciones de que se ocupa la L3R (reforma y renovación) una reserva que ha sido estimada constitucional por el TC con apoyo en la competencia atribuida al Estado por el 149.1.1.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> CE. Nada objetable existe, por ende, a la fijación de un nuevo mínimo a la reserva, que viene a hacer confluír la finalidad económica de reactivación del mercado inmobiliario manifestada en las actuaciones de reforma y renovación con el también económico propósito de introducir un facto regulador en el mercado de la vivienda a través del régimen de protección pública.

La segunda responde, según el Preámbulo L3R a flexibilizar la regla del mínimo del 30%, al limitar este mínimo al suelo urbanizable y el del 10% al urbanizado que vaya a ser sometido a las actuaciones antedichas. Dado que se trata de una previsión incardinada en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> y 13.<sup>a</sup> CE, es aceptable, desde el punto de vista competencial, que el Estado reduzca el alcance de su directriz básica. En todo caso, nada ha de impedir que, ya sea en suelo urbanizable o urbano, las legislaciones autonómicas establezcan reservas superiores en virtud de sus competencias en materia económica y urbanística, como, de hecho, advierte el Tribunal Constitucional.

### III. CONCLUSIONES

A la luz de lo expuesto, cabe señalar que la L3R, añade al objetivo de contribuir a la reactivación económica una reforma del régimen de condiciones básicas del derecho de propiedad no limitada servir de instrumento de la finalidad indicada. Así, se han operado modificaciones que han contribuido a eliminar las dudas de constitucionalidad planteadas (caso del artículo 6) y, al hilo de ello, ampliar el margen de decisión de las Comunidades Autónomas en lo tocante a la definición del sistema de ejecución de la ordenación territorial y urbanística. Ello no obstante, la concreción del deber de conservación, así como el sentido negativo del silencio fijado en algunos casos, permiten cuestionarse, a diferencia de otros supuestos en que una interpretación ajustada al orden constitucional de distribución de competencias ha de lograr salvar las reticencias que puedan suscitarse, la compatibilidad de las disposiciones del régimen vigente con las competencias autonómicas, siempre de difícil delimitación, a pesar de la jurisprudencia constitucional, en un ámbito tan sensible para los intereses públicos. En consecuencia, los avances logrados en el deslinde de los títulos competenciales afectados no evitan que deba ahondarse en el esfuerzo por compatibilizar en su aplicación las competencias estatales y autonómicas, máxime ante la doctrina jurisprudencial que habilita a la Jurisdicción ordinaria para desplazar o inaplicar leyes autonómicas.

## **II.**

# **INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS EN EL MODELO DE ESTADO**



## LA SUPRESIÓN DE ÓRGANOS AUTONÓMICOS EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA

**José Antonio Montilla Martos**  
*Catedrático de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Granada*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. LA PROPUESTA DE SUPRESIÓN DE ÓRGANOS AUTONÓMICOS. 1. La crisis económica y la reforma constitucional del artículo 135 CE. 2. Su incidencia en la organización institucional autonómica. III. RAZONES DE FONDO Y DE FORMA PARA RECHAZAR LA SUPRESIÓN DE ÓRGANOS AUTONÓMICOS. 1. El rechazo a la forma en que se plantea la supresión de órganos autonómicos. 2. El rechazo a la propuesta de supresión de órganos autonómicos por razones de fondo. IV. CONCLUSIONES.

### I. PLANTEAMIENTO

La incidencia de la crisis económica en la organización territorial ha sido objeto de numerosos estudios desde 2008, especialmente tras la reforma del artículo 135 CE (Reforma constitucional de 7 de septiembre de 2011) y la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF).

El objeto de estas páginas es un aspecto menor pero que también merece atención: la propuesta de suprimir instituciones y órganos autonómicos para que sus funciones sean desarrolladas por un órgano similar del Estado. Se incardina en el marco de un programa de reformas administrativas para racionalizar las Administraciones Públicas en España, reduciendo sus costes y haciéndolas más eficientes, conocido como Informe CORA. En este sentido, en primer lugar, describiré los elementos básicos de la propuesta en el contexto de la crisis económica y, a continuación, expondré los motivos de mi posición crítica a la propuesta tanto por la forma en que se ha planteado como por el fondo de la misma.

## II. LA PROPUESTA DE SUPRESIÓN DE ÓRGANOS AUTONÓMICOS

### 1. La crisis económica y la reforma constitucional del artículo 135 CE.

Huelga decir que el nuevo artículo 135 CE ha marcado una cesura en el desarrollo constitucional. Algunos autores han sostenido que la reforma apenas aportó elementos nuevos pues sus contenidos fundamentales ya venían consagrados por la Ley General de Estabilidad Presupuestaria de 2001 (Ley 18/2001) y, especialmente, por la STC 134/2011, precisamente en relación a esa Ley 18/2001. Incluso en el ámbito europeo el objetivo de estabilidad presupuestaria presente desde el Tratado de Maastricht estaba a punto de ser reconocido en el Derecho originario a través del artículo 3.2 de Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2012 en el que se obligaba a reconocer el principio en el plazo de un año “preferentemente en normas de rango constitucional”. Por tanto, según esa tesis, aunque la Constitución no hubiera dicho nada, la aplicación en España del principio de estabilidad presupuestaria era jurídicamente obligada.

Pero, más allá de ese debate, es claro que ese reconocimiento constitucional supone un impulso definitivo para que el principio de estabilidad presupuestaria esté marcando el desarrollo constitucional hasta configurar un nuevo paradigma. La inmensa mayoría de las fuentes legales aprobadas desde entonces mencionan al artículo 135 CE. La salida de la crisis se ha vinculado desde 2010 con el objetivo de estabilidad presupuestaria mediante el control y reducción del déficit público y el medio para conseguirlo ha sido el control del gasto público, tanto estatal como autonómico y local (E. Albertí Rovira, 2013, 63).

Desde la perspectiva de la organización territorial del Estado es un lugar común afirmar que las crisis económicas en los Estados descentralizados actúan como una causa de recentralización. En momentos de crisis se tienden a priorizar las medidas uniformizadoras. En este sentido es clara en España la incidencia no sólo de la reforma constitucional sino especialmente de la Ley Orgánica a la que remite el artículo 135.5 CE. A diferencia de la reforma constitucional alemana, que deja un amplio margen al legislador de los Länder para decidir sobre el freno al endeudamiento, en el Estado autonómico la Constitución remite esa función al legislador orgánico. De hecho la LOEPSF ha sido presentada como una garantía frente a las CCAA en un contexto en el que aparecían señaladas como las principales causantes del desequilibrio presupuestario que sufre España, aunque tal afirmación sea errónea si se atiende a los datos objetivos (M. Carrasco Durán, 2013, 199).

Está abierto el debate sobre si el artículo 135 CE puede operar como título competencial atributivo de competencias para el Estado con un carácter universal. Es conocida la doctrina de que la reserva a ley orgánica no debe confundirse con un título

competencial. No obstante, a mi juicio, el enfoque es otro. Aunque no lo haya dicho aún el Tribunal Constitucional, nos encontramos ante uno de los supuestos en los que la Constitución reconoce a la ley orgánica una función delimitadora de competencias que debe ser respetada por el propio Estatuto de Autonomía. La STC 247/2007 señala que las leyes delimitadoras de competencias a las que remite la Constitución pueden “llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito, circunscribiendo la eficacia de las normas estatutarias de acuerdo con dicha delimitación” y “en caso de colisión será competencia de este Tribunal la apreciación del alcance de la correspondiente reserva y sus efectos sobre la validez o eficacia de la normativa estatutaria”. Esta función delimitadora es distinta a la atributiva, como explicó la STC 76/1983, pero incide directamente en el ejercicio competencial. Se ha reconocido esa función delimitadora a la ley orgánica a la que remite el artículo 122 CE en relación al Poder Judicial; a la prevista en el artículo 149.1.29 CE respecto a la creación de policías autonómicas o en el artículo 157.3 CE en relación al ejercicio de competencias financieras, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las CCAA y el Estado. A ellas debe añadirse, a mi juicio, la ley orgánica a la que remite el artículo 135.5 CE respecto al principio de estabilidad presupuestaria y a la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera.

Por ello, pese a no tratarse en puridad de una regla competencial el legislador orgánico estatal puede regular el sistema de estabilidad presupuestaria, esto es, los límites de déficit y deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los mecanismos de corrección de las desviaciones y la responsabilidad de cada Administración en caso de incumplimiento.

Parece evidente, en este sentido, que el Estado protagoniza la concreción y reparto de los límites fiscales entre los niveles de gobierno y supervisa el cumplimiento de las restricciones presupuestarias, más allá del papel, ciertamente limitado, que se otorga al Consejo de Política Fiscal y Financiero y el escaso carácter horizontal de éste por la posición hegemónica que ocupa el Estado (M. Medina Guerrero, 2013, 145). La Constitución establece el parámetro, que es en puridad el parámetro europeo y a ese ordenamiento remite; la responsabilidad es exigida al Estado y no existe una cámara territorial que articule la participación regional. Con estos presupuestos es lógico que el Estado coordine la garantía del principio en virtud de esa remisión constitucional a ley orgánica.

Por ello, el nuevo marco normativo derivado del artículo 135 CE y de la LOEPSF incide de manera notable no sólo en la autonomía financiera de las CCAA sino en general en su autonomía política al menos en dos sentidos. Por un lado, refuerza el papel del Estado en la definición de la estabilidad presupuestaria y, por otro, amplía

e intensifica los poderes estatales de supervisión y de control sobre las CCAA (E. Albertí Rovira, 2013, 70).

## **2. Su incidencia en la organización institucional autonómica.**

También incide, por tanto, en la organización institucional de las CCAA. Es conocido que éstas han desarrollado una organización institucional mimética a la del Estado. En los primeros Estatutos se reconocía apenas la organización básica: Asamblea legislativa y Consejo de Gobierno. No obstante, a lo largo de los años a través de reformas estatutarias o aprobación de leyes autonómicas se han creado nuevas instituciones y órganos homólogos a los del Estado, a medida que se han asumido nuevas competencias. En la actualidad, los denominados Estatutos de segunda generación han consolidado esta organización institucional ampliada. Así, si nos fijamos en el Estatuto de Andalucía de 2007 comprobamos que el Título IV, dedicado a la organización institucional, tras regular el Parlamento, el Presidente, el Consejo de Gobierno y las relaciones entre Parlamento y Gobierno incorpora un Capítulo IV en el que con la denominación “Otras instituciones de autogobierno” se regulan el Defensor del Pueblo (artículo 128), el Consejo Consultivo (artículo 129), la Cámara de Cuentas (artículo 130), el Consejo Audiovisual (artículo 131) y el Consejo Económico y Social (artículo 132). Son, por tanto, órganos estatutarios.

En el contexto de la crisis económica, y con el sustento del artículo 135 CE, se ha planteado la supresión de esta organización institucional autonómica auxiliar de Parlamento y Consejo de Gobierno para trasladar sus funciones al órgano homólogo del Estado con el objetivo, se dice, de evitar duplicidades y reducir costes a fin garantizar la estabilidad presupuestaria de las CCAA.

En concreto, el Programa Nacional de Reformas 2012 presentado por el Gobierno ante la Unión Europea menciona una serie de organismos estatales que estarían duplicados en las CCAA y, por tanto, podrían eliminarse en estas con la consiguiente reducción de costes. Se mencionan en este sentido al Tribunal de Cuentas, al Tribunal de Defensa de la Competencia, al Defensor del Pueblo y al Consejo de Estado como órganos estatales que podrían asumir las funciones que actualmente desarrollan los órganos autonómicos a suprimir.

En ese marco, un Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012 creó la denominada Comisión para la Reforma de la Administración Pública (CORA). Para el desarrollo de la CORA se establecen cuatro subcomisiones: de duplicidades administrativas, para identificar y eliminar duplicidades y reforzar los mecanismos de cooperación entre Administraciones; de simplificación administrativa, para la eliminación de trabas burocráticas y la simplificación de procedimientos; de gestión

de servicios y medios comunes y de Administración institucional, que analiza la tipología de entes para proponer modificaciones generales y actuaciones singulares sobre entidades concretas.

El desarrollo de los trabajos de la CORA dio lugar a la elaboración del Informe CORA, que se presentó al Consejo de Ministros el 21 de junio de 2013, con 218 medidas, de las cuales más de la mitad, 118, tienden a eliminar las denominadas duplicidades administrativas, simplificar procedimientos, mejorar la gestión de servicios y medios y racionalizar la Administración institucional. Además, por Real Decreto de esa misma fecha se crea la Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (OPERA) para velar por la implantación de las medidas, asumir su seguimiento, impulso, coordinación y evaluación permanente, así como formular nuevas propuestas.

De la lectura del Informe resalta el empeño por presentar análisis cuantitativos sobre número de acciones a desarrollar o medidas a poner en marcha. Si nos adentramos en estas medidas advertimos una absoluta heterogeneidad entre ellas, tanto en su alcance como en su importancia. Sin duda se incluyen iniciativas interesantes desde las distintas perspectivas abordadas, tanto para simplificar la actuación administrativa como para mejorar la gestión administrativa. Sin embargo, lo que nos interesa destacar aquí es que entre ellas, sin diferenciación, nos encontramos con propuestas de supresión de órganos autonómicos que tienen una naturaleza distinta y una mayor trascendencia. No es lo mismo la implantación de la receta electrónica o la historia clínica digital interoperable que la supresión del Defensor del Pueblo o del órgano de control financiero externo (OCEX) en cualquiera de las denominaciones que se han utilizado en las distintas CCAA.

No nos ocupan, por tanto, las diversas medidas para la reforma de la Administración, ni siquiera las incardinadas en el epígrafe “racionalización del sector público” sino exclusivamente las propuestas de supresión de órganos autonómicos reconocidos en los propios Estatutos o en leyes autonómicas a partir del título competencial de autoorganización institucional.

En el Informe CORA se citan los organismos autonómicos cuyas funciones están solapadas con las del Estado y deberían desaparecer. Son los tribunales de cuentas, las agencias de protección de datos, las juntas consultivas de contratación administrativa, los tribunales administrativos de recursos contractuales, las agencias de evaluación en el ámbito universitario, las agencias autonómicas de la energía, las agencias de meteorología, los órganos de inspección de aeropuertos, los institutos de opinión, los institutos o servicios cartográficos, órganos de defensa de la competencia.

Especial relevancia tiene la propuesta de supresión de las figuras de los Defensores del Pueblo y de los órganos de control financiero externo, esto es, de las cámaras

de cuentas autonómicas por su importancia como órganos de participación y control de la Administración autonómica. No se ha quedado en una mera propuesta pues de forma inmediata, incluso antes de aprobarse el Informe, algunas CCAA lo han llevado a efecto. De hecho, en la rendición de cuentas del primer año de aplicación del Informe en septiembre de 2014 se destacan entre las medidas de aplicación la supresión de estos órganos autonómicos, incluso las producidas antes de la propia creación de la de la Comisión. Así, en los últimos años se ha suprimido la sindicatura de cuentas de Castilla-La Mancha (Ley 1/2014) o los defensores del pueblo de Castilla-La Mancha (Ley 12/2011), Murcia (Ley 14/2012) y Asturias (Ley 2/2013), mientras ha sido suspendida su actividad en La Rioja. El Informe pone de ejemplo a estas CCAA y estas actuaciones, recomendando que las restantes CCAA hagan lo mismo, aunque no parece que otras CCAA vayan a seguir estas recomendaciones.

### **III. RAZONES DE FONDO Y DE FORMA PARA RECHAZAR LA SUPRESIÓN DE ÓRGANOS AUTONÓMICOS**

Una vez descrita la propuesta y el marco en el que se incardina, pretendo sostener que es errada la pretensión genérica de suprimir esas “otras instituciones de autogobierno” vinculadas al Parlamento y al Consejo de Gobierno de las CCAA tanto por la forma en que se ha efectuado como por el fondo de lo que se propone.

#### **1. El rechazo a la forma en que se plantea la supresión de órganos autonómicos.**

En lo que se refiere a la forma, las razones de mi discrepancia son, en síntesis, las siguientes.

En primer lugar, estamos ante órganos recogidos en los Estatutos de Autonomía, o cuando menos en una ley autonómica, que han cumplido una función relevante en los últimos años. Forman parte con normalidad de la organización institucional común de las CCAA. A medida que se iban asumiendo competencias resultaba más adecuado el funcionamiento de estos órganos de control y, en consecuencia, se reconocían en leyes autonómicas específicas o en el propio Estatuto de Autonomía. Desde esa perspectiva, no resulta aceptable que una propuesta tan radical como su supresión, que incluso puede afectar al bloque de la constitucionalidad, se incluya junto a cientos de medidas de carácter heterogéneo y alcance menor en un mismo programa de actuación.

La supresión de un órgano autonómico, con reconocimiento legal o estatutario, y que desarrolla una función de control-fiscalización de la actuación de los poderes públicos y/o garantía de los derechos de la ciudadanía en relación a dicha actuación no puede ser una más de las doscientas medidas mezcladas sin una ordenación clara en un programa de reforma del funcionamiento de la Administración. Requiere un tratamiento propio y un debate específico.

En segundo lugar, debe destacarse que el criterio seguido en el Informe es lineal; siempre que se advierte una hipotética duplicidad orgánica en los distintos niveles territoriales se plantea suprimir el órgano autonómico, nunca el estatal. Es un apriorismo no sometido a debate ni justificado de alguna forma. En realidad sólo se basa en el presupuesto no demostrado según el cual las CCAA son las causantes del desequilibrio presupuestario en España.

No hay una propuesta paralela de supresión de órganos estatales o de racionalización de la Administración General del Estado. Es evidente que existen delegaciones de los ministerios en CCAA que no tienen apenas funciones o estructuras administrativas de la Administración General del Estado dedicadas a Ceuta y Melilla cuya existencia puede ser discutida desde criterios de eficiencia. Sin embargo, los únicos organismos estatales cuya supresión se plantea en el Informe CORA son el organismo público “Cría caballar de las Fuerzas Armadas”, y la Obra Asistencial Familiar de la provincia de Sevilla, más allá de algunas entidades públicas empresariales y numerosas fundaciones tanto por fusión como por extinción y liquidación. En este sentido, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, que aplica el Informe CORA en el ámbito del Estado, resulta bastante decepcionante desde la perspectiva de la supresión de organismos e instituciones. Procede a la reordenación de diversos organismos públicos integrándolos en otros o suprimiéndolos. También modifica la estructura de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, Empleo y Seguridad Social y Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad para reducir las entidades que realizan funciones de observación, análisis, evaluación e impulso de la cooperación con las Comunidades Autónomas. Así, la Dirección General de igualdad de oportunidades se integra en el Instituto de la Mujer; se suprime el Consejo rector del Instituto de la mujer; se suprimen distintos observatorios para la prevención del tabaquismo, de salud de la mujer o de salud y cambio climático. También se suprime el Instituto de la juventud, asumiendo sus funciones el Consejo de la Juventud. Todo ello tiene, en cualquier caso, escasa relevancia.

En tercer lugar, tanto la CORA como la OPERA tienen una composición exclusivamente estatal, sin participación de las CCAA. Incluso en su consejo asesor participa el Defensor del Pueblo del Estado pero no los defensores autonómicos. Sin embargo, según el propio Informe, ciento cuarenta de las medidas propuestas deben ser apli-

cadras por las CCAA que no han participado en su elaboración. En lo que aquí nos ocupa, se pretende que las CCAA supriman sus órganos autonómicos por razones de reducción de costes o duplicidad deducida por la Administración General del Estado sin participación alguna de las CCAA en el proceso de evaluación, análisis y propuesta. Parece obvio que hubiera sido más adecuado un análisis conjunto de las reformas necesarias en las distintas Administraciones, estatal, autonómica y local, del que hubieran podido resultar unas conclusiones también conjuntas sobre las medidas a adoptar, incluyéndola referencia a los órganos que podrían ser suprimidos.

El carácter unilateral conduce a que sólo se adopten las medidas que dependen exclusivamente de la Administración General del Estado, al margen de los supuestos de supresión de órganos en algunas CCAA a los que nos hemos referido. En ese sentido debe destacarse la citada Ley 15/2014 que adopta las medidas necesarias para implantar las recomendaciones de la CORA tanto en la reordenación del sector público empresarial como en otros ámbitos de la actividad administrativa. Lo hace en el ámbito del Estado pues respecto a las CCAA sólo puede incluir recomendaciones no vinculantes, sin que puedan ser impuestas forzosa o unilateralmente. Las razones son obvias y se concretan en el respeto a las competencias autonómicas sobre organización de sus instituciones de autogobierno (artículo 148.1.1 CE) y el carácter delimitador pero no atributivo con carácter universal del principio de estabilidad presupuestaria. En definitiva, la necesidad de conciliar el alcance del principio de estabilidad presupuestaria con la autonomía política. En este sentido, el Informe CORA apela a que las CCAA ejerciendo sus facultades de autoorganización tomen decisiones de reducción o eliminación de dependencias y órganos. Sin embargo, tratándose de una actuación unilateral del Estado, sin participación autonómica resulta difícil su aceptación, salvo por razones de afinidad política.

## **2. El rechazo a la propuesta de supresión de órganos autonómicos por razones de fondo.**

En conclusión, no parece que la forma seguida haya sido la más adecuada para que las CCAA supriman su organización institucional auxiliar. Pero es que, además, no deberían hacerlo; e intento explicar por qué.

El planteamiento del Informe parte de una premisa: se trata de seguir prestando el servicio con igual o mejor calidad a un coste menor. Con ese objeto, por un lado, se analiza el coste que determinados órganos implican para la Administración autonómica y, por otro, se valora la posibilidad de que sea prestado por un órgano estatal, en lugar del autonómico. Entiendo que los presupuestos de un planteamiento ciertamente simplista pueden ser cuestionados desde distintas perspectivas, tanto desde la utilización del coste como único criterio como desde la propia concepción de la

duplicidad administrativa. No obstante, los argumentos más relevantes para rechazar esta propuesta se vinculan a la idea que refleja de la organización territorial del Estado y del sistema parlamentario de gobierno.

El único criterio manejado para la supresión de órganos autonómicos y la traslación de sus funciones al órgano del Estado en el Informe CORA es la reducción de costes. No se cuestiona un deficiente funcionamiento de estos órganos, ni siquiera se pone en duda su importancia para el desarrollo del autogobierno. Como señala expresamente en su Exposición de Motivos la Ley 3/2012 de La Rioja, por la que se suspende el funcionamiento del Consejo Económico y Social, la actividad de este órgano ha sido muy provechosa pero su suspensión viene exigida por la obligación de cumplir los objetivos de estabilidad presupuestaria y reducción del déficit fijados a nivel estatal y europeo mediante la reducción de costes. Se está confundiendo la incidencia de la función delimitadora del principio de estabilidad presupuestaria e incluso su carácter orientador de la actividad financiera pública con la mera reducción de costes.

Sin embargo, el coste de funcionamiento de un determinado órgano no puede ser el único criterio determinante de la decisión política. Debe dejarse margen de actuación a las CCAA en ejercicio de su autonomía financiera, componente básico de su autonomía política, incorporándose otros criterios que siquiera se plantean. El razonamiento utilizado está alterando la relación entre el medio (el coste) y el fin (el adecuado ejercicio de funciones por el órgano) convirtiéndose la reducción del coste en el único fin. Se prima la reducción del coste frente a cualquier otro criterio como puede ser el control de la actuación del poder ejecutivo.

Ese planteamiento no puede ampararse en el artículo 135 CE que en ningún caso vincula la estabilidad presupuestaria a cada órgano sino, en su caso, al conjunto de la Administración, dejando margen para la autonomía financiera, imprescindible para la autonomía política.

Los dictámenes del Consejo de Estado sobre la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), tanto el referido al anteproyecto (Dictamen 567/2013, de 24 de mayo), como el preceptivo previo a la interposición del conflicto en defensa de la autonomía local (Dictamen 338/2014, de 26 de mayo) han planteado con claridad la imposibilidad de hacer depender la decisión política exclusivamente del coste del servicio, sin introducir otros elementos. El coste no puede convertirse en presupuesto único y constitucionalmente adecuado para determinar si la prestación de un servicio se hace de manera eficiente. El parámetro económico no puede ser el único pues el coste no determina por sí sólo la eficiencia en la prestación del servicio. A juicio del Consejo de Estado, “la autonomía local lleva implícita la capacidad de cada municipio de adoptar las medidas que estime oportunas para la configuración de su sistema de prestación de

servicios y la definición de estándares de calidad de los servicios, así como la de calcular y distribuir los costes”. En este sentido, “exigir que cada servicio se preste sin rebasar un determinado umbral (económico) puede perturbar el sistema de atribución competencial e interferir en la autonomía municipal de tal modo que su efectividad quede precarizada como consecuencia de estar permanentemente sometida a cuestión, cuando no diluida o seriamente comprometida”. En consecuencia, “basar en el incumplimiento de un parámetro económico –y único– configurado como elemento del que depende la continuidad de la prestación puede afectar negativamente al núcleo esencial de la garantía institucional”. Resulta claro que esta imposibilidad de utilizar como criterio único el económico, en concreto el coste de una determinada actuación, aducida por el Consejo de Estado en relación a la autonomía local es aplicable *mutatis mutandi* a la autonomía de “nacionalidades y regiones” garantizada en el artículo 2 CE. En consecuencia, la apelación exclusiva al coste del órgano para plantear su supresión resulta una concepción contraria a la derivada del mencionado artículo 2 CE pues aunque las economías de escala suponen una reducción de costes no puede ser el único criterio de una decisión política adoptada por las CCAA en ejercicio de su autonomía.

Además, desde esta perspectiva económica, que no puede ser única, debe rechazarse que se haya optado por la vía más radical: eliminación del órgano, en lugar de plantear propuestas que permitan mantener su existencia. Se han puesto en marcha experiencias para reducir costes en la organización institucional autonómica sin eliminarlos. Así, en Castilla-León se ha planteado un cambio de adscripción orgánica de algunas instituciones en la Ley 4/2013, por la que se modifica la organización y funcionamiento de las instituciones propias de la Comunidad Autónoma. Resulta criticable que la Ley adscriba presupuestaria y funcionalmente el Consejo Económico y Social y el Consejo Consultivo a las Cortes regionales cuando están vinculadas al ejecutivo. Pero nos interesa destacar que se crea una Secretaría General conjunta de apoyo a las instituciones propias, incluyendo también al defensor (Procurador del Común) y al órgano de control externo (Consejo de cuentas). Se trata de reducir costes sin suprimir la institución. Deberá valorarse como afectan estos cambios al funcionamiento de estas instituciones y, sin duda, puede generar alguna confusión sobre la relación con los poderes legislativo y ejecutivo, provocando su desnaturalización y poniendo en cuestión la propia garantía institucional (F. Rey Martínez, 2014, 198). No obstante, las instituciones autonómicas se mantienen.

En segundo lugar, en el concreto supuesto de analizamos puede cuestionarse la concepción de duplicidad que ha sustentado la propuesta. Su presupuesto es, como se ha indicado antes, la existencia de una organización administrativa ineficiente al repetirse los mismos órganos en los diversos niveles territoriales, generando costes innecesarios. Más allá de que, como hemos resaltado, el coste no puede ser el único criterio determinante de la decisión política, debemos destacar ahora que no

existe duplicidad por la mera existencia de un órgano estatal y otro autonómico con funciones similares sino únicamente cuando realizan las mismas tareas. Si es así, lo adecuado en un Estado descentralizado sería repartir las tareas, no eliminar el órgano del nivel territorial inferior.

Lo que genera ineficiencias económicas y administrativas no es la duplicidad sino el solapamiento o ejecución simultánea de la actividad por parte del órgano estatal y los autonómicos. Frente a eso, resulta pertinente en un Estado descentralizado la complementariedad de órganos que realizan funciones en diversos niveles territoriales. Si con esa complementariedad se consigue una mejora en el desarrollo de la función que tienen asignados esos órganos, específicamente un control de la actividad de los poderes públicos más rápido y eficaz, no puede ser contemplado como un mayor gasto sino como una inversión (J. M. Gimeno Feliu, 2013, 89). Se trataría, por tanto, de configurar un adecuado reparto en lugar de desplazar hacia el centro las tareas, que es la propuesta del Informe CORA.

Así ha ocurrido en relación a la función consultiva. Inicialmente el Consejo de Estado realizaba la función consultiva también en relación a las CCAA. De hecho, la STC 56/1990 indicaba que no funciona como un simple órgano consultivo del Gobierno central sino que es un “órgano del Estado que extiende sus funciones consultivas al ámbito autonómico”. Sin embargo, esa comprensión fue modificada en la STC 204/1992 en la que el Tribunal Constitucional no sólo acepta la existencia de órganos consultivos autonómicos sino, sobre todo, indica que resulta constitucionalmente legítima la sustitución del Consejo de Estado por dichos órganos consultivos autonómicos. Pone para ello la condición de que sean “órganos equivalentes”, esto es, que sean “órganos de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones”. Por tanto, no sólo permite la duplicidad orgánica sino que exige su carácter homologable. Se produce, por tanto, una complementariedad funcional entre ambos órganos homologables de forma que la actuación del órgano autonómico “se ciñe a la esfera de atribuciones y actividad de los respectivos gobiernos y Administración autonómica” (STC 204/1992, FJ 4).

Por tanto, desde una perspectiva jurídico-constitucional parece clara la legitimidad de esta complementariedad organizativa, pero también resulta operativa si atendemos a su funcionamiento. Se advierte nítidamente en relación a los órganos financieros de control externo. Como sabemos, hay cinco CCAA que carecen de dicho órgano y, por tanto, el control de sus cuentas públicas lo efectúa el Tribunal de Cuentas. Puede comprobarse que el Tribunal de Cuentas del Estado apenas aprueba 4 o 5 Informes al año en relación a las CCAA sin órgano propio y, además, lo hace con un gran retraso respecto al tiempo que se fiscaliza. Por el contrario, cualquier cámara de cuentas autonómica emite 20 o 30 informes anuales pudiendo hacerlo además sin excesiva demora. La conclusión es que la intensidad y extensión del control de las

cuentas públicas es mucho mayor en las CCAA que cuentan con un órgano autonómico de control externo, que en las que no lo tienen y dicha función es ejercida por el Tribunal de Cuentas del Estado.

Tampoco podemos soslayar, por último, la importancia de la cercanía en el espacio. Es difícil que el Defensor del Pueblo haga un adecuado seguimiento de la actuación de las distintas Administraciones en todo el territorio del Estado. No sólo resulta poco racional sino también poco económico si se pretende hacer un adecuado control sobre el terreno. En este caso, dado que el Tribunal Constitucional ha establecido expresamente la competencia del Defensor del Pueblo del Estado para controlar a la Administración autonómica pese a la existencia de órgano autonómico homologable (STC 31/2010, FJ 33) la vía para garantizar la complementariedad organizativa es la colaboración. En esa línea de colaboración debe enmarcarse el artículo 128.3 EAA cuando señala que ambos defensores “colaborarán en el ejercicio de sus funciones” e incluso el más incisivo artículo 78.2 EAC que impone el “deber de colaboración” entre los defensores del pueblo estatal y autonómico. Esa previsión estatutaria fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el Defensor del Pueblo. Sin embargo, en este caso el Tribunal no declaró la inconstitucionalidad sino la interpretación conforme. Según la STC 137/2010, FJ 7, este deber de colaborar tiene adecuado encaje en la Constitución en el entendimiento de que cooperación resulta conectada a voluntariedad. La inclusión de este deber no resulta vinculante para el Estado. En este sentido, no estamos ante una imposición desde el Estatuto sino ante una referencia al principio de colaboración, en el marco del cual el Estado puede actuar con libertad.

En consecuencia, aún en este supuesto en el que no puede imponerse el reparto funcional sino la concurrencia, para ofrecer una mayor garantía a los derechos de la ciudadanía, resulta posible un acuerdo de colaboración entre el Estado y las CCAA del que resulte ese reparto de las tareas. En este sentido, constituye un buen antecedente el Acuerdo entre el Defensor del Pueblo estatal y el andaluz que estuvo vigente entre 1997 y 2000. En este se prevé que la supervisión de la Administración General del Estado corresponde al Defensor del Pueblo estatal, sin perjuicio de que el andaluz pueda dirigirse a cualquier Administración con sede en Andalucía y podrá solicitarse la cooperación de éste para investigar las quejas relacionadas con la Administración General del Estado con sede en Andalucía. Además, en relación a la Administración autonómica la investigación recaerá en aquel defensor al que se dirija el ciudadano, aunque se dice que “como norma general, cuando se detecten duplicidades, por haberse dirigido un ciudadano a ambas instituciones planteando la misma queja, ésta será investigada y resuelta por el Defensor del Pueblo Andaluz”. En definitiva se trata de acordar fórmulas para evitar la ejecución simultánea de actividades sin necesidad de eliminar órganos. Resulta más adecuado que la propuesta unilateral de supresión del órgano autonómico prevista en el Informe CORA.

No obstante, la causa fundamental para el rechazo de la propuesta de supresión de órganos autonómicos como el Defensor del Pueblo o los órganos de control financiero externo se vincula a la alteración que provoca en la organización territorial del Estado. Y ello en varios sentidos. Por un lado, responde a una concepción de la organización territorial que debe ser superada pues está en el origen de la crisis territorial actual: la actuación autonómica vinculada a la previa decisión del Estado. Esta forma de actuar es consecuencia de la configuración de un modelo devolutivo, no integrador, en el que el Estado guía el desarrollo del proceso de descentralización. Del Estado dependen sus avances, permitiéndoles configurar órganos autonómicos (piénsese en los Tribunales Superiores de Justicia) pero también sus retrocesos, asumiéndose por órganos estatales las funciones de órganos autonómicos, como en el caso que nos ocupa.

En un pacto federal, el marco de actuación lo debe fijar la Constitución, no el Estado. Sin embargo, ni la propia configuración original del Estado autonómico ni la doctrina del Tribunal del Constitucional, salvo sentencias puntuales como la STC 61/1997, en relación a la supletoriedad, o la citada STC 204/1992, han facultado esta concepción federal del Estado autonómico.

La crisis, la reforma del artículo 135 y la LOEPSF parecen apuntalar esta concepción devolutiva que hace girar la organización territorial sobre el Estado central, no sobre la Constitución. Sin embargo, la LOEPSF tiene un alcance delimitador de competencias por remisión de la Constitución, esto es, el artículo 135 no es una cláusula universal atributiva de competencias, por más que a través de la LOEPSF se ponen a disposición del Ministerio de Hacienda instrumentos para condicionar la ejecución presupuestaria de las CCAA en cuanto el incumplimiento de los objetivos de déficit y deuda permite la adopción de medidas preventivas, coercitivas y correctivas. Le permite la delimitación de competencias en algunos ámbitos concretados en la LOEPSF, pero sólo en ellos y lo hace por remisión constitucional. No impide, por tanto, la configuración de un modelo de integración pero tampoco lo refuerza. No sólo porque, en definitiva, remite a órganos estatales para la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria sino también por el escaso papel que se otorga al Consejo de Política Fiscal y Financiera, como órgano mixto de colaboración, en comparación a lo que ocurre, por ejemplo, con el Consejo de Estabilidad en Alemania (M. M. Darnaculleta Gardella, 2014).

En un modelo de integración, el único posible en el presente y en el futuro, no se sostiene que las medidas incluidas en el Informe CORA que afectan a la relación con las CCAA sean propuestas unilateralmente por el Estado, sin participación de los territorios. Tampoco en la ejecución y seguimiento de las medidas a través de la Oficina para la Ejecución de la reforma de la Administración (OPERA) se prevé forma alguna de participación autonómica. Al hacerlo así ocurre que ni siquiera los

datos presentados por el Estado son aceptados por las CCAA. Así, el Defensor del Pueblo de Cataluña ha planteado que el Estado manipula los datos de coste de esta institución para justificar su propuesta de supresión. En el Informe se dice que cada actuación del *Sindic de Greuges* tiene un coste de 800 euros cuando en realidad el coste es de 280 euros, según los datos del Defensor del Pueblo autonómico. Al no haber participado en la elaboración del Informe los defensores autonómicos sino únicamente el del Estado no se ha logrado siquiera el acuerdo básico sobre el coste real que sirva de presupuesto para las medidas propuestas.

En consecuencia, la propuesta de supresión responde a un modelo de organización territorial basado en la decisión unilateral de la Administración General del Estado que se intenta imponer, jurídica o políticamente, según los supuestos, a las CCAA. Debería haberse planteado esta Comisión en el marco de una conferencia sectorial, único lugar de encuentro que existe en este momento o en un órgano mixto creado *ad hoc*, formado por representantes del Estado y de las CCAA, además de expertos propuestos por ambas partes. Todo ello mientras el Senado no sea una auténtica cámara territorial. Ello incrementaría su autoridad y facilitaría la implementación de las medidas. Pero, sobre todo, las incardinaría en un modelo territorial de integración.

Desde esta perspectiva territorial, y a partir de los presupuestos señalados, dos argumentos hacen inaceptable la propuesta de supresión de órganos autonómicos en el marco de nuestra estructura territorial.

En primer lugar, en un modelo tendencialmente federal debe existir congruencia entre la estructura de decisión política derivada de una organización territorial descentralizada y el modelo de control, fiscalización y supervisión de las instituciones de autogobierno, que también deberá ser, en este sentido, descentralizado. Los defensores del pueblo o los órganos de control externo son órganos auxiliares de control que colaboran e interactúan de manera permanente con las instituciones autonómicas en aras de un adecuado ejercicio de la gestión pública autonómica. Pero esta interrelación sólo puede ser efectiva si se sitúan en el mismo nivel territorial. Cuando la fiscalización de la actuación autonómica se hace desde órganos del Estado desconcentrados para referirse a las distintas CCAA, como hemos comprobado en el caso del Tribunal de Cuentas, estamos alterando el modelo territorial.

Frente a ello, se deben reforzar las instituciones de control en los distintos territorios, dependientes de los parlamentos territoriales, para acercar a la ciudadanía el control de la gestión autonómica y local. El ejercicio de las competencias autonómicas asumidas en sus Estatutos a través de sus propios órganos y servicios debe tener como correlato el control ejercido desde los propios órganos autonómicos o desde órganos constitucionales, pero no desde órganos del Estado cuyos miembros son designados sin participación alguna de las CCAA. Parece obvio que la Admi-

nistración autonómica debería rendir cuentas de su gestión ante órganos autonómicos, no ante órganos del Estado. Las quejas interpuestas por la ciudadanía de un territorio ante el funcionamiento de su Administración autonómica no deberían ser conocidas por un Defensor del Pueblo que da cuenta de su actuación ante las Cortes Generales. De igual forma no debería fiscalizar las cuentas autonómicas un Tribunal designado por las Cortes Generales, sin participación autonómica. De esta forma se está cuestionando el propio principio de autonomía recogido en el artículo 2 de la Constitución.

Por otro lado, la aplicación de esta propuesta por algunas CCAA, de forma voluntaria pues no puede ser impuesta jurídicamente puede producir cambios en la propia estructura territorial. Si finalmente, algunas CCAA con menos habitantes y/o menos identidad territorial reducen su organización institucional se configura un modelo de dos tipos de CCAA en lo que se refiere a sus instituciones de autogobierno. Mientras que en unos territorios estas instituciones propias se incorporan a los Estatutos con lo que se garantiza su existencia desde el bloque de la constitucionalidad, en otros se suspenden o se suprimen.

Un modelo de organización institucional asimétrico es disfuncional, especialmente cuando las competencias que ejercen los distintos territorios son similares. La Constitución había presupuesto una organización dual en el artículo 152 CE, al aplicarse sólo a las CCAA que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151 CE pero luego ha evolucionado hacia la simetría a partir del principio de emulación y en paralelo a la asunción de nuevas competencias. Son lógicas las singularidades, también institucionales, pero la configuración de una doble planta institucional: unas CCAA con otras instituciones de autogobierno distintas a Gobierno y Parlamento y otras sin ellas resulta disfuncional. A ello debe añadirse que algunas CCAA como Cataluña y el País Vasco encuentran insuficientes los instrumentos existentes.

Finalmente, no podemos soslayar que, como se ha reiterado en las páginas anteriores, se pretenden suprimir órganos de control. Tanto los defensores del pueblo como los órganos de control financiero externo son instituciones de autogobierno que funcionan como órganos auxiliares del Parlamento, de carácter técnico, para un control más adecuado de la actuación del poder ejecutivo. Es evidente que su supresión supone una limitación de los mecanismos de control del ejecutivo y de los cauces de actuación del parlamento autonómico. Y ello precisamente en un momento de crisis de la representación, cuando se propugna un mayor grado de transparencia y control en la gestión pública. No parece que la decisión política sea, en ese sentido, la más adecuada. La sociedad reclama más mecanismos de control del ejecutivo, no menos. Si se considera que el funcionamiento de estos órganos autonómicos es deficiente por razones de independencia, ineficiencia o burocratización, que genera un gasto superfluo, insostenible en época de crisis, deben solucionarse los problemas median-

te las reformas oportunas no suprimir la institución eliminando con ello instituciones de control y supervisión (L. M. Ordoki Urdazi, 2012, 28).

En el supuesto de los defensores del pueblo procede recordar la regulación del Estatuto de Andalucía en cuanto configura a este órgano no sólo como una institución de autogobierno (artículo 128) sino también como una garantía estatutaria en cuanto conforme al artículo 41 le corresponde “velar por la defensa de los derechos enunciados en el presente título”, esto es, en el Título Primero del Estatuto que se ocupa de los derechos sociales, los deberes y las políticas públicas derivadas del ejercicio de las competencias reconocidas en el Estatuto a la CA (STC 247/2007). Por tanto, más allá de una institución de autogobierno es garantía institucional de los derechos de los ciudadanos. Más aún puede decirse del Sindic de Greuges de Cataluña que está legitimado para “solicitar dictamen” al Consejo de Garantías estatutarias sobre iniciativas legislativas cuando “regulen derechos reconocidos en el Estatuto”. Resulta sorprendente que cuando los defensores del pueblo autonómicos están reforzando su posición institucional como instrumento de tutela de los derechos y libertades de las personas no sólo constitucionales sino también estatutarios (M. Bueyo Díez Jalón, 2012, 15) se plantee su supresión.

En fin, son evidentes los riesgos de desequilibrio en la forma de gobierno parlamentaria que resultan de esta propuesta. Debe ponderarse, en este sentido, la efectiva reducción presupuestaria con la pérdida de servicio a los ciudadanos, de control para los poderes públicos y su necesidad en la forma parlamentaria de gobierno. Desde estos presupuestos, la balanza se inclina hacia el mantenimiento de estas instituciones de autogobierno. De consolidarse esa reducción de los controles del ejecutivo autonómico, en el contexto de la crisis económica, el carácter presidencialista de los sistemas políticos autonómicos, ya bastante fuerte, quedaría claramente reforzado en esas CCAA.

Por último, a mayor abundamiento, se apuntan otros dos argumentos que avalan el mantenimiento de estos órganos autonómicos. Por un lado, su supresión se compensa con el ejercicio del control por parte de los órganos homólogos del Estado. Sin embargo, es posible que esa actuación de los órganos del Estado en el ámbito de actuación de los órganos autonómicos para su control, fiscalización o supervisión sea presentado como una injerencia e incluso un ataque a la autonomía política del territorio. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la simple posibilidad de que estos órganos puedan ser eliminados por la mayoría parlamentaria supone una limitación a su labor de control y supervisión. Por ello, no solo se sostiene su mantenimiento sino también su reconocimiento estatutario para que no puedan ser eliminados por la mayoría política coyuntural.

#### IV. CONCLUSIONES

Desde una perspectiva formal o procedimental hemos rechazado que el Informe CORA mezcle medidas de simplificación administrativa con otras propuestas cualitativamente distintas como la supresión de órganos autonómicos previstos en el Estatuto o en leyes autonómicas. De la misma forma hemos rechazado que ante una hipotética duplicidad siempre se plantee la supresión del órgano autonómico y se hayan hecho las propuestas sin la participación autonómica en los procesos de análisis y evaluación.

Pero más allá de las formas utilizadas, la propuesta de supresión de los órganos propios de las CCAA distintos a la Asamblea y el Consejo de Gobierno, específicamente los defensores del pueblo y los órganos de control financiero externo, debe ser rechazada por razones sustantivas. Hemos cuestionado que el criterio económico del coste de un determinado órgano sea el único criterio para proceder a su eliminación así como la propia concepción de duplicidad pues la ineficiencia resulta del solapamiento pero no cuando existe una complementariedad organizativa y un reparto de tareas entre el órgano estatal y los autonómicos homólogos.

No obstante, los argumentos más fuertes para rechazar la propuesta de suprimir órganos autonómicos como los defensores del pueblo o las cámaras de cuentas se vinculan a la organización territorial del Estado y la configuración del control como elemento nodal del principio democrático. El criterio para suprimir los órganos autonómicos no puede ser la realización de funciones similares en diversos niveles territoriales o el coste de fiscalizar las cuentas autonómicas o supervisar el respeto a los derechos en la actuación administrativa sino que debemos atender de manera principal a valorar como afecta esa eliminación al modelo territorial y a la forma de gobierno parlamentaria.

Desde la primera perspectiva, resulta claro que en un federalismo de integración, al que debemos tender, el ejercicio de competencias autonómicas debe tener su correlato de control, fiscalización o supervisión en el mismo nivel territorial. No encaja en ese federalismo una estructura en virtud de la cual la actuación de los ejecutivos autonómicos es controlada por órganos del Estado designados por las Cortes Generales sin participación alguna de los territorios, sino que el control debe ejercerse desde los propios órganos autonómicos, sin perjuicio del que puedan ejercer los órganos constitucionales. Tampoco parece adecuada la tendencia a la asimetría institucional pues dificulta las relaciones de colaboración y el propio funcionamiento integrado del modelo territorial.

Desde la perspectiva del principio democrático y el sistema de gobierno parlamentario procede recordar que nos hallamos ante órganos de control de la actuación de los

ejecutivos autonómicos, que deben ser reforzados a través de reformas legislativas cuando su funcionamiento sea deficiente pero cuya eliminación supone, sin duda, una pérdida en términos democráticos.

A partir de lo anterior, se aboga por el mantenimiento de la organización institucional autonómica que ha ido construyéndose y su reconocimiento estatutario, aun teniendo en cuenta dos ideas:

Ello no es óbice para que una determinada Comunidad Autónoma pueda plantear la supresión de un órgano para que las funciones sean ejercidas por el correspondiente órgano del Estado. Pero ello deberá hacerse a través de un acuerdo bilateral plasmado en un específico convenio de colaboración, tras garantizarse que, efectivamente, el órgano estatal podrá realizar esas funciones con la misma cercanía y en el mismo tiempo que lo venía desarrollando el órgano autonómico. En ningún caso a partir de una apelación genérica a la supresión de órganos autonómicos por parte del Estado.

Por otro lado, deben estar bien articuladas las relaciones entre el órgano estatal y los autonómicos para que se eviten solapamientos en su actuación y se reduzcan los costes. Los convenios de colaboración constituyen también el cauce efectivo para hacer posible esa articulación; al menos mientras no exista una cámara de representación territorial en la que puedan dirimirse estas cuestiones.

## **LA REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL: LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES\***

**Concepción Barrero Rodríguez**  
*Catedrática de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS EN LA LEY DE 1985. III. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LA LRSAL. 1. La alteración sustancial del modelo de 1985 en el origen de la reforma. Su modificación en el curso de la elaboración y tramitación de la Ley. 2. Las competencias de los Municipios en la LBRL tras la reforma de 2013. 2.1. El mantenimiento de la clasificación establecida en la Ley de 1985 a pesar de las importantes reformas introducidas. 2.2. Los servicios municipales del artículo 26. Las dudas planteadas por la nueva regulación. a) La modificación en los servicios de prestación obligatoria. b) La función de coordinación atribuida a las Diputaciones sobre los servicios de los Municipios de menos de 20.000 habitantes. c) El mantenimiento de los servicios por los Municipios. El “coste efectivo” de los servicios públicos. d) Valoración final. ¿Respeto el artículo 26.2 la autonomía local y las competencias autonómicas sobre el régimen local? 2.3. Las competencias del artículo 25 de la LBRL: a) La modificación de los ámbitos materiales del apartado 2.º b) Las materias establecidas en el artículo 25.2 ¿Constituyen una lista cerrada? c) Los nuevos requisitos para la atribución de competencias propias. 2.4. Las competencias delegadas. 2.5. Las competencias distintas de las propias y de las delegadas: a) Identificación y condiciones para su ejercicio. b) Las competencias existentes a la entrada en vigor de la Ley. IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

\* Este artículo se cerró en enero de 2015.

## I. INTRODUCCIÓN

El 13 de julio de 2012 el Consejo de Ministros examina, por vez primera, una propuesta de modificación del Régimen local, ya prevista en el “Programa nacional de Reformas” presentado por el Gobierno a la Unión europea en el mes de abril<sup>1</sup> y que, en palabras de la Vicepresidenta del Gobierno en la rueda de prensa posterior, pretendía una “redefinición de la estructura de la Administración local” que, entre otros objetivos básicos, ordenara las muchas entidades locales existentes definiendo bien sus competencias en aras de la consecución de principios racionales de gestión y administración de los recursos públicos<sup>2</sup>. El presentado en esa fecha constituía un proyecto de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladoras de las Bases del Régimen Local (LBRL), del que se afirmaría también, desde otros ámbitos, que “limitará las competencias de los Ayuntamientos y aupará las Diputaciones”<sup>3</sup>, que “trata de dismantelar servicios municipales o privatizarlos”<sup>4</sup>, o que “rezuma intervencionismo y tutela y, sin embargo, no soluciona el problema fundamental de los Ayuntamientos: la financiación”<sup>5</sup>.

El Anteproyecto de Ley, que ciertamente recibe críticas importantes tanto desde el punto de vista político como por parte de la doctrina especializada, inicia así una larga tramitación en la que muchos de los contenidos inicialmente previstos, entre otros el nuevo diseño de las competencias municipales, serán objeto de transformaciones sustanciales en las sucesivas versiones de ese texto que van conociéndose hasta su aprobación como Proyecto de Ley el 26 de julio de 2013 y remisión a las Cortes Generales en donde se producirán igualmente algunas alteraciones de interés<sup>6</sup>. La promulgación, ya a finales de ese año, de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, con el título de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), será recibida, no obstante las modificaciones introducidas en la

---

<sup>1</sup> Sobre las medidas concretas de modificación del régimen local recogidas en el citado Programa y en otros documentos importantes que sirven también de antecedente a la Ley, puede verse R. JIMÉNEZ ASENSIO, “Estudio introductorio: Reforma de la planta local y competencias municipales. Primeras reflexiones de urgencia sobre una propuesta” (*Elementos para un debate sobre la Reforma Institucional de la Planta Local en el Estado Autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno local, Madrid, 2012, pp. 17-39).

<sup>2</sup> [www.lamoncloa.gob.es](http://www.lamoncloa.gob.es).

<sup>3</sup> *Diario El País*, 6 de julio de 2012.

<sup>4</sup> *Diario El País*, 12 de junio de 2012.

<sup>5</sup> Según fuentes de la Federación Española de Municipios y Provincias, de las que se hacía eco el diario *El País* el 5 de agosto de 2012.

<sup>6</sup> En el estudio de M. ARENILLA SÁEZ puede encontrarse una síntesis sobre “la evolución de la reforma local” desde los primeros borradores hasta su definitiva aprobación (“El nuevo sistema de competencias locales”, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (coord.), *La reforma de 2013 del Régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno local, Madrid, 2014, pp. 46-48).

propuesta inicial, con igual oposición, como lo demuestran los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la norma<sup>7</sup> y el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por numerosos Municipios. Y como lo evidencia también la posterior acción normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas que presentada formalmente con el objeto de aprobar medidas para la aplicación de la Ley, la interpretan en términos de los que derivan el mantenimiento de la realidad existente en el momento de su entrada en vigor.

En este contexto, la elección de la reforma del régimen local entre los temas a tratar en las “XVI Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía” bajo el título “Legislación de crisis y su incidencia en el Estado de las Autonomías”, no puede considerarse más que un acierto con el que este Gabinete Jurídico ofrece una nueva muestra de su compromiso con el análisis y la reflexión sobre los grandes temas del Derecho Público y de la Administración de nuestros días. Cabe pues felicitarle por esta iniciativa con la que además vienen a reanudarse unos encuentros brillantemente puestos en marcha en 1995 por D. Francisco del Río Muñoz y que nos dejaron numerosas obras, ya de referencia, en sus respectivas materias.

Es claro que el análisis de las competencias municipales no puede ser abarcado de forma completa en las páginas que razonablemente debe comprender un capítulo de esta obra en la que se exponen otras muchas cuestiones de interés. Me limitaré pues a dejar constancia de las modificaciones más significativas que la LRSAL introduce en esta materia y de los problemas y dudas que suscita en unos momentos en los que los preceptos que la regulan se encuentran pendientes de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional.

## **II. EL PUNTO DE PARTIDA: LAS COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS EN LA LEY DE 1985**

La LRSAL no diseña ex novo las competencias de los Municipios, opera, por el contrario, por la vía de la modificación de los preceptos de la Ley de 1985 que las definen, de ahí que para la comprensión del alcance y sentido de la reforma deba de partirse de lo dispuesto en esta norma.

---

<sup>7</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional en su Sesión de 27 de mayo de 2014, acordó admitir a trámite, y así se publicó en el *BOE* núm. 132, de 31 de mayo, los recursos interpuestos por la Asamblea de Extremadura, el Consejo de Gobierno de Andalucía y el Parlamento de esta misma Comunidad Autónoma, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, el Gobierno y el Parlamento de Cataluña, el Parlamento de Navarra y el Gobierno de Canarias, así como el suscrito por más de cincuenta diputados de diferentes fuerzas políticas de la oposición.

La LBRL, en su redacción originaria, determina en su artículo 7.1 que “las competencias de las entidades locales son propias o atribuidas por delegación”. Las propias “se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas”. Las delegadas “se ejercen en los términos de la delegación, que puede prever técnicas de dirección y control de oportunidad que, en todo caso, habrán de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la entidad local”. En su concreción de este modelo, la norma diferencia, distinción que la Ley de Reforma respeta, entre los servicios municipales mínimos previstos en el artículo 26 y las competencias atribuidas por el legislador sectorial en las materias determinadas en el 25.2.

Los servicios municipales mínimos, establecidos en función del número de habitantes de la entidad, habían de ser prestados por todos los Municipios “por si o asociados”, reconociéndoseles, no igualmente, la posibilidad de solicitar de la Comunidad Autónoma su dispensa “cuando, por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento el establecimiento y prestación”. La norma preveía finalmente la asistencia de las Diputaciones a los Municipios a fin de garantizar su adecuada satisfacción y la posible cooperación, con ese mismo objeto, de las Comunidades Autónomas.

El artículo 25.1 de la LBRL, de otra parte, reconocía a los Municipios “para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias”, la posibilidad de “promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”. El apartado 2.º del precepto determina las materias en las que el Municipio “ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”. Sin ahondar ahora en su análisis, debe significarse que ese listado de materias será unánimemente interpretado como un elenco abierto en el sentido de que el legislador sectorial puede atribuir a los Municipios competencias en ámbitos distintos a los fijados en la norma.

La definición del sistema competencial de la Ley de 1985 se completaba con las posibles competencias que el Estado, las Comunidades Autónomas u otras entidades locales pudieran delegar en los Municipios en los términos establecidos en el artículo 27 y con las competencias previstas en el artículo 28. Un precepto que facultaba a los Municipios para realizar “actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”.

La LRSAL, respetando este esquema básico, introduce, sin embargo, modificaciones sustanciales en cada uno de estos grupos.

### III. LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES EN LA LRSAL

#### 1. La alteración sustancial del modelo de 1985 en el origen de la reforma. Su modificación en el curso de la elaboración y tramitación de la Ley.

La modificación de las competencias de los Municipios figura como uno de los objetivos fundamentales del Gobierno desde el momento mismo en el que anuncia su propuesta de reforma del régimen local. La Exposición de Motivos del primer borrador conocido de Anteproyecto de Ley, fechado el 13 de julio de 2012, es suficientemente clara al respecto cuando afirma que la norma de 1985 “diseñó un modelo competencial que ha dado lugar a disfuncionalidades, generando en no pocos supuestos situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas, duplicidad en la prestación de servicios, o que los Ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite para ello y sin contar con los recursos adecuados”. Ante ello, considera “llegado el momento de someter a una revisión profunda el conjunto de disposiciones relativas al complejo estatuto jurídico de la Administración local” con el objetivo básico, entre otros, de “clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones”. Se trata, añadía, “de definir con más precisión las competencias que deben ser desarrolladas por la Administración local, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas” y de que “las Entidades locales no vuelvan a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuentan con la financiación adecuada”.

Al servicio de este confesado propósito de reordenación de las competencias municipales, el Anteproyecto de Ley, en términos que mantienen y perfilan las versiones fechadas el 18 de febrero y 24 de mayo de 2013, que será la que informe el Consejo de Estado, propone las siguientes modificaciones de la Ley de 1985.

- a) Una nueva redacción del artículo 7 en el que, aparte de algunas alteraciones en sus distintos apartados, se adiciona uno nuevo, el cuarto, en el que se subordina el ejercicio por las entidades locales de “competencias no previstas en la ley” o de actividades económicas, las denominadas posteriormente “competencias impropias” y finalmente “competencias distintas de las propias y de las delegadas”<sup>8</sup>, a “que no se ponga en riesgo financiero la realización de las competencias propias, no haya duplicidades con las competencias autonómicas, y se garantice la

---

<sup>8</sup> “Competencias no previstas en la Ley” era su denominación en la versión del Anteproyecto de Ley que conocimos en julio de 2012. Estas mismas competencias serán las denominadas “competencias impropias” por la siguiente redacción del Anteproyecto, fechada el 18 de febrero de 2013. Finalmente, y atendiendo a la sugerencia del Consejo de Estado, pasarán a denominarse “competencias distintas de las propias y de las delegadas”.

sostenibilidad financiera del ejercicio de las nuevas competencias o actividades económicas, respetando en todo caso el principio de eficiencia y el resto de los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

- b) La reforma del artículo 25 en el sentido de reducir los ámbitos materiales sobre los que los Municipios pueden ejercer competencias en los términos que disponga el legislador sectorial, así como de imponer condiciones a la atribución de competencias en dichos ámbitos para garantizar el cumplimiento de los “principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad” y asegurar “que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública”. Además, si en la redacción entonces vigente de la norma quedaba claro que ese listado de materias constituía un mínimo susceptible de ampliación por el legislador sectorial, en el precepto reformado parece, a resultas de la desaparición en su apartado 1.º de la mención a “toda clase” de actividades y la inclusión, en lo que hace a “la realización de actividades y prestación de servicios”, de una referencia a “los términos previstos en este artículo”, que ese elenco se convierte en un *numerus clausus* que impide que la norma sectorial pueda atribuir competencias fuera del mismo.
- c) El Anteproyecto de Ley propone, en tercer lugar, una reforma sustancial en el régimen de los servicios municipales mínimos regulados en el artículo 26, en la que, en esos momentos, puede considerarse, sin duda, la modificación más relevante de cuantas afectan al régimen de las competencias municipales. Se disponía, en síntesis, que en los Municipios “con población inferior a 20.000 habitantes, las Diputaciones provinciales, los Cabildos o Consejos insulares en su caso, asumirán el ejercicio de las competencias para la prestación común y obligatoria, a nivel provincial o infraprovincial, de los servicios previstos en este precepto, cuando la prestación en el ámbito municipal, ya sea en razón de la naturaleza del servicio, la población o la sostenibilidad financiera, no cumpla con el coste estándar de los servicios a que se refiere el apartado anterior o sea ineficiente en atención a las economías de escala”<sup>9</sup>. El coste estándar, que se convierte así en el eje sobre el que gira el proceso de reacomodación de competencias en los Municipios por debajo de ese umbral de población, quedaba remitido en su regulación a un Real Decreto del Gobierno sin que la propuesta de norma legal ofreciera ningún tipo de

---

<sup>9</sup> El informe presentado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas al Consejo de ministros en julio de 2012 estimaba que “el ahorro generado por la absorción de los servicios obligatorios por las Diputaciones en municipios inferiores a cinco mil habitantes sería de 2.248,2 millones de euros, que llegarían a los 3.500 millones con la absorción también de competencias de municipios de hasta veinte mil habitantes”. El propio informe se hace eco de un análisis del Instituto de Estudios Fiscales que mantiene que el gasto de ofrecer los servicios a los ciudadanos “es cuatro veces más caro en los municipios de 5.000 habitantes”.

regla al respecto. El nuevo artículo 26 no dejaba, de otra parte, de suscitar reparos importantes desde el punto de vista de su misma constitucionalidad en lo que podía tener de vulneración del principio de la autonomía local.

- d) La propuesta de modificación legal alcanza también a las competencias delegadas del artículo 27 en donde, entre otras previsiones de interés, se introducen nuevos controles y se determinan las competencias susceptibles de delegación en los Municipios de más de 20.000 habitantes.
- e) La Ley de Reforma prevé finalmente la supresión del artículo 28 de la Ley de 1985 y, con ella, la posibilidad de que los Municipios puedan asumir “actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas”, en particular, en los ámbitos de “la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente”.

Esta propuesta de reforma de las competencias municipales será objeto de amplias críticas por la doctrina especializada y recibe, además, un varapalo importante del Consejo de Estado que en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio, cuestiona algunos de los contenidos más destacados del Anteproyecto sometido a su informe y que más discusión habían suscitado. En efecto, el órgano consultivo, además de advertir sobre las imperfecciones e imprecisiones del texto desde un punto de vista técnico, muestra sus dudas sobre el contenido del artículo 26, al no parecerle aceptable que siendo el coste estándar “un valor al que se anuda una función ablativa de las competencias municipales”, la remisión del Anteproyecto de Ley a la norma reglamentaria “sea tan amplia y carente de parámetros legales que prácticamente puede considerarse como una habilitación en blanco al Gobierno”. Además, y éste era sin duda un argumento fundamental, la reforma pretendida “puede incidir notoriamente en el desenvolvimiento efectivo de la autonomía municipal y, a la postre, reducir en exceso el ámbito competencial que integra el núcleo de esa autonomía constitucionalmente garantizada”<sup>10</sup>. El Consejo de Estado advierte también, desde otro punto de vista, que en la propuesta objeto de la consulta existe un erróneo entendimiento de las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera recogidas en la Ley Orgánica 2/2012, norma en la que “se encuentran referidas a la Hacienda municipal en su conjunto”, mientras que en el Anteproyecto de Ley parecen imponerse “a cada competencia o servicio, individualmente considerado”, lo que puede supo-

---

<sup>10</sup> Sobre el significado y alcance de la autonomía local me remito a las ya clásicas obras de referencia en la materia de L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales* (Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1981), M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional* (Civitas, Madrid, 1990) y A. FANLO LORAS, *Fundamentos constitucionales de la autonomía local: el control sobre las Corporaciones locales: el funcionamiento del modelo constitucional de autonomía local* (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990).

ner la traslación de su ejercicio a la Diputación aún cuando “valorada en su conjunto, la situación financiera de ese Ayuntamiento se adecuase a los objetivos de estabilidad y sostenibilidad previstos en la Ley Orgánica 2/2012”. Finalmente, el órgano consultivo llama la atención sobre como el “debilitamiento de la autonomía municipal” supone “un correlativo fortalecimiento” de las Provincias, lo que no deja de sorprender si se tiene en cuenta que éstas, por contraste con el Municipio, “son entidades locales de representación indirecta”. En definitiva, el reformado artículo 26 no ofrece “una regulación precisa y acabada y debe por ello ser revisada en conjunto”.

Más benévolo fue, sin embargo, el Dictamen del Consejo de Estado con la modificación propuesta para los artículos 7 y 25 de la Ley de 1985. La introducción por el primero de requisitos para la asunción de “competencias impropias”, denominación que no obstante propone que se sustituya, tiene, a su juicio, una justificación objetiva y razonable, cual es la de que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la Hacienda municipal y no se incurra en un supuesto de duplicidad competencial, por lo que “no comportan un control de oportunidad sobre las Entidades locales” que pudiera ser contrario al principio de autonomía local. Tampoco, de otra parte, puede considerarse que la nueva regulación del artículo 25 “atente contra la garantía institucional de la autonomía local” pues “el mero hecho de que el haz de competencias que hasta ahora tenían reconocidas (las entidades municipales) se vea reducido como consecuencia de la reforma proyectada no determina per se una afectación de la autonomía local de tal intensidad que pueda implicar una vulneración de la garantía institucional”.

Las importantes objeciones del Consejo de Estado al artículo 26, explican, sin duda, la sustancial transformación del precepto en la versión del Anteproyecto de Ley que se da a conocer el 22 de julio de 2013, que ofrece una regla distinta para la prestación de los servicios en los Municipios de menos de 20.000 habitantes, la que dispone que la Diputación “decidirá sobre la prestación directa por ella misma o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas”. Si con este nuevo contenido se quería dar respuesta a las posibles tachas de inconstitucionalidad advertidas por el Consejo de Estado, el resultado no podía, desde luego, considerarse satisfactorio. La facultad otorgada a las Diputaciones para decidir sobre la prestación de los servicios municipales presentaba una apariencia de inconstitucionalidad importante en la medida en que privaba a los Municipios de la capacidad para decidir sobre ellos<sup>11</sup>. De hecho, en el Proyecto de Ley aprobado por

---

<sup>11</sup> En tal sentido, L. E. FLORES DOMÍNGUEZ, “El Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Novedades de la versión definitivamente aprobada (Primera Parte)”, *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, 13 de septiembre de 2013.

el Consejo de Ministros una semana más tarde, el día 29 de julio<sup>12</sup>, se ha introducido, como analizaremos en el epígrafe siguiente, la exigencia de “conformidad de los Municipios afectados” respecto de la forma de prestación del servicio escogida por la Diputación y se ha atribuido además la competencia para resolver al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Aunque tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado se proponen varias enmiendas al artículo 1.9 del Proyecto de Ley, que es el que establece una nueva redacción para el 26 de la LBRL, el precepto será aprobado en términos prácticamente idénticos a los propuestos por el Gobierno. Lo mismo ocurrirá con las modificaciones introducidas en el artículo 27 y con la derogación del artículo 28. Más interés tiene, sin embargo, la tramitación parlamentaria en relación con el artículo 1.8 del Proyecto de Ley que modifica el 25 de la LBRL, al que se presentan distintas enmiendas encaminadas a dejar claro que el listado de materias de su apartado 2.º sigue teniendo un valor puramente enunciativo no excluyente, por consiguiente, de una posible atribución de competencias por el legislador sectorial en ámbitos distintos de los expresamente previstos<sup>13</sup>. De hecho, en el texto aprobado por la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados se introduce un nuevo apartado al artículo, el 6.º, que explícitamente reconoce esta posibilidad, al disponer que “cuando por ley las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos competenciales atribuyan a los municipios competencias propias en materias distintas a las previstas en el apartado 2 del presente artículo, deberán tener en cuenta los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 anteriores”<sup>14</sup>. Sorprendentemente, sin embargo, la aceptación de una nueva enmienda presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular como simple “corrección técnica”<sup>15</sup>, propicia la supresión de ese apartado 6.º, lo que viene a avivar el debate sobre si dicho listado constituye un mínimo susceptible de ampliación por el legislador sectorial o, por el contrario, una delimitación de materias exhaustiva y cerrada que impide la atribución de competencias fuera de ella.

---

<sup>12</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A, núm. 58-1, 6 de septiembre de 2013.

<sup>13</sup> Enmiendas números 154 y 195 del Grupo Mixto del Congreso a petición de Coalición Canarias y el BNG, respectivamente (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A, núm. 58-2, 30 de octubre de 2013) o enmiendas números 232 y 348 presentadas en el Senado por los Grupos Parlamentarios Entesa pel Progrés de Catalunya y Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. X Legislatura. Núm. 276, 28 de noviembre de 2013).

<sup>14</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A, núm. 58-4, 7 de noviembre de 2013.

<sup>15</sup> Enmienda número 421 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. X Legislatura. Núm. 276, 28 de noviembre de 2013).

## 2. Las competencias de los Municipios en la LBRL tras la reforma de 2013.

### 2.1. El mantenimiento de la clasificación establecida en la Ley de 1985 a pesar de las importantes reformas introducidas.

La LRSAL respeta, como se ha indicado, el esquema básico diseñado en 1985 aunque introduce modificaciones importantes. Así el artículo 2.1 sigue estableciendo que “para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente”, la “legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios” su “derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local”, si bien, entre los principios que han de regir esa asignación, priva al de proximidad del calificativo de “máxima” que lo acompañaba en la redacción originaria de la norma e incorpora los de eficacia y eficiencia, así como “la estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. La atribución de competencias a las entidades locales se ha de producir pues, en aplicación del precepto reformado, “de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

En su concreción de las competencias locales, el artículo 7 sigue diferenciando entre competencias propias y atribuidas por delegación. Las primeras, de las que ahora se establece que “solo podrán ser determinadas por ley”, se ejercen, como determina el apartado 2.º del precepto no alterado en este punto, “en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas”. Las competencias delegadas, de otra parte, son, como señala el apartado 3.º en una nueva redacción, las que “se ejercen en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia”. La novedad más significativa de la modificación de este precepto es, no obstante, la que se produce con la introducción de un nuevo apartado, el 4.º, que faculta a las entidades locales para “ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública”. Una previsión, más adelante volveremos sobre ella, que ha de ponerse en relación con la supresión del artículo 28, quedando así eliminada la posibilidad de que los Municipios ejerzan competencias complementarias en los términos que establecía este precepto.

La LRSAL modifica además el régimen de los servicios básicos del artículo 26, el de las competencias otorgadas por el legislador sectorial en aplicación de lo dispuesto en el 25 y el de las competencias delegadas previstas en el 27. Analizamos seguidamente los aspectos más destacados de la reforma en cada uno de estos ámbitos.

## 2.2. Los servicios municipales del artículo 26. Las dudas planteadas por la nueva regulación.

La reforma de este precepto es quizás la más relevante de cuantas afectan al sistema de competencias de los Municipios, la que más dudas suscita y la que puede generar una mayor conflictividad en su aplicación. Es imposible profundizar en todos y cada uno de los cambios introducidos en el artículo 26 de la LBRL y en su posible interpretación. Nos limitamos a dar cuenta de ellos en espera además de lo que pueda disponer el Tribunal Constitucional, toda vez que el artículo 1.Nueve de la Ley de 2013, que es el que modifica dicha norma, figura entre los preceptos objeto de todos los recursos de inconstitucionalidad que se han interpuesto contra la Ley así como del conflicto en defensa de la autonomía local planteado por diferentes Municipios.

### a) La modificación en los servicios de prestación obligatoria.

Los Municipios, de conformidad con el nuevo artículo 26.1 de la LBRL, han de prestar, en todo caso, los servicios siguientes: “alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas”. Los que tengan una población superior a 5.000 habitantes, han de prestar además: “parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos”. Los que superen los 20.000, suman a los anteriores los de “protección civil, evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público”. Los que cuenten finalmente con más de 50.000 habitantes asumen también el “transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano”.

Aunque no es aquí en donde se producen las modificaciones de mayor calado, no debe dejar de advertirse como la LRSAL introduce variaciones en el listado de servicios establecidos por la disposición de 1985. Así hay algunos que desaparecen, como es el caso, en el grupo de los que han de prestar todos los Municipios, “del control de alimentos y bebidas” o del servicio de “mercado” en relación con los Municipios de más de 5.000 habitantes. Y otros que se ven sensiblemente reducidos como ocurre con la prestación de servicios sociales en los Municipios de más de 20.000

habitantes que quedan circunscritos a “la evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social” o con la protección del medio ambiente en los de más de 50.000 que se limita al “medio ambiente urbano”.

b) La función de coordinación atribuida a las Diputaciones sobre los servicios de los Municipios de menos de 20.000 habitantes.

El nuevo artículo 26.2 prevé que “en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de los siguientes servicios: a) Recogida y tratamiento de residuos. b) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. c) Limpieza viaria. d) Acceso a los núcleos de población. e) Pavimentación de vías urbanas. f) Alumbrado público”. Para coordinar la citada prestación, “la Diputación propondrá, con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera”.

Esta regulación plantea numerosas cuestiones de interés que dejamos simplemente enumeradas. Las siguientes:

– La función atribuida a las Diputaciones ¿Es realmente una potestad de coordinación?

La primera duda que, en efecto, suscita el artículo 26.2 reformado hace referencia a la propia naturaleza de las funciones que confiere a las Diputaciones y, más concretamente, a si estamos realmente, tal y como la califica el precepto, ante una acción de coordinación. La coordinación, si se atiende a la propia jurisprudencia constitucional existente sobre este principio, tiene como presupuesto básico el ejercicio de la competencia por la entidad coordinada<sup>16</sup>, presupuesto que sencillamente falta en el esquema diseñado por la LRSAL en el que el servicio es asumido por la Diputación o por otra entidad resultante de una “fórmula de gestión compartida”, con lo que, en último término, los Municipios afectados se ven privados de su prestación. El propio

---

<sup>16</sup> En tal sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1987, de 27 de febrero.

precepto así lo reconoce al disponer que “cuando la Diputación o entidad equivalente asuma la prestación de estos servicios repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso. Si estos servicios estuvieran financiados por tasas y asume su prestación la Diputación o entidad equivalente, será a ésta a quien vaya destinada la tasa para la financiación de los servicios”. Tampoco los autores que han analizado el nuevo artículo 26.2 de la LRBL dudan en destacar que el precepto atribuye a las Diputaciones u otras entidades previstas en la norma, la prestación de los servicios municipales<sup>17</sup>.

- “La conformidad de los Municipios afectados” sobre la forma propuesta por la Diputación.

La Diputación propondrá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas “la forma de prestación” del servicio con “la conformidad de los municipios afectados”. Esta exigencia, como ya se apuntó, no figuraba en la última versión del Anteproyecto de Ley que se difundió, que simplemente disponía que la Diputación “decidirá sobre la prestación directa por ella misma o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas”. Se introduce en el breve tiempo que media entre el 22 de julio de 2013, fecha de ese Anteproyecto, y el día 26 del mismo mes en el que se aprueba el Proyecto de Ley por el Consejo de Ministros. Desde luego, la incorporación de este requisito disipa, en apariencia, las posibles objeciones de inconstitucionalidad que la decisión de la Diputación sin participación municipal alguna, hubiera podido fundamentamente plantear. Ahora bien, suscita, entre otros, un interrogante fundamental no resuelto expresamente, el de cómo responder a los supuestos en los que el Municipio no preste esa conformidad. En principio, y en una interpretación literal de la norma, la entidad municipal

<sup>17</sup> En tal sentido, M. ARENILLA SÁEZ (“El nuevo sistema de competencias locales”, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (coord.), *La reforma de 2013 del Régimen local español*, op. cit., pp. 29 y 50-51), X. FORCADELL i ESTELLER (“Aproximación crítica a los principales cambios en la legislación de régimen local como consecuencia de la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (coord.), *La reforma de 2013 del Régimen local español*, op. cit., p. 65), J. M. CARBONERO GALLARDO (“Capítulo 6. El nuevo papel de las Diputaciones Provinciales”, J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 257-258), M. BASSOLS COMA (“La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: Panorama general”, *Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, 2014, p. 34), M. ZAFRA VÍCTOR, “Doble inconstitucionalidad de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, 2014, p. 58), o J. A. MORENO DE MOLINA y A. VILLANUEVA CUEVAS (“El régimen de los servicios mínimos locales tras la reforma efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, M. J. DOMINGO ZABALLOS (coord.), *Reforma del régimen local. Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Veintitrés estudios*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 199-200).

no podrá ser privada de la prestación del servicio que, por consiguiente, no podrá ser asumida por la Diputación. De ser así, esta previsión puede terminar por hacer inaplicable la apuesta legal en favor de la prestación por las Diputaciones de los servicios básicos de los Municipios de menos de 20.000 habitantes.

– La intervención del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

La resolución final ha de ser adoptada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que “para reducir los costes efectivos de los servicios”, decidirá “sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera”. Esta previsión, que se incorpora a la norma la vez que la necesaria “conformidad de los Municipios afectados”, suscita nuevos interrogantes. De una parte, no resuelve sobre como proceder en los supuestos en los que la Administración del Estado no acepte la forma de prestación del servicio que se le propone, ante lo que, de nuevo, habrá que entender que la Diputación no podrá asumir la gestión del servicio. De otra, y como seguidamente veremos, plantea dudas importantes sobre la propia competencia del Estado para decidir sobre el particular, una cuestión sobre la que habrá de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su resolución de los recursos de inconstitucionalidad pendientes en estos momentos.

– Las fórmulas posibles para la prestación del servicio.

El artículo 26.2 permite optar entre la “prestación directa” del servicio por la Diputación o “la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas”<sup>18</sup>.

La opción en favor de la prestación de los servicios por las Diputaciones, explica probablemente la desaparición en el precepto reformado de dos previsiones importantes que figuraban en su redacción originaria. De una parte, la que permitía que los Municipios prestasen sus servicios “por si o asociados”. De otra, la que los facultaba para solicitar de la Comunidad Autónoma su dispensa. Desde luego, esta segunda norma no hubiera quizás encajado del todo en el actual contenido del artículo 26. Más discutible resulta, sin embargo, la desaparición del reconocimiento de esa posible prestación de los servicios de forma asociada cuando el apartado 2.º del propio

---

<sup>18</sup> La Mancomunidad es la “forma de gestión compartida” por la que se ha decantado la Ley 1/2014, de 25 de julio, de Adaptación del Régimen Local de la Comunidad de Madrid, que establece en su artículo 4.3 que “se priorizará la fórmula mancomunada, pudiendo impulsarse su constitución por la Comunidad de Madrid”.

precepto prevé esta posibilidad y el artículo 44 sigue reconociendo a los Municipios “el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia”. Esta es además una fórmula de la que pueden hacer uso los Municipios de más de 20.000 habitantes que no están afectados por la regulación dispuesta en el artículo 26.2.

c) El mantenimiento de los servicios por los Municipios. El “coste efectivo” de los servicios públicos.

El propio artículo 26.2 permite que un Municipio pueda mantener sus servicios cuando “justifique ante la Diputación”, y ésta “lo considere acreditado”, que puede prestarlos “con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión propuesta por la Diputación provincial o entidad equivalente”.

Debe advertirse, de una parte, sobre cómo las posibilidades municipales de seguir prestando sus servicios pasan por su capacidad para hacerlo, no con el mismo coste con el que lo haría la Diputación o entidad equivalente, sino con un coste menor, previsión legal que ha sido fuertemente contestada en la medida en que sitúa al Municipio en una posición de desigualdad frente a la Provincia. La hipótesis, por lo demás, de que la entidad municipal pueda prestar un servicio con un coste menor del que resultaría de su gestión en ámbitos supramunicipales parece, en principio, difícilmente realizable.

De otra parte, debe destacarse la aparición en la norma del concepto “coste efectivo” en sustitución del “coste estándar” al que se refería el Anteproyecto de Ley en sus primeras versiones. El nuevo artículo 116.ter de la LBRL lo regula en los siguientes términos: “Todas las Entidades Locales calcularán antes del día 1 de noviembre de cada año el coste efectivo de los servicios que prestan, partiendo de los datos contenidos en la liquidación del presupuesto general y, en su caso, de las cuentas anuales aprobadas de las entidades vinculadas o dependientes, correspondiente al ejercicio inmediato anterior”. El cálculo “tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios conforme a los datos de ejecución de gastos mencionados en el apartado anterior” de acuerdo con los criterios desarrollados por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Las Entidades Locales, señala finalmente, comunicarán los costes efectivos de cada uno de los servicios a este Ministerio para su publicación.

La Orden legalmente prevista fue aprobada el 6 de noviembre de 2014<sup>19</sup> Regula, en efecto, los “criterios de cálculo” del coste efectivo en cumplimiento de lo establecido

---

<sup>19</sup> Orden Ministerial 2075 del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 6 de noviembre de 2014 (BOE núm. 270, de 7 de noviembre).

en el citado precepto legal y “habilita al titular de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local” para “adoptar las resoluciones y medidas necesarias para la aplicación y ejecución de lo dispuesto en esta Orden”<sup>20</sup>. Los Municipios vienen obligados a facilitar, por vez primera, el coste efectivo de sus servicios antes del 1 de noviembre de 2015 referido a los datos de 2014<sup>21</sup>. Será, a partir de entonces, cuando realmente pueda aplicarse el nuevo artículo 26 y, por consiguiente, valorarse su incidencia real sobre las competencias de los Municipios de menos de 20.000 habitantes. Habrá que esperar también a ese momento para ver qué respuesta se ofrece a las numerosas dudas interpretativas que el artículo plantea.

d) Valoración final. ¿Respeto el artículo 26.2 la autonomía local y las competencias autonómicas sobre el régimen local?

Dejando de lado las valoraciones de estricta oportunidad que pueda merecer el nuevo precepto, es claro que estamos, como lo demuestran las críticas de las que ha sido objeto en los primeros análisis doctrinales que se han hecho<sup>22</sup>, ante una regulación discutible jurídicamente, compleja en su aplicación y en algunos extremos, según ponen de manifiesto muchos de esos autores, de dudosa constitucionalidad en su posible vulneración del principio de autonomía local y de las competencias autonómicas sobre el régimen local<sup>23</sup>. De hecho, es objeto de todos los recursos de incons-

<sup>20</sup> Disposición final 1.ª. El Consejo de Estado en su Dictamen 781/2014, de 28 de julio, consideró que esta habilitación “no resulta incompatible con la que se contiene a favor del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en el apartado 2 del artículo 116.ter de la LBRL...”.

<sup>21</sup> Así lo establece la disposición transitoria única que dispone también que, excepcionalmente, la información relativa a 2013 se publicará por el propio Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

<sup>22</sup> Así, y entre otros, de M. BASSOLS COMA (“La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: Panorama general”, *op. cit.*, pp. 32-4), M. ZAFRA VÍCTOR (“Doble inconstitucionalidad de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, pp. 53-55), J. M.ª SOUVIRON MORENILLA (“Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los Municipios en la reciente reforma del régimen local básico”, *Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, 2014, pp. 91-3), J. CUESTA REVILLA, (“Las competencias municipales: Una aproximación a su nuevo régimen jurídico”, *Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, 2014, pp. 106-110) o J. A. MORENO DE MOLINA y A. VILLANUEVA CUEVAS (“El régimen de los servicios mínimos locales tras la reforma efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, pp. 198-209).

<sup>23</sup> En tal sentido, J. L. RIVERO YSERN (“Capítulo 1. La crisis económica y la reforma del régimen jurídico de la Administración Local”, J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (coords.), *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, *op. cit.*, p. 37 y “La provincia en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, de 27 de diciembre de 2013”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014, pp. 18-19), J. M.ª SOUVIRON MORENILLA (“Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los Municipios en la reciente reforma del régimen local básico”, *op. cit.*, p. 92) o J. A. MORENO DE MOLINA y A. VILLANUEVA CUEVAS (“El régimen de los servicios mínimos locales tras la

titucionalidad que se han interpuesto y figura igualmente en el conflicto en defensa de la autonomía local que se ha planteado.

En espera del fallo del Tribunal Constitucional, puede indicarse que los distintos órganos consultivos que se han pronunciado sobre el nuevo artículo 26.2 de la LBRL han formulado serios reparos a su contenido. Así el Consejo de Estado en su Dictamen 338/2014, de 22 de mayo, emitido con ocasión del conflicto planteado en defensa de la autonomía local, concluye que la norma, “aparentemente respetuosa con la autonomía de los Municipios afectados”, resulta, sin embargo, cuestionable, en la medida en que al no prever “la posibilidad de que los Municipios presten sus servicios directamente” en el caso “de que su coste efectivo sea superior al resultante de la forma de gestión propuesta por la Diputación”, puede estar forzándolos a aceptar la propuesta de la entidad provincial con lo que “no habría voluntad libremente expresada por parte de aquellos”. Entiende además, retomando argumentos ya empleados en su Dictamen al Anteproyecto de Ley, que la exigencia de que cada servicio se preste sin rebasar un determinado umbral económico, “puede perturbar el sistema de atribución competencial e interferir la autonomía municipal” que de tal modo quedaría permanentemente “sometida a cuestión, cuando no diluida o seriamente comprometida”. En conclusión, “las consecuencias de orden constitucional que se derivan del alcance que deba darse a la expresión «conformidad de los Municipios afectados»..., unido al impacto que la utilización del «coste efectivo del servicio»... como único criterio determinante de la asunción de servicios municipales por las Diputaciones Provinciales, puede tener sobre el ejercicio de las competencias propias de la práctica totalidad de los Municipios españoles” permiten “apreciar la existencia de fundamentos jurídicos suficientes para que las Entidades Locales interesadas planteen conflicto en defensa de la autonomía local”, a lo que debe añadirse que la competencia atribuida

---

reforma efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, pp. 209-212).

Para otros autores sin embargo, la exigencia de conformidad de los Municipios afectados excluye la posible vulneración de la autonomía constitucionalmente garantizada. Tal es el caso de J. M. VÁZQUEZ PITA (“Las competencias de los Municipios y las Diputaciones Provinciales”, J. RODRÍGUEZ-ARANA y M. J. SARMIENTO ACOSTA (dirs.), *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Comares, Granada, 2014, p. 41).

En relación concretamente con las competencias atribuidas al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, pueden verse las consideraciones de F. VELASCO CABALLERO (“El nuevo régimen local y su aplicación diferenciada en las distintas Comunidades Autónomas”, *Revista catalana de Dret Public*, núm. 48, 2014, p. 11), M.<sup>a</sup> J. ALONSO MAS (“El nuevo régimen de las competencias municipales”, M. J. DOMINGO ZABALLOS (coord.), *Reforma del régimen local. Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Veintitrés estudios*, *op. cit.*, pp. 173-4) o M. MEDINA GUERRERO (“La reforma del régimen local: Una honda transformación de las relaciones intergubernamentales”, *Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, 2014, p. 152).

al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas “tiene por si sola perfiles suficientemente polémicos desde el punto de vista de la autonomía local”.

También los órganos consultivos autonómicos han cuestionado abiertamente la regulación del artículo 26.2 reformado de la LBRL. Así lo ha hecho, entre otros, el Consejo consultivo de Andalucía en su Dictamen 165/2014, de 12 de marzo, en el que sostiene que la función de coordinación que el precepto atribuye a las Diputaciones es “un eufemismo que encierra en realidad la asunción por éstas del control sobre la prestación de servicios locales básicos, que forman el núcleo de las competencias locales por antonomasia”. En otros términos, otorga a las Diputaciones “el papel de «tutoras» de los municipios de población inferior a 20.000 habitantes”, lo que debe considerarse que vulnera la autonomía municipal que consiste “en gran parte” en la capacidad del Municipio “de adoptar decisiones sobre la prestación de los servicios que integran sus competencias”. La atribución, de otra parte, de la decisión al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, “claramente supone una lesión de la competencia prevista en el artículo 60.3 del Estatuto de Autonomía”. En definitiva, para el Consejo consultivo andaluz la reforma del artículo 26.2 de la LBRL es inconstitucional<sup>24</sup>, opinión que comparten los órganos consultivos de Cataluña, Principado de Asturias y Canarias en lo que hace a la atribución de la competencia para resolver a la Administración del Estado. La potestad de coordinación atribuida a las Diputaciones, o no es objeto de pronunciamiento, o se considera conforme con la Constitución en la medida en que se ha de producir “con la conformidad de los Municipios afectados”<sup>25</sup>. Habrá que estar pues atentos a lo que determine el Tribunal Constitucional.

### 2.3. Las competencias del artículo 25 de la LBRL.

La LRSAL incide también en las competencias propias del artículo 25, aquellas, recordemos, que los Municipios ejercen en los términos establecidos por la norma sectorial correspondiente. Las novedades que la reforma aporta en este precepto pueden sintetizarse en los siguientes términos.

---

<sup>24</sup> El Dictamen cuenta con el voto particular de dos consejeros que mantienen la necesidad de “una lectura del principio de autonomía local” acorde con el reformado artículo 135 de la Constitución. Una interpretación desde la que concluyen en la constitucionalidad de la norma.

<sup>25</sup> Así Dictámenes 8/2014, de 27 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, 51/2014, de 24 de marzo, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, y 172/2014, de 8 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias.

a) La modificación de los ámbitos materiales del apartado 2.º.

Una primera modificación de interés es la que afecta al listado de materias establecido por el artículo 25.2 en su redacción de 1985<sup>26</sup>. La Ley de Reforma suprime algunas de las originariamente previstas –por ejemplo, la defensa de consumidores y usuarios, los mataderos, la conservación de caminos y vías rurales o la “participación en la gestión de la atención primaria de la salud”–; incorpora otras –como es el caso de “la promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y comunicación”–; y, sobre todo, limita el alcance de varias de las ya recogidas en la redacción originaria de la norma que se mantienen, por consiguiente, aunque en términos sensiblemente reducidos. Así las competencias en materia de vivienda, antes referidas a la “promoción y gestión de viviendas” en general, se circunscriben a las de “protección pública” y las relativas a la “protección del medio ambiente”, al “medio urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos, y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas”. También se producen variaciones sustanciales en el ámbito de los servicios sociales al sustituirse la referencia de la letra k) del precepto, antes de su reforma, a la “prestación de los servicios sociales y de promoción y inserción social” por la simple “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social” en la actual letra e). E igualmente en materia educativa en donde las posibles competencias municipales quedan reducidas, en la letra n) del nuevo artículo 25.2, a “la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperación con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes”, desapareciendo así la más amplia relativa a la participación en “la programación de la enseñanza”, si bien se añade “la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, primaria y especial”. Cabe reparar en como la reforma legal incide en ámbitos en los que, a la entrada en vigor de la Ley de 2013, los Municipios ejercen competencias muy importantes, objeto, ahora, de un

---

<sup>26</sup> Al respecto puede verse el exhaustivo análisis comparativo entre la redacción anterior del precepto y la vigente de F. TOSCANO GIL (“El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, 2014, pp. 305-312) o el detallado examen del actual artículo 25.2 de M. CEBRIÁN ABELLÁN (*Régimen local tras la reforma de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 152-275). De singular interés resultan también, en relación con este asunto, las consideraciones de J. A. SANTAMARÍA PASTOR quien, a diferencia de lo que parece entender la mayoría de los autores, considera que “la Ley mantiene prácticamente intacto el cuadro de competencias municipales establecido en 1985”, pudiendo incluso afirmarse que “experimenta una cierta tendencia al crecimiento” (“El régimen de las competencias locales y el dilema de la esfinge”, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (coord.), *La reforma de 2013 del Régimen local español*, op. cit., pp. 141-149).

proceso de transferencia a las Comunidades Autónomas en los términos dispuestos en las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera y adicional decimoquinta en relación con las competencias que los Municipios tenían atribuidas en materias de salud, servicios sociales, inspección sanitaria y educación, respectivamente<sup>27</sup>. La disposición adicional única del Decreto-Ley de Andalucía 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSA, aclara que las competencias en estos ámbitos que, “con carácter previo a la entrada en vigor de la LRSAL, se preveían «como propias de los municipios», continuarán siendo ejercidas por éstos «en los términos previstos en las leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad Autónoma», a lo que añade que «el resto de competencias en dichas materias atribuidas a las entidades locales por la legislación de la Comunidad Autónoma anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013...», continuarán siendo ejercidas por éstas, de conformidad con las previsiones de la norma de atribución y en los términos establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985,...”<sup>28</sup>.

Al margen de las valoraciones que, sin duda, nos depararía un análisis más detallado, cabe reparar en como las modificaciones y supresiones introducidas en la lista originaria de materias del artículo 25.2, vienen quizás a potenciar la vertiente administrativa del Municipio en detrimento de su condición de gobierno local, toda vez que

---

<sup>27</sup> Sobre el alcance de estas disposiciones y las dudas que suscitan pueden verse los estudios de J. CUESTA REVILLA, “Las competencias municipales: Una aproximación a su nuevo régimen jurídico” (*op. cit.*, pp. 105-6), J. CALVO VÉRGEZ, “Nueva delimitación competencial y organizativa de la Administración local tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre” (“Principios de la reforma local”, *Revista de Estudios Locales, CUNAL*, núm. 169 Ext., 2014, pp. 48-51) o J. CASES i PALLARÉS, “La reordenación de competencias locales operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en el mismo número de esa Revista (pp. 109-113).

<sup>28</sup> Otras Comunidades Autónomas han promulgado disposiciones de contenido similar. Así el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la Garantía y Continuidad de los Servicios Públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (artículo 4), la Ley de Galicia 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes, derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (disposiciones adicionales 4.ª y 5.ª), la Ley 1/2014, de 25 de julio, de Adaptación del Régimen Local de la Comunidad de Madrid a la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (disposición adicional primera), el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de junio, de medidas urgentes para la Garantía y Continuidad de los Servicios Públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivada de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, convalidado por la Ley 6/2014, de 13 de octubre (artículos 6 a 8), el Decreto-Ley de 3/2014, de 17 de junio, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración (disposición adicional 4.ª), que quedó derogado tras su falta de convalidación y sustituido por el 4/2014, de 22 de julio, de medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales a la disposición adicional novena de la Ley 27/2013, y el Decreto-Ley 2/2014, de 21 de noviembre, de medidas urgentes para la aplicación en las Islas Baleares de la Ley 27/2013 (artículo 6).

desaparecen de ella o se limitan de forma importante aquellas de las que resultaba el reconocimiento a la entidad local de un mayor margen de decisión política<sup>29</sup>.

b) Las materias establecidas en el artículo 25.2. ¿Constituyen una lista cerrada?

– Las modificaciones introducidas en el precepto. La doctrina de los órganos consultivos.

El artículo 25.1 de la LBRL reformado dispone que “el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo”. El reconocimiento a los Municipios de la capacidad para “promover actividades y prestar los servicios públicos” se circunscribe pues, regla antes inexistente, a “los términos previstos en este artículo”. Además la norma vigente suprime las referencias, que figuraban en el texto anterior, a “toda clase” de actividades y a “cuantos” servicios puedan promover los Municipios. La nueva redacción del precepto plantea la duda de si el listado de materias de su apartado 2.º, que siempre se había entendido como no excluyente de otras posibles competencias fuera de esos ámbitos materiales, ha adquirido la condición de un *numerus clausus* que cierra, por consiguiente, la puerta a una eventual atribución de competencias al margen del mismo<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Al respecto pueden verse, entre otras, las consideraciones de A. BOIX PALOP (“Sentido y orientación de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Autonomía local, centralización y provisión de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, núm. 2, 2014), L. PAREJO ALFONSO (“Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el Modelo de Autogobierno Municipal”, *Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, 2014, pp. 13-4), L. E. FLORES DOMÍNGUEZ (“El Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Novedades de la versión definitivamente aprobada (Primera Parte)”, *op. cit.*), o F. TOSCANO GIL (“El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *op. cit.*, pp. 302-3).

<sup>30</sup> Así parecen entenderlo, en efecto, autores como M. ARENILLA SÁEZ (“El nuevo sistema de competencias locales”, *op. cit.*, p. 35), M. BASSOLS COMA (“La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: Panorama general”, *op. cit.*, p. 30), J. M.ª SOUVIRON MORENILLA (“Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los Municipios en la reciente reforma del régimen local básico”, *op. cit.*, p. 84) y F. TOSCANO GIL (“El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *op. cit.*, p. 300 y “Capítulo 3. Las competencias municipales”, J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ, *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, *op. cit.*, pp. 95-97).

No todos los autores comparten, sin embargo, esta tesis como puede comprobarse en los estudios de E. CARBONELL PORRAS (“Sobre la reforma local y las competencias municipales propias”, *Revista vasca de Administración Pública*, núms. 99-100/2014, p. 775), M.ª J. ALONSO MAS (“El nuevo régimen de las compe-

Aunque la cuestión es ciertamente controvertida y hay que estar atentos al futuro pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cabe señalar que el Consejo de Estado, ya en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio, al Anteproyecto de Ley, llamaba la atención sobre la trascendencia de la modificación introducida en el artículo 25 de la LBRL que “pasa de establecer un listado abierto de competencias susceptibles de ser legalmente reconocidas a los Municipios” a enunciarlas “de forma exhaustiva y aparentemente cerrada”. Con ello, y como insiste en el Dictamen 338/2014, de 22 de mayo, emitido en el procedimiento para el planteamiento del conflicto en defensa de la autonomía local, el legislador básico estatal quiere evitar que “las leyes sectoriales del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuyan competencias a los Municipios, al margen del mecanismo de la delegación regulado en el artículo 27 de la LBRL, en materias distintas de las enumeradas por el artículo 25.2 de la misma norma, tal y como venía sucediendo antes de la aprobación de la LRSAL”. La propia jurisprudencia constitucional sobre el artículo 149.1.18 de la Constitución y el significado de la garantía institucional de la autonomía local, sirven al Consejo de Estado para avalar, dentro siempre del respeto al “núcleo básico e intangible” que define dicha autonomía, la competencia estatal para “definir con carácter básico los mínimos competenciales que en cada momento doten de contenido y efectividad a la garantía de la autonomía local”. Unos mínimos que, en relación con la norma precedente, lo mismo pueden ampliarse o, como sucede con la LRSAL, reducirse, siendo “las Comunidades Autónomas las que, en su caso, deben ajustar su esquema competencial de atribución de competencias a los Municipios a lo dispuesto con carácter básico por el legislador estatal”. Del propósito de convertir la lista del artículo 25.2 en un *numerus clausus* es significativo además, a juicio del propio órgano consultivo, el que “en el Senado se suprimiera el apartado 6 del artículo 25 de la LBRL, introducido en el Congreso, en el que se habilitaba a las Comunidades Autónomas para atribuir a los Municipios competencias propias en materias distintas a las previstas en el apartado 2 de dicho precepto”<sup>31</sup>.

La doctrina del Consejo de Estado es compartida por el Consejo consultivo de Andalucía en su Dictamen 165/2014, de 12 de marzo, que no considera tampoco que la reforma del artículo 25 por la LRSAL “desnaturalice al municipio como ente local autónomo”, a lo que añade, y ello es extraordinariamente importante, que “el hecho

---

tencias municipales”, *op. cit.*, pp. 163-5) o J. CASES i PALLARÉS, “La reordenación de competencias locales operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, pp. 104-106.

<sup>31</sup> Una desaparición que, según cuenta M. ZAFRA VÍCTOR, se produce paradójicamente a petición de la FEMP que “conservando el subconsciente político de las competencias impropias y viendo al Estado el protector frente a la voracidad autonómica, teme la proliferación de competencias impropias sin financiación” (“Sorprendente normativa autonómica para el desarrollo de la Ley 27/2013”, *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, 6 de junio de 2014).

de que el Estatuto de Autonomía para Andalucía en su artículo 92 establezca un listado de competencias propias para los municipios, no supone una contradicción con la redacción del nuevo precepto (artículo 25), ya que aquellas competencias que hayan decaído en la LRSAL, pero que se reconozcan en el Estatuto Autonómico, tendrán encaje a través de los cauces competenciales del artículo 7 ya citado, es decir, vía delegación o como competencia impropia<sup>32</sup>. Otros órganos consultivos autonómicos que han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la modificación de este precepto no comparten, sin embargo, esta interpretación. Así el Consejo de Garantías estatutarias de Cataluña coincide en su Dictamen 8/2014, de 27 de febrero, con el Consejo de Estado y con el órgano andaluz en que el artículo 25, en la redacción dada por la Ley de 2013, impide que las competencias propias de los Municipios puedan ser ampliadas por las Comunidades Autónomas, si bien discrepa de ellos al entender que la concepción de las bases estatales que late en este precepto como “fijadora de un máximo competencial” no “encuentra amparo en el artículo 149.1.18 CE” y vulnera además su Estatuto de Autonomía. El Consejo consultivo del Principado de Asturias lo que no comparte, sin embargo, en su Dictamen 51/2014, de 24 de marzo, es que el reformado artículo 25.2 ofrezca “un listado de cerrado de competencias propias”, de tal forma que “la delegación se haya convertido en el único mecanismo para el traslado de competencias autonómicas a las corporaciones locales cuando afectan a áreas o sectores” no contemplados en ese listado<sup>32</sup>.

La diversidad de pareceres expresados por los distintos órganos consultivos y las distintas opiniones doctrinales que se han manifestado, favorables por lo general, a la inconstitucionalidad de la pretensión del legislador básico estatal de cerrar el núcleo posible de las competencias propias de los Municipios<sup>33</sup>, evidencian, en suma,

<sup>32</sup> El Consejo consultivo de Canarias no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión, toda vez que en relación con este precepto solo se le requirió opinión acerca de si la desaparición de algunas de las materias previstas en la norma originaria vulnera la autonomía local, a lo que en su Dictamen 172/2014, de 8 de mayo, respondió negativamente.

<sup>33</sup> En tal sentido, M. ZAFRA VÍCTOR (“Doble inconstitucionalidad de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, en particular, pp. 60-66, “Capítulo 2. Análisis y valoración sobre la constitucionalidad de la LRSL”, *op. cit.*, pp. 77-84, y “Sorprendente normativa autonómica para el desarrollo de la Ley 27/2013” *op. cit.*), F. TOSCANO GIL (“El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *op. cit.*, pp. 302-3 y “Capítulo 3. Las competencias municipales”, *op. cit.*, p. 96) o S. A. BELLO PAREDES (“Las competencias locales: Balance de situación”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época, número extraordinario sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, enero, 2015). Por su parte, J. A. MORENO DE MOLINA y A. VILLANUEVA CUEVAS consideran que es el conjunto de normas resultantes de los artículos 26, 25.2 y, sobre todo, 7.4, “las que despiertan dudas sobre su adecuación al contenido del principio de autonomía local” (“El régimen de los servicios mínimos locales tras la reforma efectuada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, p. 197). Al respecto puede verse también el sugerente estudio de M. ZAFRA VÍCTOR y P. NAVARRO RODRÍGUEZ para quienes con esta Ley “el Estado cruza la línea del Legislador Básico para situarse como Legislador de Armonización

la dificultad de un tema que tiene en su base misma el alcance de los títulos competenciales estatales que otorgan cobertura a la LRSAL<sup>34</sup> y en el que además subyace, en último término, una cuestión fundamental cual es la de la posición de la Ley Básica de Régimen Local en relación con los Estatutos de Autonomía. Una cuestión nunca resuelta y que la LRSAL ha vuelto a poner sobre la mesa con singular intensidad<sup>35</sup>. En espera de lo que determine el Tribunal Constitucional, puede decirse que tanto el Consejo de Estado como el Consejo consultivo de Andalucía, sin afirmarlo desde luego expresamente, parecen partir, en los dictámenes antes citados, de la primacía de la norma estatal del régimen local en la línea apuntada, el dictamen del órgano andaluz la cita reiteradamente, por la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2013, de 25 de abril, que, recogiendo la doctrina ya mantenida en la 31/2010, de 28 de junio, sostiene que el título competencial del Estado para la regulación del régimen local no puede verse eliminado por la reforma estatutaria, de tal forma que cuando el Estatuto de Autonomía atribuye la competencia sobre régimen local en “exclusividad”, lo hace de manera impropia y no impide que sobre dicha competencia autonómica puedan operar plenamente las bases estatales, pues, como indica la citada Sentencia 31/2010 en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña, éste “en modo alguno sustituye ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone a los

---

(El pretendido blindaje autonómico de competencias municipales tras la reforma de la Administración local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época*, núm. 2, 2014).

Existen, no obstante, significados autores que realizan una interpretación del nuevo artículo 25 de la LBRL favorable a su conformidad con la Constitución. Es el caso de F. VELASCO CABALLERO (“El nuevo régimen local y su aplicación diferenciada en las distintas Comunidades Autónomas”, *op. cit.*, pp. 6-8 y “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (coord.), *La reforma de 2013 del Régimen local español*, *op. cit.*, pp. 91-103), cuya opinión parece compartir M.<sup>a</sup> J. ALONSO MAS (“El nuevo régimen de las competencias municipales”, *op. cit.*, pp. 165 y 169).

<sup>34</sup> Una cuestión que excede notoriamente de este estudio. Me remito al respecto a la exposición sobre la materia de F. VELASCO CABALLERO “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, pp. 75-136.

<sup>35</sup> Conflicto presente, por ejemplo, en Andalucía. Su Estatuto de Autonomía de 2007 otorga en el artículo 92 competencias a los Municipios, posteriormente desarrolladas por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local, que no figuran en la actualidad en la LRSAL. Sobre la posible colisión entre ambas disposiciones puede verse J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (“Las competencias municipales en Andalucía. Las medidas contenidas en el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 89, 2014, pp. 14-30). Sobre la relación entre la ley básica estatal y los Estatutos de Autonomía, me remito igualmente a las recientes consideraciones de F. VELASCO CABALLERO (“El nuevo régimen local y su aplicación diferenciada en las distintas Comunidades Autónomas”, *op. cit.*, p. 1.921), S. A. BELLO PAREDES (“Las competencias locales: Balance de situación”, *op. cit.*) y A. GALÁN GALÁN (“La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época, número extraordinario sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, enero, 2015).

principios o bases que dicta el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente reservadas”<sup>36</sup>.

Sea cual sea la interpretación correcta, y al margen de cualquier análisis sobre las competencias estatales en materia de régimen local, lo que sí parece claro es que en la LRSAL late una concepción de la relación bases estatales/desarrollo autonómico distinta de la que había imperado hasta ahora. En efecto, hasta esta disposición, esa relación se había entendido siempre desde la consideración de lo básico como un mínimo ampliable por el legislador autonómico. La Ley de 2013, invirtiendo este planteamiento, establece, bajo el imperio de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, el techo competencial máximo y, por consiguiente, el contenido de la autonomía local en términos que el legislador autonómico no puede ampliar. Que esta opción sea o no respetuosa con la Constitución es algo que solo podrá determinarlo el Tribunal Constitucional en un fallo que, confiemos, no se demore en exceso.

- La normativa autonómica de desarrollo de la LRSAL. Su interpretación del artículo 25 de la LBRL.

Son ya mayoría las Comunidades Autónomas que han legislado adoptando medidas para la aplicación de la LRSAL que afectan, entre otras, a esta clase de competencias. Andalucía lo ha hecho en el ya citado Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo. Esta norma, separándose de la posición mantenida por el Consejo consultivo de la Comunidad Autónoma en el Dictamen 165/2014, de 12 de marzo, parte, y así lo explicita su Exposición de Motivos, de considerar como “propias” las competencias municipales “contenidas en el Estatuto de Autonomía para Andalucía y la legislación derivada del mismo: Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y legislación sectorial”. Sustenta su posición, de una parte, en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la LRSAL que declara la aplicación de la norma “a todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de sus competencias exclusivas en materia de régimen local asumidas en sus Estatutos de Autonomía,...”; y, de otra, en la que califica como “doctrina consolidada del Tribunal Constitucional” expresada fundamentalmente en la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, según la cual “la función encomendada a la legislación básica estatal es garantizar las mínimas competencias que dotan de contenido la efectividad y garantía de la autonomía local”. Un planteamiento que “no puede interpretarse que la reforma local llevada a cabo ha invertido”, de

<sup>36</sup> En el estudio de A. BOIX PALOP, “Sentido y orientación de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales” puede encontrarse un resumen y valoración de es jurisprudencia constitucional en la materia (*op. cit.*).

tal modo que “las leyes autonómicas que atribuyeron competencias a las entidades locales no han perdido vigencia como consecuencia de la aprobación de la norma estatal sino que dichas competencias deben seguir siendo ejercidas por éstas en los términos previstos en las normas de atribución”. Expresado de otro modo, la Ley estatal ha reducido el mínimo competencial constitucionalmente garantizado a los Municipios, pero “no prohíbe a las Comunidades Autónomas atribuir otras competencias a las entidades locales distintas de las previstas en los artículos 25.2 y 36.1 de la LBRL, pues lo contrario sería inconstitucional”<sup>37</sup>. De forma coherente con este planteamiento, el artículo 1 del Decreto-Ley dispone que “las competencias atribuidas a las entidades locales de Andalucía por las leyes anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/2013,... se ejercerán por las mismas de conformidad con las previsiones contenidas en las normas de atribución, en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes del presente Decreto-Ley”. Una regla que ha quedado igualmente reconocida en otras Comunidades Autónomas<sup>38</sup>. No se pro-

<sup>37</sup> Véanse al respecto las consideraciones de J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ para quien el ejecutivo andaluz hace una “interpretación equivocada” del “sistema de fuentes de la autonomía municipal andaluza” “(Las competencias municipales en Andalucía. Las medidas contenidas en el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo”, *op. cit.*, pp. 15-16).

<sup>38</sup> Así en las ya citadas Ley 1/2014, de 25 de julio, de Madrid (artículo 3.2), Ley de Galicia 5/2014, de 27 de mayo (disposición adicional primera), Ley 2/2014, de 3 de junio, de La Rioja (artículo 1) y Ley 6/2014, de 13 de octubre, de la Región de Murcia, que convalida el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de junio (artículo 1), y en los igualmente citados Decreto-Ley 2/2014, de 21 de noviembre, de las Islas Baleares (artículo 1.2), Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, de Castilla y León (artículo 1), y Decreto-Ley de Cataluña 3/2014, de 17 de junio (disposición adicional 1.<sup>a</sup>), sustituido por el 4/2014, de 22 de julio.

En el caso del Principado de Asturias ese reconocimiento se ha producido en una disposición de rango reglamentario, en el Decreto 68/2014, de 10 de julio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (disposición adicional).

En otras ocasiones, han sido las propias circulares dictadas por los Gobiernos autonómicos ofreciendo criterios interpretativos para la aplicación de la LRSAL, las que mantienen que los Municipios seguirán ejerciendo como propias las competencias que tuvieran atribuidas con tal carácter en el momento de la entrada en vigor de esta norma, se refieran o no materias incluidas en su nuevo artículo 25.2. Así lo hacen la Circular 1/2014, de 28 de abril, de la Dirección General de Administración Local del Gobierno de Aragón sobre el “régimen jurídico competencial de los Municipios aragoneses tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que modifica la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local” (<http://www.aragon.es>), y la Circular de 18 de junio de 2014, de la Dirección General de Administración Local de la Comunidad valenciana sobre “el nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” (Diario Oficial de la Comunidad Valenciana núm. 7300, de 2 de junio de 2014). Y así lo hace también la Circular de 1 de abril de 2014, de la Viceconsejera de Administración y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León, relativa al “sistema competencial y otras cuestiones derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” (Boletín Oficial de Castilla y León, núm. 64, de 2 de abril), aunque en esta Comunidad Autónoma la regla ha encontrado reconocimiento en el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo. También Cataluña anticipó esta solución en la

nuncia, sin embargo, expresamente la norma andaluza sobre la posibilidad de que la ley autonómica pueda, a partir de la entrada en vigor de la estatal, atribuir a los Municipios como propias competencias en ámbitos distintos de los acotados en el artículo 25.2. Su propio entendimiento, expresado en la Exposición de Motivos, de la relación entre la norma básica de régimen local y el ordenamiento autonómico, permiten, sin embargo, concluir de forma clara en favor de dicha posibilidad. Así, de hecho, lo han reconocido otras Comunidades Autónomas en las normas promulgadas para la aplicación de la LRSAL, como es el caso de Cataluña en el artículo 2.1 del Decreto-Ley de Cataluña 3/2014, de 17 de junio, o, incluso, en las propias Circulares que han dictado sus Gobiernos ofreciendo criterios interpretativos para la aplicación de la Ley 27/2013<sup>39</sup>.

En conclusión, las Comunidades Autónomas han entendido que el artículo 25.2 de la LBRL sigue estableciendo un listado mínimo de materias que no impide que los Municipios puedan seguir prestando como competencias propias las atribuidas, antes de su entrada en vigor, en ámbitos materiales distintos de los establecidos en el precepto, y que no impide tampoco una atribución por el legislador posterior de competencias fuera igualmente de las materias indicadas en esa lista. En este planteamiento late, desde luego, un entendimiento del alcance de la reforma, y en concreto del nuevo artículo 25.2, diferente del mantenido no ya por la mayoría de la doctrina, sino por el propio Consejo de Estado y el Consejo consultivo de Andalucía, lo que ha llevado, incluso, a afirmar que la “originalidad” de estas normas no “está tanto en un desarrollo singularizado de la legislación estatal”, sino en “descartar una interpretación propuesta por el Consejo de Estado (también por el Consejo Consultivo de Andalucía)”<sup>40</sup>, en desactivar, en definitiva, “el programa de recentralización jurídica” que representa la Ley de Reforma<sup>41</sup>. Hay que señalar,

---

“Nota explicativa” de la Secretaria de Cooperación y Coordinación de las Administraciones Locales sobre “la aplicación de determinados aspectos de la Ley 27/2013” (<http://municipia.gencat.cat>).

<sup>39</sup> Como son los casos de la Circular de 11 de marzo de 2014, de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno vasco, “referente al sistema de ordenación de las competencias municipales y al régimen foral vasco, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” (Boletín Oficial del País vasco, n.º 56 de 21 de marzo), y de las ya citadas Circulares de 1 de abril de 2014, de la Viceconsejera de Administración y Gobierno del Territorio de la Comunidad de Castilla y León, 1/2014, de 28 de abril, de la Dirección General de Administración Local del Gobierno de Aragón y 18 de junio de 2014, de la Dirección General de Administración Local de la Comunidad valenciana.

<sup>40</sup> M. ZAFRA VÍCTOR, “Sorprendente normativa autonómica para el desarrollo de la Ley 27/2013”, *op. cit.*

<sup>41</sup> En expresión tomada de A. BOIX PALOP, “Sentido y orientación de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Autonomía local, recentralización y provisión de servicios públicos locales”, *op. cit.*

Otros comentarios doctrinales abundan en la misma línea. Así A. GALÁN GALÁN, se refiere a “normas autonómicas que reinterpretan los preceptos contenidos en la ley estatal, obstaculizando así que puedan aplicarse en su recto sentido originario” (“La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la

no obstante, que el Gobierno que en aplicación de lo dispuesto en el 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha convocado las Comisiones bilaterales de cooperación entre el Estado y distintas Comunidades Autónomas, entre otras la de Andalucía, al objeto de resolver las discrepancias surgidas con la promulgación de estas normas para la aplicación de la LRSAL y evitar, en su caso, la interposición de recursos de inconstitucionalidad, ha dejado a los preceptos de estas disposiciones que siguen considerando como propias las competencias atribuidas por el legislador autonómico en materias que no figuraban en el nuevo artículo 25.2 de la LBRL, al margen de los que motivan el requerimiento, lo que vendría a confirmar que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha terminado por aceptar una interpretación de este precepto, atisbada ya en su “Nota explicativa” sobre la Ley<sup>42</sup>, que, desde luego, no parece ser la que estaba en la base de la reforma del artículo. De prosperar esta interpretación, el alcance de la modificación legal habrá quedado sustancialmente rebajado en relación con lo que, en origen, cabía esperar. Habrá que esperar, no obstante, a ver que falla el Tribunal Constitucional en su Sentencia sobre la LRSAL.

c) Los nuevos requisitos para la atribución de competencias propias.

La reforma del artículo 25 de la LBRL afecta también a su apartado tercero e igualmente introduce otros nuevos con el objetivo común de controlar la atribución de competencias propias a los Municipios. Se establece así que la Ley que la otorgue ha de “evaluar la conveniencia de la implantación” conforme “a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera”, debiendo “ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad”. Además, “debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas”. En garantía del cumplimiento de estos principios, se exige que los proyectos de leyes estatales se

---

Administración Local”, *op. cit.*), S. A. BELLO PAREDES a disposiciones que parecen dictadas “para establecer un aparente «cortafuegos» normativo a la LRSAL” (“Las competencias locales: Balance de situación”, *op. cit.*) y M. ZAFRA VÍCTOR y P. NAVARRO RODRÍGUEZ a una “normativa autonómica de blindaje de competencias municipales frente a la LRSAL” (“El pretendido blindaje autonómico de competencias municipales tras la reforma de la Administración local”, *op. cit.*).

<sup>42</sup> Nota que inicia su análisis de las competencias propias del artículo 25 declarando que “Sin perjuicio de lo que puedan prever las leyes sectoriales estatales y autonómicas, el apartado 2 del artículo 25 LrBRL recoge las materias sobre las que se pueden ejercer competencias propias que pueden desarrollar los municipios”, en lo que parece, por tanto, suponer el reconocimiento explícito de la posibilidad de que las leyes sectoriales puedan atribuir competencias en ámbitos distintos de los indicadas en ese precepto.

acompañen de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que así lo acrediten. Finalmente, y con el fin de evitar supuestos de duplicidad competencial, el nuevo apartado 5.º establece que “la Ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública”<sup>43</sup>. No se ocultan, desde luego, las dificultades que puede presentar, ante casos concretos, la aplicación de estos requisitos.

#### 2.4. Las competencias delegadas.

De forma ya más breve, puede indicarse que la LRSAL modifica igualmente el régimen de las competencias delegadas reguladas en el artículo 27 de la LBRL de las que, con carácter general, se determina que habrán de “mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, a cuyo fin se establece que la delegación “deberá acompañarse de una memoria económica donde se justifiquen los principios a que se refiere el párrafo segundo de este apartado y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas”. Al servicio igualmente de dichos objetivos se refuerzan las condiciones para la delegación de competencias. Se introduce así un control de eficiencia por la Administración delegante que habrá de concretar el propio acuerdo de delegación y se exige que ésta vaya “acompañada, en todo caso, de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación”, previsión que completa el artículo 57.bis con una regulación de la “garantía de pago en el ejercicio de las competencias delegadas”. Destaca también, en la nueva redacción dada al artículo 27, la desaparición en su apartado 1.º de la vinculación de la delegación con las materias que afecten a los “intereses propios” del Municipio<sup>44</sup>, el que el ámbito subjetivo de la delegación se circunscriba a la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, eliminándose, por tanto, la posibilidad de que la delegante sea otra entidad local, o el establecimiento de un plazo mínimo de cinco años para la delegación. Igualmente debe señalarse que se ofrece una lista de competencias objeto, entre otras, de posible delegación y se establece la necesidad

<sup>43</sup> La Ley gallega 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, regula en su artículo 1 la evaluación de la implantación de nuevas competencias por leyes autonómicas.

<sup>44</sup> F. VELASCO CABALLERO ha llamado la atención sobre la trascendencia de esta modificación y, en general, sobre una regulación que altera “de forma relevante la propia identidad y sentido de la actual delegación” (“El nuevo régimen local y su aplicación diferenciada en las distintas Comunidades Autónomas”, *op. cit.*, p. 110).

de que ésta, además “de evitar duplicidades administrativas”, mejore “la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía” y contribuya “a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos”, lo que, en definitiva, parece exigir que el Municipio ejerza la competencia con un menor coste. De ser así, la duda que pudiera plantearse es la de por qué tales competencias no se han previsto como propias figurando, por consiguiente, en la lista del artículo 25.2, en vez de en la del 27.<sup>345</sup>

En cuanto a las competencias ya delegadas en el momento de la entrada en vigor de la LRSAL, la disposición adicional 9.<sup>a</sup>1 dispuso que “los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos”, en esa fecha, “por el Estado y las Comunidades Autónomas con toda clase de Entidades Locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de éstas últimas de competencias delegadas...” debían de “adaptarse a lo previsto en esta Ley a 31 de diciembre de 2014”, quedando sin efectos en caso contrario. El Decreto-Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL, reiteró en su artículo 6 esta exigencia y determinó en el 7 el procedimiento a seguir para la adaptación, al igual que lo hicieron otras Comunidades Autónomas<sup>46</sup>.

## 2.5. Las competencias distintas de las propias y de las delegadas.

### a) Identificación y condiciones para su ejercicio.

Las previstas en los artículos 25, 26 y 27 no agotan las competencias posibles de los Municipios, dado que el apartado 4.º del artículo 7 de la LBRL, introducido por la Ley de Reforma de 2013 que a su vez deroga el artículo 28 relativo a las competen-

<sup>45</sup> Sobre el nuevo régimen jurídico de la delegación de competencias pueden verse las observaciones, entre otras, de J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ (“Competencias municipales: Competencias delegadas e impropias”, *Cuadernos de Derecho Local. Fundación Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, 2014, pp. 72-75), J. CUESTA REVILLA (“Las competencias municipales: Una aproximación a su nuevo régimen jurídico”, *op. cit.*, pp. 110-118), M.ª J. ALONSO MAS (“El nuevo régimen de las competencias municipales”, *op. cit.*, pp. 177-186), F. TOSCANO GIL (“Capítulo 3. Las competencias municipales”, *op. cit.*, pp. 106-114) o L. E. FLORES DOMÍNGUEZ (“Las competencias municipales en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, 28 de julio de 2014).

<sup>46</sup> Por ejemplo, Galicia en la Ley 5/2014, de 27 de mayo (disposición adicional 3.<sup>a</sup>), Castilla-León en el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo (artículo 3), Murcia en el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de junio, convalidado por la Ley 6/2014, de 13 de octubre [artículos 4.b) y 5)], o Cataluña en el Decreto-Ley 4/2014, de 22 de julio, de medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales a la disposición adicional novena de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (artículos 2 y 3).

cias complementarias<sup>47</sup>, permite que los Municipios puedan “ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”<sup>48</sup>. Eran las denominadas, en el Anteproyecto de Ley que informó el Consejo de Estado en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio, “competencias impropias”, expresión que al alto órgano consultivo no le pareció adecuada para “denominar una categoría formal del competencias”. Se trata, decía, “de un tertium genus distinto de las competencias propias y de las delegadas –de hecho, no se encuentran definidas como tales, sino solo por su exclusión de las otras clases de competencias– y, precisamente por ello y porque el anteproyecto incorpora diversas normas sustantivas en relación con tales competencias, no parece apropiado acudir a dicha expresión para referirse a ellas”. Aceptando una de las propuestas sugeridas por el propio Dictamen, el Proyecto de Ley, opción que mantendrá la norma finalmente aprobada, pasa a identificarlas como “competencias distintas de las propias y de las delegadas”. La Ley, sin embargo, sigue sin definir en términos positivos esta clase de competencias con las dificultades de concreción que ello entraña, en perjuicio incluso, como se ha señalado, del principio de seguridad jurídica<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> De hecho, y a juicio de autores como J. CASES i PALLARÉS, “las competencias distintas de las propias” vienen a ocupar el espacio dejado por las complementarias (“La reordenación de competencias locales operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, p. 108) que “resurgen, en expresión de J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en el artículo 7.4” (“El régimen de las competencias locales y el dilema de la esfinge”, *op. cit.*, p. 150).

<sup>48</sup> Los comentarios doctrinales sobre este nuevo tipo de competencias no han sido, hasta ahora, favorables. Así L. PAREJO ALFONSO habla de “un nuevo y extraño tipo negativo y, por ello, indeterminado de competencia” (“Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el Modelo de Autogobierno Municipal”, *op. cit.*, p. 18), en tanto que J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ advierte una notable incoherencia entre el reconocimiento de la existencia de estas competencias y “la absoluta indeterminación” en la que las deja la Ley (“Competencias municipales: Competencias delegadas e impropias”, *op. cit.*, pp. 77-79). Una indeterminación ya advertida, cuando todavía se debatía el Anteproyecto de Ley, por E. CARBONELL PORRAS (“La planta local: Análisis general y perspectivas de reforma”, J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *La planta local*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo-Fundación Democracia y Gobierno local, Madrid, 2013, pp. 51-2). En esa misma época, L. E. FLORES DOMÍNGUEZ llamaba la atención sobre la dificultad de encontrar campos de actuación que puedan realmente cumplir con los requisitos legales (“Reflexiones sobre la pretendida reforma del régimen local”, *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, 10 de junio de 2013). Otras valoraciones del precepto, de tono igualmente crítico, pueden encontrarse en los estudios M. BASSOLS COMA (“La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: Panorama general”, *op. cit.*, p. 32), J. M.<sup>a</sup> SOUVIRON MORENILLA (“Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los Municipios en la reciente reforma del régimen local básico”, *op. cit.*, p. 84) o M.<sup>a</sup> J. ALONSO MAS (“El nuevo régimen de las competencias municipales”, *op. cit.*, pp. 157-162).

<sup>49</sup> En tal sentido F. TOSCANO GIL que realiza, no obstante, un importante esfuerzo de concreción de estas competencias (“El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *op. cit.*, pp. 314-317). Al respecto pueden verse también las consideraciones de F. VELASCO CABALLERO (“El nuevo régimen local y su aplicación diferenciada en las distintas Comunidades Autónomas”, *op. cit.*, p. 5 y “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*, pp. 89-91).

La atribución a los Municipios de “competencias distintas de las propias y de las delegadas” se supedita al cumplimiento de dos importantes condiciones: a) Que “no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera” y b) Que “no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública”<sup>50</sup>. No debe perderse de vista que la eliminación de “los problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones” haciendo realidad el principio “una Administración una competencia”, constituye, según confiesa el Preámbulo de la LRSAL, uno de los “objetivos básicos” de la reforma<sup>51</sup>. En relación con la primera condición, debe repararse en como el aseguramiento de “la sostenibilidad financiera” se proyecta sobre el “conjunto de la Hacienda municipal” y no sobre “las nuevas competencias o actividades económicas”, como establecía el Anteproyecto de Ley en una previsión cuestionada por el Consejo de Estado en su Dictamen 567/2013, de 26 de junio, cuyas observaciones inspiran, sin duda, la disposición finalmente aprobada<sup>52</sup>. Por lo demás, el ejercicio de estas competencias se ha de producir “en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

En garantía del cumplimiento de los requisitos legalmente previstos, son “necesarios y vinculantes”, como establece el propio artículo 7.4, “los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre

---

<sup>50</sup> El Anteproyecto de Ley que informó el Consejo de Estado aludía a que “no haya duplicidades con las competencias autonómicas”, lo que el Dictamen 567/2013, de 26 de junio, consideró “vago e impreciso, sin un contenido jurídicamente delimitado” y “cuya inclusión en el anteproyecto, desprovista de ulteriores criterios que acoten su significado, produce un efecto perturbador de la seguridad jurídica que debe evitarse”.

<sup>51</sup> La doctrina ha analizado con detalle las razones que han llevado a la aparición de “duplicidades funcionales”, los ámbitos en los que fundamentalmente se han producido y su Fundamento Jurídico. En este sentido, y entre otros, pueden verse los estudios de F. VELASCO CABALLERO (“Duplicidades funcionales de comunidades autónomas y entidades locales”, *Anuario de Derecho Municipal, 2011*, Madrid, 2012), M. ALMEIDA CERREDA (“La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local”, J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *La planta local, op. cit.*, pp. 70-75) o F. J. SANZ LARRUGA (“Capítulo Tercero: La eliminación de las duplicidades competenciales”, J. RODRÍGUEZ-ARANA y M. J. SARMIENTO ACOSTA (dirs.), *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, op. cit.*, pp. 65-87).

<sup>52</sup> En efecto, el Anteproyecto de Ley que informó el Consejo de Estado se refería a la necesidad de que “se garantice la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias”, lo que el órgano consultivo no consideró acertado “pues en la concepción de la Ley Orgánica 2/2012, la sostenibilidad financiera no es algo que vaya referido a actuaciones particulares sino al conjunto de la Hacienda de la entidad de que se trate; y no es algo que quepa garantizar *ex ante*, sino más bien se refiere a una situación dinámica a la que se debe tender y que ha de mantenerse. Por ello, no es correcto desde el punto de vista técnico exigir que se garantice la sostenibilidad financiera como condición previa a una determinada actuación, sino que debería imponerse la obligación de verificar que tal actividad no pone en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal”.

la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias”<sup>53</sup>. Cuestionada esta norma por los Municipios promotores del conflicto en defensa de la autonomía local, al entender que a través de esos informes se les impone un control de oportunidad, el Consejo de Estado en su Dictamen 338/2014, de 26 de mayo, se pronunció, sin embargo, en términos favorables a su constitucionalidad<sup>54</sup>. El Decreto-Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL, ha regulado, al igual que lo han hecho otras Comunidades Autónomas<sup>55</sup>, el procedimiento para su emisión así como su contenido y efectos<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> La Nota explicativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la aplicación de la Ley, de 4 de marzo de 2013, señaló que, a los efectos de la emisión de este último informe “deberán valorarse, conforme al artículo 4 de la LOEPSF, si los nuevos compromisos de gasto que se derivarían de las competencias atribuidas por aplicación del artículo 7.4, generarían inestabilidad según contabilidad nacional así como necesidad de acudir a endeudamiento financiero tanto en el presupuesto de asunción de la competencia como en los futuros”. Y asimismo, “la situación económico-presupuestaria actual y futura, sobre los datos que arrojen las magnitudes de remanente de tesorería para gastos generales, ahorro neto y límites de deuda”. Desde otro punto de vista, resulta también de interés indicar que el Anteproyecto de Ley, en sus primeras versiones, atribuía la competencia para la emisión de este informe a los interventores, siendo, sin duda, el Consejo de Estado el que, con sus consideraciones críticas a esta previsión, propicia el cambio en favor de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

<sup>54</sup> Entiende el Consejo de Estado que estos informes tienen “una justificación objetiva y razonable”. La exigencia de que “la nueva competencia «no ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal» resulta de la proyección del artículo 135 de la Constitución y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril... sobre unas competencias que no resultan indispensables para el pleno desenvolvimiento de la vida municipal; y la condición de que «no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea de la mismo servicio con otra Administración Pública» ya se encontraba en el derogado artículo 28 de la LBRL, que facultaba a los Municipios a realizar «actividades complementarias» –no, por tanto, las mismas– «de las propias de otras Administraciones Públicas». En definitiva, “no comportan un control de oportunidad sobre las Entidades Locales”. También han defendido la constitucionalidad de esta regulación, con una argumentación similar, el Consejo de Garantías estatutarias de Cataluña en su Dictamen 8/2014, de 27 de febrero, y el Consejo consultivo de Andalucía en el Dictamen 165/2014, de 12 de marzo.

<sup>55</sup> Así lo han hecho, con mayor o menor detalle, las ya citadas Leyes 5/2014, de 27 de mayo, de Galicia (artículos 3 a 10) y 1/2014, de 25 de julio, de la Comunidad de Madrid (artículo 6), y los igualmente citados Decretos-Leyes 1/2014, de 27 de junio, de la Región de Murcia, convalidado por la Ley 6/2014, de 13 de octubre (artículos 2 y 3), 1/2014, de 27 de marzo, de Castilla y León (artículo 2), 3/2014, de 17 de junio, de Cataluña (artículos 7 y 8) derogado tras su falta de convalidación y sustituido por el 4/2014, de 22 de julio, y 2/2014, de 21 de noviembre, de Islas Baleares (artículos 3 a 5). Otras Comunidades Autónomas han procedido a esa regulación mediante norma reglamentaria. Son los casos del Decreto 68/2014, de 10 de julio, del Principado de Asturias, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y del Decreto 265/2014, de 9 de diciembre, de Extremadura, por el que se regula el procedimiento de emisión de los informes de inexistencia de duplicidades para el ejercicio de competencias distintas de las propias y de las delegadas.

<sup>56</sup> En el estudio de J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, “Las competencias municipales en Andalucía. Las medidas contenidas en el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo”, *op. cit.*, pp. 31-35, puede encontrarse un análisis de esta regulación. De interés resultan también las consideraciones de M. ZAFRA VÍCTOR para quien, “con la pretensión de blindar las competencias autonómicas”, la norma andaluza “cerceña la autonomía municipal acentuando el control de oportunidad con motivo de los informes preceptivos y vinculantes exigidos por el artículo 7.4” (“Sorprendente normativa autonómica para el desarrollo de la Ley 27/2013”, *op. cit.*), opinión que

Con esta regulación se pretende, en definitiva, “la priorización de las competencias y su vinculación con la financiación”, de tal forma que los Municipios sólo podrán prestar esta clase de competencias cuando el ejercicio de las básicas u obligatorias, y en su caso de la delegadas, esté garantizado<sup>57</sup>. Solo el tiempo permitirá determinar en qué medida logra cumplir con sus objetivos.

b) Las competencias existentes a la entrada en vigor de la Ley.

Es claro que la atribución a los Municipios de competencias “distintas de las propias y de las atribuidas por delegación” ha de cumplir, a partir de la entrada en vigor de la LRSAL, con los requisitos establecidos en el nuevo artículo 7.4. La duda podía suscitarse en relación con las que éstos venían ya prestando. La Nota explicativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la aplicación la Ley, de 4 de marzo de 2013, la dispó pronto en términos, como parecía lógico, favorables a la continuidad de su ejercicio por los Municipios, si bien subordinada, lo que era ya más discutible, a “la necesidad de su valoración en los términos que señala este artículo” o, lo que es lo mismo, a ese doble informe favorable de sostenibilidad financiera e inexistencia de duplicidad competencial que la norma impone<sup>58</sup>.

Ahora bien, la interpretación de la Administración del Estado no ha sido aceptada por muchas Comunidades Autónomas que en las normas que han dictado para la aplicación de la LRSAL garantizan a los Municipios la continuidad en el ejercicio de estas competencias sin necesidad de que sean valoradas en los términos dispuestos en el artículo 7.4. Es lo que ha hecho la Junta de Andalucía en el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, que en su artículo 2.3 dispone que “no será necesaria la solicitud de los informes mencionados en el supuesto de que se vinieran ejerciendo dichas competencias, con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 27/2013,

---

comparte L. E. FLORES DOMÍNGUEZ para quien igualmente la regulación ofrecida “evidencia un manifiesto recorte de la autonomía local y una intromisión... ilegítima en su ámbito de actuación” (“Las competencias municipales en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *op. cit.*).

<sup>57</sup> En tal sentido, M. ARENILLA SÁEZ, “Génesis y finalidad de la reforma local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva época, número extraordinario sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, enero 2015).

<sup>58</sup> La interpretación que realiza el Ministerio en esa Nota está en la línea de lo que establecía el Anteproyecto de Ley en una disposición transitoria, la novena, que desapareció del Proyecto de Ley, que subordinaba la continuidad en el ejercicio de las entonces denominadas “competencias impropias” a su evaluación en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley. Una desaparición reveladora, a juicio J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, de la voluntad del legislador de no sujetar el ejercicio de estas competencias “a la retroactividad que de su texto se desprendía” (“Las competencias municipales en Andalucía. Las medidas contenidas en el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo”, *op. cit.*, p. 29), interpretación que, sin embargo, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas parece no compartir.

de 27 de diciembre, en virtud del artículo 8 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y del artículo 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, antes de su supresión por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, en cuyo caso se podrán seguir prestando los servicios o desarrollando las actividades que se llevaban a cabo, siempre que, previa valoración de la propia entidad local, no incurran en supuestos de ejecución simultánea del mismo servicio público y cuenten con financiación a tal efecto<sup>59</sup>. En definitiva, se sustituye el informe de la Consejería de la Junta de Andalucía competente por la razón de la materia, así como el de la que tenga atribuida la tutela financiera de las entidades locales, por una valoración por parte del propio Municipio afectado, solución por la que se han decantado igualmente otras Comunidades Autónomas<sup>60</sup>. Debe, no obstante, advertirse que este precepto se encontraba entre los que motivaron que el Gobierno de la nación, en aplicación del artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, convocara, con el objeto de evitar la interposición, en su caso, de un recurso de inconstitucionalidad, a la Comisión bilateral de cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma<sup>61</sup>. Ya concluido este trabajo, se publicó el Acuerdo de 18 de febrero de 2015, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y

---

<sup>59</sup> El apartado 2.º del precepto establece, no obstante, que esos informes son necesarios, además de con carácter previo “al inicio del ejercicio de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, en “los supuestos de modificación sustancial de las actividades o servicios que se vengán llevando a cabo o prestando, enmarcados en el ejercicio de dichas competencias, que pudiesen provocar la existencia de duplicidades en su prestación o afectar a la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda local”. Por su parte, el apartado 4.º añade que “en los supuestos en los que la entidad local desee impulsar un determinado programa complementario, realizar una actividad concreta o proceda, en su caso, a la realización de cualesquiera actividades propias del normal desenvolvimiento del servicio en un ámbito competencial que se venga ejerciendo de conformidad con los apartados anteriores, no deberá seguirse el procedimiento regulado en los artículos siguientes del presente Decreto-Ley”.

<sup>60</sup> Son los casos de Cataluña (disposición adicional tercera del Decreto-Ley 3/2014, de 17 de junio, y seguidamente del 4/2014, de 22 de julio), Principado de Asturias (artículo 4.1 del Decreto 68/2014, de 10 de julio), Islas Baleares (artículo 3.4 del Decreto-Ley 2/2014, de 21 de noviembre) y Navarra (disposición adicional primera de la Ley Foral 23/2014, de 2 de diciembre, de modificación de la Ley 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local). Esta parece ser igualmente la solución que se establece en la Ley gallega 5/2014, de 27 de mayo (artículo 3). Otras Comunidades Autónomas han concluido que estos informes sólo son exigibles respecto de las competencias que asuman a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, en las Circulares que han dictado sobre la interpretación de esta disposición. Así lo han hecho la Circular de 11 de marzo de 2014, de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno vasco, referente al sistema de ordenación de las competencias municipales y al régimen foral vasco, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (Boletín Oficial del País vasco, n.º 56 de 21 de marzo), y la Circular de 18 de junio de 2014, de la Dirección General de Administración Local de la Comunidad valenciana sobre el nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (Diario Oficial de la Comunidad Valenciana núm. 7300, de 2 de junio de 2014).

<sup>61</sup> Acuerdo de 30 de julio de 2014 de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía (*Boletín Oficial del Estado* núm. 234, de 26 de septiembre y *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 189, de 26 de septiembre).

Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado– Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>62</sup> con dos pronunciamientos de extraordinario interés. De una parte, declara que “ambas partes confirman” que tanto el artículo 2 del Decreto-Ley 7/2014, como el artículo 7.4 de la LBRL en su redacción de 2013 “deben ser interpretados en el sentido de que el ejercicio por las entidades locales de competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, solo cabe cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad del conjunto de la Hacienda Municipal, en los términos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública”. Unos requisitos que “operan tanto para las competencias distintas de las propias y de las delegadas que estuviesen ejerciendo las entidades locales en el momento de la entrada en vigor de la Ley como para las que se puedan iniciar a partir de ese momento” por lo que la Comunidad Autónoma de Andalucía se compromete a introducir en la aplicación de su legislación de régimen local la interpretación contenida en el presente acuerdo. De otra parte, establece que “asimismo las partes consideran que la continuidad en el ejercicio por las Entidades Locales de las competencias recogidas en el artículo 2.2 último inciso, y en los apartados 3 y 4 del mismo artículo del Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo” exigirá “el cumplimiento de los requisitos aludidos en el apartado anterior, aspectos por los que corresponde velar a cada entidad local. Ello sin perjuicio del control que, en ejecución de las competencias que corresponda ejercer a la Comunidad Autónoma, en tanto titular de la competencia material y de la tutela financiera de las entidades locales de su territorio, ejerza en orden a verificar el cumplimiento de los citados requisitos recogidos en el artículo 7.4 de la Ley de Bases de Régimen Local”. De esta forma, las partes consideran “resueltas las discrepancias manifestadas y concluida la controversia planteada”<sup>63</sup>.

Finalmente ha de señalarse que la disposición adicional 9.<sup>ª</sup>1 de la LRSAL impuso a “los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos, en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, por el Estado y las Comunidades Autónomas con toda clase de Entidades Locales, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de éstas últimas de... competencias distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27 de la Ley 7/1985”, su adaptación a lo previsto en la norma antes del 31 de diciembre de 2014, quedando, en caso contrario, “sin efecto”. El artículo 8 del Decreto-Ley de Andalucía

---

<sup>62</sup> *Boletín Oficial del Estado* núm. 70, de 23 de marzo de 2015 y *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 56, de 23 de marzo de 2015.

<sup>63</sup> Sobre el contenido del acuerdo puede verse el comentario ya realizado por F. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, “Tregua en el conflicto Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía tras el Decreto-Ley andaluz 7/2014, de 20 de mayo, por el se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre (LRSAL)”.

7/2014, de 20 de mayo, determinó el procedimiento a seguir para esa adaptación. Sin ahondar en otros detalles que pueden resultar ya irrelevantes<sup>64</sup>, si interesa notar que este precepto, a diferencia de lo que hace el artículo anterior en relación con las competencias delegadas, no exige que el acuerdo de adaptación incorpore, mediante adenda, “la cláusula de garantía del cumplimiento de las obligaciones financieras o de compromisos de pago de la Junta de Andalucía” en los términos previstos en el artículo 57.bis de la LBRL. Al prescindir, al igual que otras Comunidades Autónomas<sup>65</sup>, de esta exigencia, el Gobierno andaluz parte probablemente de una interpretación de la norma estatal basada en la rúbrica de este último precepto que expresamente se refiere a la “garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas”. Ahora bien, no está tan claro que el contenido del artículo se refiera exclusivamente a esta clase de competencias, lo que probablemente explica que el artículo 8 de la norma andaluza figurara entre los que motivaron la convocatoria por el Estado de la Comisión bilateral con la Comunidad Autónoma en aplicación del artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>66</sup>. El ya citado Acuerdo de 18 de febrero de 2015, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado– Comunidad Autónoma de Andalucía que da por concluidas las discrepancias no contiene ningún pronunciamiento sobre este precepto.

#### IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Ciertamente no puede decirse que la reforma del gobierno local, y en particular las competencias municipales, no fuera una necesidad sentida desde hace tiempo.

<sup>64</sup> Esta norma mereció una valoración crítica por parte de J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ que considera que, sin justificación alguna, “va más allá de los aspectos financieros” que le son propios (Las competencias municipales en Andalucía. Las medidas contenidas en el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo”, *op. cit.*, pp. 37-38).

<sup>65</sup> Así Castilla y León (artículo 3 del Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo), Islas Baleares (artículos 7 y 8 del Decreto-Ley 2/2014, de 21 de noviembre), Cataluña (artículos 3 y 4 del Decreto-Ley 4/2014, de 22 de julio), La Rioja (artículo 3 de la Ley 2/2014, de 3 de junio) y Principado de Asturias (artículo 9 del Decreto 68/2014, de 10 de julio).

Por su parte, la Ley 6/2014, de 13 de octubre, de la Región de Murcia, derivada que convalida el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de junio, exige, para el caso de adaptación de convenios y otros instrumentos relativos al ejercicio de competencias distintas de las propias y delegadas, “la incorporación de la cláusula de garantía de pago a que se refiere el artículo 57.bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, si dicho pago no se hubiera materializado con anterioridad a la fecha de emisión de los mentados informes”. Tratándose de competencias delegadas, la cláusula se exige siempre (artículos 4 y 5).

<sup>66</sup> Acuerdo de 30 de julio de 2014 de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía (*Boletín Oficial del Estado* núm. 234, de 26 de septiembre y *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 189, de 26 de septiembre).

Obviando otros precedentes, el “Libro Blanco para la reforma del Gobierno Local” situaba, en 2005, “la necesidad de delimitar competencias entre dos niveles de gobierno –estatal y autonómico, por una parte, y local, por otro–”, entre los retos más importantes a los que había de enfrentarse una revisión de nuestro régimen local que, ya en esa fecha, se consideraba obligada puesto que la situación y necesidades de los Municipios españoles habían variado sustancialmente en comparación con aquellas en cuyo contexto se aprueba la Ley de 1985<sup>67</sup>. Ahora bien, han sido la modificación del artículo 135 de la Constitución en el verano de 2011 y el obligado cumplimiento de los objetivos de déficit comprometidos por el Estado español con la Unión europea, los que van a lograr, tras varios intentos frustrados, que definitivamente se impulse una reforma planteada desde una óptica financiera y presupuestaria en la que se puede decir que la Ley queda definitiva y casi exclusivamente enganchada. Y ello, no obstante, a pesar de haber perdido, con ocasión de su tramitación, algunos de los contenidos inicialmente previstos cuya aprobación hubiera supuesto una transformación más radical del régimen local que la efectivamente producida.

La LRSAL, aún cuando respeta el modelo competencial básico diseñado por la norma de 1985, introduce, en los términos que hemos analizado, modificaciones relevantes en las diferentes clases de competencias municipales. Ahora bien, la incidencia real de la reforma, y por consiguiente su capacidad de transformación efectiva de la situación anterior, va a depender, en último término, de la interpretación que finalmente se imponga de los preceptos que regulan el nuevo régimen de las competencias municipales y de cómo se resuelvan las lagunas que presentan. Así, y en relación con los servicios municipales del artículo 26 de la LBRL reformada, de cómo se articule en la práctica y que valor se otorgue a la “conformidad de los Municipios afectados” necesaria para la prestación por las Diputaciones de los servicios de los Municipios de menos de 20.000 habitantes, de que alcance se confiera a la facultad de resolución atribuida, en estos mismos casos, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y de como, en su caso, juegue esa posibilidad de que los Municipios retengan la prestación de sus servicios si logran demostrar, en términos que se desconocen en estos momentos, que pueden hacerlo con un coste efectivo menor al que lo haría la Diputación, lo que, a su vez, exige, lo que aún no ha ocurrido, que los Municipios empiecen a evaluar el coste efectivo de los distintos servicios públicos.

El grado de transformación final del sistema competencial definido por la LRSAL va a depender también, y de manera decisiva, de la interpretación que se haga del reformado artículo 25 de la LBRL, de que efectivamente se entienda que este precepto impide que el legislador autonómico pueda incrementar las competencias propias de los Municipios, como desde luego parece que era la voluntad originaria de la

---

<sup>67</sup> Ministerio de Administraciones Públicas. Secretaría de Estado de Cooperación, Madrid, 2005.

norma y en este sentido la entendieron no sólo la doctrina sino el propio Consejo de Estado y otros órganos consultivos, o que finalmente se estime, como parece que se ha ido consolidando en el tiempo transcurrido desde su aprobación, que este artículo sigue ofreciendo un listado mínimo de materias susceptible, por consiguiente, de ser ampliado por el ordenamiento autonómico. El reconocimiento explícito de esta solución en las disposiciones legales dictadas por las Comunidades Autónomas para la aplicación de la LRSAL sin que el Estado haya reaccionado elevando el asunto ante el Tribunal Constitucional, apunta a que ésta sea la interpretación del precepto que la Administración del Estado ha terminado por aceptar.

La interpretación que se haga del artículo 7.4 en relación con la concurrencia de los requisitos necesarios para atribuir a los Municipios competencias distintas de “las propias y de las atribuidas por delegación”, va a marcar finalmente el alcance último de la reforma de 2013. Aquí la clave va a estar en que se entienda que las competencias de esta clase con las que ya contaban los Municipios a la entrada en vigor de la LRSAL, pueden seguir prestándose sin necesidad de ser evaluadas en los términos previstos en el nuevo precepto, como ya han establecido numerosas disposiciones autonómicas, o que, por el contrario, se imponga la tesis, mantenida por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en su Nota explicativa a la Ley, de que su continuidad está condicionada a la concurrencia de esos informes que acrediten la inexistencia de un supuesto de duplicidad competencial y de falta de riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal. Aquí sin embargo, y a diferencia de lo que indicábamos en relación con el artículo 25, el Estado si parece haber reaccionado ante esas normas autonómicas que mantienen una interpretación distinta por la vía de la convocatoria de las Comisiones bilaterales correspondientes al objeto de zanjar un conflicto no resuelto en el momento en el que se escriben estas líneas.

En definitiva, son muchas las incógnitas por despejar, sin que quepa además olvidar que se encuentra pendiente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL que, sin duda, contribuirá de manera decisiva a marcar, en uno u otro sentido, el futuro del régimen local en España. Ahora bien, con independencia de que finalmente la norma sea o no conforme con la Constitución, lo que si resulta claro es que parece responder a un entendimiento de la autonomía local y del papel que corresponde desempeñar al Municipio distinto del que se encontraba en la base de la Ley de 1985 e inspira otros intentos de reforma puestos en marcha, sin éxito, en distintos momentos anteriores. En efecto, esta Ley, en coherencia con el reconocimiento constitucional de la autonomía local y con su renovado carácter democrático, configura un Municipio al que se reconoce un amplio margen de valoración y decisión política. Una línea que, a partir de entonces, se considera necesario potenciar vinculada al propio significado de la autonomía, en los términos reconocidos además en la Carta europea de la autonomía local, como “el derecho y la capacidad efectiva

de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”. El “Libro Blanco para la reforma del Gobierno Local” refleja bien, en el año 2005, esta idea cuando, en su mismo Prólogo, alude a la voluntad de que se haga “un reconocimiento explícito de la naturaleza política de la autonomía local” que supone capacidad de los Municipios “para ordenar y gestionar bajo la propia responsabilidad una parte sustancial de los asuntos públicos mediante el impulso de políticas propias”. Pues bien, la LRSAL, rompiendo con estos precedentes, parece inclinar la balanza del lado contrario con una regulación a la que caracteriza la pérdida por los Municipios de una parte importante del margen de valoración y decisión política con el que venían contando. Así resulta de las competencias de las que se ven privados en ámbitos tan significativos como la sanidad, la educación y, sobre todo, los servicios sociales, y así resulta también de las condiciones que se introducen para la atribución y el ejercicio de sus competencias.

En cualquier caso, cabe insistir en la necesidad de dejar transcurrir cierto tiempo al objeto de poder realizar valoraciones más precisas sobre en qué medida la LRSAL ha supuesto realmente una modificación sustancial del régimen jurídico anterior. Desde luego, y hasta ahora, no puede decirse, al menos en lo que se refiere a las competencias, que la reforma haya tenido el amplio calado que, en principio, se le suponía. Lo que sí parece que ha cambiado, y de forma además significativa, es el control de la actuación municipal desde la perspectiva de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, pero ello, en lo que ha sido calificado como “efecto anticipado” de la Ley<sup>68</sup>, ha sido el resultado no tanto de la reforma de la LBRL de 1985, cuanto de la aplicación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y de otras medidas ya adoptadas por nuestro Derecho. Si, como no podía ser de otra manera, “el objetivo buscado por la Ley es que para una gran parte de nuestros municipios la situación”, tras su aprobación, “sea sustancialmente distinta a la que venían desarrollando con anterioridad”<sup>69</sup>; ese objetivo, transcurrido ya el primer año de su aplicación, parece aún lejos.

---

<sup>68</sup> M. ARENILLA SÁEZ, “Principios de la reforma local”, *Revista de Estudios Locales, CUNAL*, núm. 169 Ext., 2014, pp. 23-4.

<sup>69</sup> M. ARENILLA SÁEZ, “Principios de la reforma local” (*op. cit.*, p. 33).

**LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS  
LOCALES Y LA REORDENACIÓN DEL SECTOR  
PÚBLICO LOCAL EN LA LEY 37/2013, DE  
RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA  
ADMINISTRACIÓN LOCAL (LRSAL)**

**Luis Enrique Flores Domínguez**

*Secretario General Excmo. Ayuntamiento de Sevilla*

SUMARIO: I. LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. 1. El largo proceso hacia la unificación de los modos de gestión de los servicios públicos locales. 2. Los modos de gestión de los servicios públicos locales en el Ordenamiento Jurídico de Andalucía. 2.1. La Ley de Autonomía Local de Andalucía. 2.2. La extraña regulación de las sociedades cooperativas andaluzas como prestadoras de servicios públicos locales. 3. La gestión de los servicios públicos locales en la LRSAL. 3.1. Regulación normativa. 3.2. La reducción de la discrecionalidad en la elección de las formas de gestión. 3.3. Una puntualización respecto de la sociedad mercantil íntegramente de titularidad pública. 3.4. La nueva regulación de la iniciativa pública local. II. LA REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL. 1. La necesidad de racionalización del sector público. 2. La estabilidad presupuestaria, un nuevo objetivo para las Administraciones Públicas. 3. Medidas coyunturales forzosamente racionalizadoras: los planes de ajuste y los planes de equilibrio financiero. 4. Medidas de racionalización contempladas en la LRSAL. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Las medidas concretas de redimensionamiento de la disposición adicional novena LRSAL. 4.3. Algunas cuestiones en relación con la aplicación de las medidas de redimensionamiento. 4.4. Otras medidas para racionalizar el gasto del sector público local.

## I. LOS MODOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

### 1. El largo proceso hacia la unificación de los modos de gestión de los servicios públicos locales.

Uno de los temas que ha ofrecido más resistencia a la unificación de régimen jurídico entre los ordenamientos jurídicos local y estatal ha sido el relativo a los modos de gestión de los servicios públicos, con clara incidencia en el contrato de gestión de dichos servicios.

El artículo 66 de la Ley de Contratos del Estado (LCE), cuyo texto articulado se aprueba por Decreto 923/1965, de 8 de abril, incluía la sociedad de economía mixta como una modalidad de la contratación de los servicios públicos (gestión indirecta), consistente en *“la creación de una sociedad de economía mixta en que el Estado participe por sí o por medio de un ente público estatal en concurrencia con personas naturales o jurídicas”*. Frente a esta articulación de la sociedad de economía mixta encontramos la regulación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que la configuraba como un tercer modo de gestión distinto a la directa o indirecta, con una regulación propia en el Capítulo IV, del Título III. Además, esta última norma contemplaba el arrendamiento como un modo de gestión indirecta [artículo 113.b)].

Esta divergencia en cuanto al encuadre en los modos de gestión de la sociedad de economía mixta, fue superada por el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LBRL), al ubicar entre los modos de gestión indirecta a *“la sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local”*, asumiendo así el criterio establecido por el artículo 66 LCE.

Posteriormente, el artículo 155.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), volvió a crear confusión al excluir del contrato de gestión de servicios públicos a la sociedad de economía mixta siempre que la participación en el capital social de una Administración o ente público de la misma fuese exclusiva o “mayoritaria”, en cuyo caso la consideraba gestión directa. La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, modificó esta previsión, exigiendo que la participación de la Administración en el capital social fuese exclusiva para que la gestión del servicio no se articulara a través del contrato de gestión. Así, se ha mantenido en las sucesivas regulaciones y permanece en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre.

La unificación definitiva se llevó a cabo en la reforma operada a la LBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (LMMGL), en un doble sentido: 1º) remitiendo la gestión indirecta de los servicios públicos locales a las formas previstas en la normativa básica de contratos para el contrato de gestión de servicios públicos; 2º) incorporando al ámbito local la figura de las entidades públicas empresariales como forma de gestión directa de los servicios locales. A ello se suma la disposición derogatoria única de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que derogó el artículo 95.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (TRRL), en cuanto contemplaba el arrendamiento como forma de gestión.

Al menos una conclusión habíamos obtenido después del devenir legislativo expuesto: únicamente quedaba excluida del ámbito de aplicación del contrato de gestión de servicios públicos aquella modalidad, en virtud de la cual, se atribuía la gestión del servicio a una sociedad de capital íntegramente público. La cuestión que se suscitó a continuación era la de decidir si el capital debía pertenecer exclusivamente a la Administración que creaba la sociedad o si se cumplía la exigencia con la titularidad pública de la sociedad, aunque sus acciones o participaciones fueran titularidad de distintas Administraciones. Las expresiones utilizadas por el legislador, tales como que *“el capital pertenezca íntegramente a la entidad local”* [artículo 85.3.c) LBRL, en su redacción originaria, añadiendo la LMMGL *“o a un ente público de la misma”*], o que *“la gestión del servicio se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración (en singular) o de un ente público de la misma”* (artículo 154.2 TRLCAP), parecían indicar que la gestión directa únicamente abarcaba aquellos supuestos en que la titularidad del capital correspondía exclusivamente a una Administración, en concreto a aquella respecto de la cual se prestaba el servicio. Esta posición viene avalada también por el entendimiento tradicional del artículo 26.1 LBRL que obliga a los municipios a prestar determinados servicios por sí *“o asociados”*, vinculándose este último término con las fórmulas asociativas tradicionales del Derecho Local –mancomunidades, consorcios...– y no con las propias del Derecho Mercantil.

La reforma que introduce la disposición final primera de la LCSP consolida la tesis de que basta con que el capital sea de titularidad pública, aunque pertenezca a distintas entidades públicas, para que nos hallemos ante una sociedad que gestiona directamente un servicio público, sin necesidad de acudir al contrato de gestión. Dos razones avalan esta posición:

- 1.<sup>a</sup> La nueva regulación del contrato de gestión de servicios públicos excluye completamente de su ámbito la gestión directa, a la que no se hace referencia en el artículo 275 TRLCSP, frente a la tradición anterior de definir los supuestos en

que quedaba excluida la gestión de servicios públicos del contrato de gestión de servicios públicos (así, artículo 154 TRLCAP). Mantiene el artículo 277.d) el concepto de sociedad de economía mixta como aquel en la que la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

- 2.<sup>a</sup> El artículo 85.2.d) LBRL, como hemos indicado, se refería a sociedad cuyo capital social pertenezca *íntegramente a la Entidad Local*. En cambio, la nueva regulación exige, para que estemos ante un modo de gestión directa mediante sociedad mercantil, más genéricamente que el capital social *sea de titularidad pública*. La exigencia de titularidad pública del capital, entendemos, se satisface con su pertenencia exclusiva a diversas Administraciones Públicas o entes públicos de ellas dependientes.

Una última cuestión objeto de reflexión es si la “titularidad pública” del capital social, en el ámbito de la prestación de los servicios locales, abarca a cualquier Administración o ente público. Es decir, si pudiera constituirse una sociedad mercantil con participación de la Comunidad Autónoma o de la Diputación Provincial para prestar un servicio público local en régimen de gestión directa. Formalmente la exigencia de “titularidad pública” del capital social resulta plenamente satisfecha, pero a nuestro juicio existen serias dificultades de orden competencial para admitir con carácter general esta fórmula de prestación de los servicios públicos locales. Distintas razones avalan esta posición: 1.<sup>a</sup> la competencia para la prestación de los servicios la atribuye el artículo 26.1 LBRL a los municipios, “por sí o asociados” antes de la reforma llevada a cabo a la LBRL por la LRSAL; 2.<sup>a</sup> a las Diputaciones Provinciales se les atribuía la exclusiva función de asistir a los municipios en orden al establecimiento y prestación de los servicios –apartado 3–; 3.<sup>a</sup> las Comunidades Autónomas tienen la única función de cooperar a estos fines con las Diputaciones Provinciales; 4.<sup>a</sup> cuando el ordenamiento contempla fórmulas asociativas de las Entidades Locales con otras Administraciones, las prevé para “realización de actuaciones conjuntas, la coordinación de actividades y la consecución de fines de interés general” (así, los Consorcios en el artículo 33.1 de la derogada LDMA) o “*para crear y gestionar servicios y actividades de interés común*” (fin de los Consorcios según el artículo 78 de la Ley 5/2010, de Autonomía Local de Andalucía), pero no para la prestación de servicios públicos locales en sentido estricto. Con estas consideraciones sostenemos la opinión, en consecuencia, que para la prestación de los servicios públicos locales hay que exigir que el capital sea de titularidad pública pero exclusivamente municipal. Lo cierto es que cuando se ha regulado la sociedad cuyo capital pertenezca a varios entes públicos como modo de prestación de servicios se ha pensado en la pertenencia del capital exclusivamente a entidades locales. Así, el artículo 38 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), que comentaremos más adelante.

No obstante, el nuevo rol que a las Diputaciones atribuye el artículo 26.2 LBRL, en la redacción dada por la LRSAL, pudiera hacer cambiar esta conclusión. Ahora corresponde a la Diputación la coordinación de la prestación de determinados servicios básicos, y para ello puede acudir, previa conformidad de los municipios afectados, proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa de los servicios o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades “*u otras fórmulas*”, expresión que pudiera acoger una sociedad en la que participara la propia Diputación junto a los municipios.

La conclusión que podemos obtener es que la distinción entre gestión directa y gestión indirecta, o, en otros términos, la sujeción o no al contrato de gestión de servicios públicos, se sitúa ahora claramente en el hecho de que en la sociedad participen exclusivamente entes públicos, con independencia del número de entidades que participen, en cuyo caso estaríamos ante una gestión directa; o bien que estos entes públicos participen conjuntamente con otras personas naturales o jurídicas privadas, en cuyo caso estaríamos ante una gestión indirecta. Ahora bien, cuando se trate de gestionar servicios públicos locales en sentido estricto, entendemos que la titularidad del capital debe corresponder exclusivamente a los municipios a los que va a extenderse la prestación del servicio, con el matiz expuesto para las Diputaciones provinciales tras la LRSAL.

Obviamente, no es nuestro objeto el estudio de la problemática que presenta la gestión indirecta de los servicios públicos, o, más propiamente, del contrato de gestión de servicios públicos. La diferenciación de esta figura contractual del contrato de colaboración público privada; la observancia de las garantías comunitarias sobre publicidad; su reconducción en gran medida al contrato de servicios; o la necesidad de introducir mecanismos de racionalización que impidan “*la privatización del beneficio y la socialización de las pérdidas*”, podrían constituir cada uno de ellos un estudio diferenciado.

## **2. Los modos de gestión de los servicios públicos locales en el Ordenamiento Jurídico de Andalucía.**

El artículo 60 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía las siguientes competencias en materia de régimen local:

1. La competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el [artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución](#) y el principio de autonomía local, incluye:

- a) Las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales.
  - b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el Título III.
  - c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos.
  - d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, el funcionamiento y el régimen de adopción de acuerdos de todos estos órganos y de las relaciones entre ellos.
  - e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.
  - f) La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, con la excepción de los constitucionalmente garantizados.
2. Asimismo, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en todo lo no establecido en el apartado 1.
  3. En el marco de la regulación general del Estado, le corresponden a la Comunidad Autónoma de Andalucía las competencias sobre haciendas locales y tutela financiera de los entes locales, sin perjuicio de la autonomía de éstos, y dentro de las bases que dicte el Estado de acuerdo con el artículo 149.1.18.ª de la Constitución.

### 2.1. La Ley de Autonomía Local de Andalucía.

En desarrollo de las previsiones estatutarias se dictó la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), cuya aprobación exigió el voto favorable de la mayoría absoluta del Pleno del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del texto, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 del Estatuto.

Respecto de la prestación de los servicios públicos nos interesa destacar el apartado VIII de su exposición de motivos, ya que expresa, con meridiana claridad, la intención del legislador. Literalmente señala:

*“En cuanto a las modalidades de prestación de servicios públicos, en el mismo sentido y con análogo fundamento, la Ley remite a la capacidad de autoorganización para la creación, organización, modificación y supresión de actividades y servicios de interés general, sin más límites que la preservación de los de carácter básico enumerados en el artículo 92.2.d del Estatuto de Autonomía.*

*Se parte, como regla general, de la plena libertad municipal para decidir entre las distintas formas de gestión previstas en el Derecho, respetando las condiciones establecidas por la legislación civil, mercantil y administrativa.*

*La muestra más clara del respeto a la capacidad de autoorganización local se comprueba al constatar que la heterorregulación se limita al enunciado de principios rectores, singularmente la adecuación entre forma jurídica y fin encomendado, con el objeto de evitar el uso de la técnica de personificación como medio para la huida del Derecho Administrativo, al tiempo que se favorece el logro de la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio.*

*El Derecho europeo exige la redefinición de las funciones de los poderes públicos: de prestadores de servicios a reguladores y garantes de los mismos.*

*El reto pasa por equilibrar el interés general y los derechos de la ciudadanía con la libertad de empresa mediante una rigurosa justificación de la iniciativa pública conforme al principio de proporcionalidad.*

*Esta exigencia, sin embargo, no debe oscurecer la prescripción recogida en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (97) 7, de 1 de abril de 1997, sobre los servicios públicos locales y los derechos de los usuarios: el servicio público no constituye sólo una excepción a la libre competencia sino que se erige en expresión de la autonomía local y de protección de los ciudadanos, titulares de derechos y libertades políticas fundamentales y no meros sujetos de relaciones económicas”.*

De la exposición de motivos puede inferirse que la Ley consagra una completa libertad municipal a la hora de decidir entre las distintas formas de gestión que la propia norma configura, sin que se introduzca ningún criterio de reducción de la discrecionalidad en esta materia, a diferencia del criterio que ha utilizado la LRSAL, como luego expondremos. No obstante, ello no es del todo exacto, por cuanto el apartado 6, del artículo 33 exige que *“en el expediente que se tramite para la constitución de las entidades previstas en las letras b) a g) del apartado 3 de este artículo deberá incorporarse una memoria acreditativa de las ventajas que tendría la modalidad de prestación respecto a la prestación por la propia entidad local, que incluirá un estudio económico-financiero del coste previsible de su implantación”*. En definitiva, se

exige justificar la opción de la personificación jurídica del servicio creando un ente instrumental, frente a la prestación del servicio por la propia Entidad.

A los efectos del presente trabajo lo que más nos interesa destacar es que la LAULA ha introducido, al regular las modalidades de prestación, mediante gestión directa o propia, de los servicios públicos en régimen de servicio público una diferenciación respecto de la regulación prevista en la LBRL (artículo 33). Incluso, como señalaremos, plantea unas figuras que se apartan del criterio uniforme delimitador de la gestión directa o indirecta, alcanzado después del largo proceso que expusimos en el apartado anterior, aunque formalmente proclame que son modalidades contractuales de colaboración, es decir gestión indirecta, las previstas con este carácter en la legislación básica sobre contratos del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos

La nueva tipología de entes instrumentales que configura el artículo 33 es la siguiente:

- a) Prestación por la propia entidad local.
- b) Agencia pública administrativa local.
- c) Agencia pública empresarial local.
- d) Agencia especial local.
- e) Sociedad mercantil local.
- f) Sociedad interlocal.
- g) Fundación pública local.

Cuatro cuestiones destacaremos:

1.<sup>a</sup>La regulación que realiza de la sociedad interlocal, en la línea expuesta de que la exigencia de titularidad pública del capital para que estemos ante gestión directa se satisface también con la pertenencia del capital a distintos entes públicos. La referencia que hace el precepto a las “entidades locales” excluye la participación de otro tipo de Administraciones, pero parece permitir la posibilidad de que participen las Diputaciones provinciales. Ahora bien, con acierto a nuestro juicio, la Ley acota el ámbito de actuación de estas sociedades en un doble sentido: materialmente, porque no pueden realizar actividades de mercado; territorialmente, porque solo pueden prestar su actividad en el territorio de las entidades locales que la crean. De admitirse la participación de las Diputaciones provinciales, entendemos que el ámbito de actuación de la sociedad debe ser el del territorio de los municipios socios.

2.<sup>a</sup>Un problema nos suscita la regulación de la Fundación pública local. El artículo 40 al regular este tipo de Fundaciones gestoras de servicios públicos, les atribuye la condición de Fundación pública local siempre que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) que se constituyan con una aportación mayoritaria,

directa o indirecta, de la entidad local, sus entidades vinculadas o dependientes o empresas, así como aquellas en las que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por dichas entidades; b) aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria. Se entenderá que existe esta cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la fundación sean nombrados por la entidad local directamente o a través de cualquiera de sus entidades, vinculadas o dependientes, o empresas. Nuevamente nos encontramos ante entes públicos a los que se atribuye la gestión directa de servicios públicos con la posibilidad de que su titularidad no sea cien por cien pública, aunque dependan directa o indirectamente de una Entidad local. Se rompe así el criterio establecido, y al que llevó tanto esfuerzo legislativo, en virtud del cual únicamente nos hallamos ante un modo de gestión directa cuando la participación es exclusivamente pública.

- 3.<sup>a</sup> Mayor confusión provoca la LAULA al introducir en la regulación de los servicios públicos la figura de la sociedad de economía mixta en el artículo 43, articulando esta figura como un *tertium genus* distinto de la gestión directa e indirecta. Dispone el precepto que *“los entes locales pueden gestionar los servicios locales de interés económico general mediante la constitución o participación en empresas mixtas. La empresa mixta es una sociedad mercantil con limitación de responsabilidad cuyo capital sólo parcialmente pertenece, directa o indirectamente, a la entidad local”*. Añade en su apartado segundo que *“en todo caso, el proceso de constitución de estas sociedades tiene que asegurar la libre concurrencia y la igualdad de oportunidades del capital privado, por lo que la selección del socio privado estará sujeta a los procedimientos de concurrencia que resulten de aplicación según la legislación de contratos del sector público”*.

La pregunta que suscita la regulación de esta figura es evidente: si no estamos ante una modalidad de gestión directa de los servicios públicos, ni el legislador la encuadra dentro del contrato de gestión de servicios públicos del artículo 227 TRLCAP, norma a la que se remite el artículo 33.4 LAULA, ¿estamos ante un resurgimiento de la figura de la empresa mixta tal como la configuraba el Reglamento de Servicios de 1955? Parece que volvemos al punto inicial de la evolución descrita en el apartado primero de este comentario, lo cual –desde luego– no contribuye a la clarificación de nuestro ordenamiento jurídico, ni ayuda al trabajo de los operadores jurídicos.

- 4.<sup>a</sup> Esta regulación autonómica puede colisionar con la doctrina constitucional acerca de la competencia del legislador básico estatal para regular los modos de gestión directa, contenida en las SSTC 103/2013, de 25 de abril, 143/2013, de 10 de julio, y 161/2013, de 25 de septiembre, resolviendo los recursos de inconstitucionalidad.

dad contra la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para Modernización del Gobierno Local (LMMGL). En ellas se sienta la siguiente doctrina: *“Lo que se niega es, pues, la competencia del Estado para establecer las especialidades de los organismos públicos locales. Forma parte de la competencia estatal para regular la organización de las entidades instrumentales locales, ex artículo 149.1.18 CE, aquellos aspectos que son necesarios para establecer un modelo común que, en todo caso, garantice un tratamiento común a los administrados, sin que exista razón alguna, que tampoco alega la representación del Parlamento de Cataluña, que permita afirmar que la competencia del Estado solo alcanza el establecimiento de un modelo, común para el Estado y las entidades locales –mediante la técnica de la remisión a la LOFAGE–, debiendo ser las Comunidades Autónomas las que, en ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo de las bases estatales, lo modulen para las entidades locales”*. Esta interpretación constitucional plantea un serio conflicto con la regulación realizada por Andalucía en desarrollo del Estatuto de Autonomía. Aunque el hecho es que la norma autonómica está vigente y no fue impugnada de inconstitucionalidad, como tampoco lo fue, en este particular, el Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 2/2007) que le da cobertura. Sobre esta cuestión, MUÑOZ MACHADO, S. ha advertido que *“los Estatutos de Autonomía de la generación de 2006 han hecho aún más difícil la regulación del régimen local, al elevar a la categoría de normas estatutarias cuestiones centrales relativas a la organización y competencias de los entes locales”*, advirtiendo que *“resulta de estas previsiones estatutarias una problemática usurpación de la función que corresponde a la legislación estatal básica de régimen local, que es donde ha residido hasta ahora la tipología básica de entes locales y sus competencias esenciales”*.

## 2.2. La extraña regulación de las sociedades cooperativas andaluzas como prestadoras de servicios públicos locales.

La Ley 72/1974, de 18 de diciembre, General de Cooperativas, y su desarrollo reglamentario aprobado por R.D. 2710/1978, de 16 de noviembre, contemplaban como una especie de cooperativas las denominadas “cooperativas de servicios”. Con este antecedente, el artículo 85.4.e) LBRL, en su redacción originaria, incluyó a la cooperativa legalmente constituida como una forma de gestión indirecta de los servicios públicos locales. Esta referencia fue suprimida por la reforma operada por la LMMGL que, como ya hemos explicado, remitió la regulación de las formas de gestión indirecta al contrato de gestión de servicios públicos y su regulación en la legislación de contratos.

En Andalucía, el Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de fomento, ordenación y organización de las coopera-

tivas (artículo 58.1.4.º), como máximo exponente de la economía social. En el ejercicio de esa competencia se dictó la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Esta norma, en su exposición de motivos, las considera en lo esencial como *“empresas democráticas y solidarias que hacen de la formación de sus integrantes y de la cooperación herramientas privilegiadas para su desarrollo”*. Legalmente se definen (artículo 2) como *“empresas organizadas y gestionadas democráticamente que realizan su actividad de forma responsable y solidaria con la comunidad y en las que sus miembros, además de participar en el capital, lo hacen también en la actividad societaria prestando su trabajo, satisfaciendo su consumo o valiéndose de sus servicios para añadir valor a su propia actividad empresarial”*.

El Título II de la Ley se dedica a la tipología de cooperativas, incluyendo el artículo 83.1.a).4.º dentro de las cooperativas de primer grado a las cooperativas especiales. Estas encuentran una única referencia en el artículo 107, remitiendo al reglamento las sociedades de integración social, *las de servicios públicos* y las de explotación comunitaria de la tierra, sin mayor concreción sobre el régimen de las mismas.

En desarrollo de la Ley, se ha publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 23 de septiembre el Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas. Su artículo 101 se dedica a la regulación de las cooperativas de servicios públicos, con el siguiente tenor literal:

*“1. La Administración de la Junta de Andalucía así como las Administraciones locales andaluzas, a fin de asegurar la existencia de servicios públicos de calidad, podrán proveer que la prestación directa de éstos se haga mediante la constitución de sociedades cooperativas de servicios públicos.*

*2. En estas sociedades cooperativas participarán como personas socias promotoras la entidad o entidades públicas competentes y, en su caso, entidades privadas con experiencia demostrada en el sector; asimismo, podrán participar las personas usuarias de los servicios que sean objeto de la sociedad cooperativa así como las personas socias trabajadoras que presten su trabajo personal en la sociedad, en este último caso hasta alcanzar el veinticinco por ciento del capital de la misma. No obstante, las entidades públicas promotoras conservarán el control en cuanto a las condiciones de prestación de los servicios públicos.*

*Cuando la Administración de la Junta de Andalucía participe como persona socia en este tipo de cooperativas, dicha participación deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en especial a la regulación de las organizaciones personificadas de gestión contenida en su artículo 12.*

3. *Se excluye, en todo caso, la prestación de servicios públicos que exijan el ejercicio de autoridad pública, como los de orden público y protección civil.*

4. *Será de aplicación a estas sociedades cooperativas el régimen previsto en el artículo 106 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre y en el artículo 99 de este Reglamento para las sociedades cooperativas mixtas.*

5. *En todo caso, las sociedades cooperativas de servicios públicos deberán someter a auditoría externa, en los términos establecidos por la Ley de Auditoría de Cuentas y sus normas de desarrollo, sus cuentas anuales y demás documentos necesarios conforme a la normativa general contable o cualquier otra disposición de obligado cumplimiento”.*

De la parca regulación de la figura, podemos destacar los siguientes elementos:

- 1.º La cooperativa de servicio público se configura como un auténtico modo de gestión directa de los servicios públicos locales, con la finalidad de prestarlos con calidad.
- 2.º Como toda cooperativa exige *per se* la intervención de otros cooperativistas, ya sean entidades privadas con experiencia en el sector, usuarios o trabajadores (en este último caso no podrán tener más del 25% del capital).
- 3.º La Entidad local siempre conserva el control, pero exclusivamente respecto de las condiciones de prestación del servicio.
- 4.ª Nada se dice de cómo se incardinan estas sociedades en la legislación de régimen local. En cambio, sí está contemplada la normativa de aplicación cuando participe la Administración de la Junta de Andalucía en este tipo de cooperativas.
- 5.ª No podrán prestar servicios que exijan el ejercicio de autoridad pública, ni los de orden público y protección civil.
- 6.ª Se someten a auditoría externa, y sus cuentas se presentan conforme a la normativa general contable, sin ninguna referencia a la Ley de Haciendas Locales.
- 7.º Supletoriamente se les aplicará el régimen previsto para las sociedades cooperativas mixtas.

Nos encontramos nuevamente ante una quiebra del criterio general de que únicamente estamos ante una gestión directa de un servicio público cuando el ente personificado pertenece íntegramente a la Administración. Lo más sorprendente es que

la quiebra no se produce ahora desde la legislación de régimen local, sino que es un legislador tan sectorial y específico, como el de la regulación de las cooperativas, el que establece un nuevo modo de gestión al margen de los criterios comúnmente admitidos, y en contra de la escasa tradición del régimen local, que cuando ha contemplado la figura de la cooperativa lo ha hecho como una forma de gestión indirecta de los servicios públicos locales. Y lo hace con una regulación parca, fragmentaria y sin ningún tipo de engarce con el resto del ordenamiento jurídico local.

### **3. La gestión de los servicios públicos locales en la LRSAL.**

#### **3.1. Regulación normativa.**

El artículo 1, apartados 21, 22 y 23 LRSAL, modifica los artículos 85 y 86 LBRL, con el siguiente tenor literal:

*“Veintiuno. Se suprime el apartado 3, y se modifica el apartado 2 del artículo 85, que queda redactado como sigue:*

*2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

*A) Gestión directa:*

- a) Gestión por la propia Entidad Local.*
- b) Organismo autónomo local.*
- c) Entidad pública empresarial local.*
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

*Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.*

*B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

*La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.*

*Veintidós. Se modifica el apartado 2 del artículo 85.ter que queda redactado como sigue:*

*2. La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad.*

*Veintitrés. El artículo 86 queda redactado como sigue:*

*1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.*

*Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.*

*2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.*

*La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.*

*3. En todo caso, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V de esta Ley, cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.*

La disposición final primera LRSAL modifica el artículo 97 TRRL, que queda redactado en los siguientes términos:

*“2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente, si bien el acuerdo a que se refiere su apartado d) deberá ser optado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.*

*Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses.*

*Si se solicitase dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, donde existiese, no se computará el tiempo invertido en evacuar la consulta”.*

### 3.2. La reducción de la discrecionalidad en la elección de las formas de gestión.

El artículo 30 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 consagraba el principio de libertad en la forma de elección de los servicios públicos locales, proclamando la “plena potestad” de las Corporaciones locales para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia. La única limitación la encontrábamos en el artículo 43 al reservar, necesariamente, a la gestión directa las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, y limitar al concierto, como modo de gestión indirecta, la prestación de los servicios relacionados con actividades benéficas.

Este esquema, salvo la referencia a las actividades benéficas, ha permanecido prácticamente inalterado hasta la LRSAL, con la única matización que introdujo la Ley 57/2003 al artículo 85.3 LBRL. La redacción originaria del precepto reproducía los términos del artículo 30 del Reglamento de Servicios, en cuanto a la prohibición de utilizar la gestión indirecta para prestar servicios que impliquen ejercicio de autoridad. La reforma matizó esta prohibición precisando que también alcanzaba a la gestión directa mediante sociedad mercantil de capital exclusivamente local.

La LRSAL ha provocado, consideramos que sin pretenderlo, una confusión al suprimir el apartado 3 del artículo 85 e introducir un nuevo párrafo en el nuevo artículo 85.2.B. Este párrafo dispone que *“La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos”*. Induce a confusión porque al ubicarlo dentro de la letra B) del apartado 2 parece que únicamente es aplicable a las formas de gestión indirecta, lo que excluiría a la sociedad mercantil de capital íntegramente de titularidad pública, y, además, resulta innecesario porque ya el artículo 92.3, en la nueva redacción, deja meridianamente claro cuáles son las funciones que corresponden exclusivamente a los funcionarios, con mayor precisión, incluso, que el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Un intento de reducción de la discrecionalidad a la hora de decidir la forma de gestión de los servicios lo llevó a cabo, como ya hemos indicado, el apartado 6, del artículo 33 LAULA, al exigir que *“en el expediente que se tramite para la constitución de las entidades previstas en las letras b) a g) del apartado 3 de este artículo deberá incorporarse una memoria acreditativa de las ventajas que tendría la modalidad de prestación respecto a la prestación por la propia entidad local, que incluirá un estudio económico-financiero del coste previsible de su implantación”*. Es decir, se exige justificar la opción de la personificación jurídica del servicio creando un ente instrumental, frente a la prestación del servicio por la propia Entidad.

La LRSAL introduce los criterios de sostenibilidad y eficiencia como elementos a tener en consideración a la hora de decidir la forma de gestión, mostrando una clara preferencia por las formas jurídico-públicas de prestación del servicio. Entendemos que la sostenibilidad a que se alude en el precepto es la sostenibilidad financiera dada la filosofía general de la Ley y la referencia expresa a la misma en el párrafo segundo, y no otro tipo de sostenibilidad como podía ser, por ejemplo, la sostenibilidad ambiental. La utilización de modos de gestión que actúan con sujeción al derecho privado –entidades públicas empresariales locales y sociedades mercantiles locales– se supedita a la justificación, previa memoria elaborada al efecto, de que resulten más sostenibles y eficientes, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y de recuperación de la inversión, que los modos de gestión que utilizan el derecho público –gestión por la propia Entidad local o mediante organismo autónomo local–.

La redacción del párrafo segundo de la letra A), apartado 2, del nuevo artículo 85, plantea una serie de interrogantes y puede introducir alguna confusión en relación con las competencias del Pleno. Una interpretación literal parece inducir a que únicamente es preceptivo el expediente que se describe, y el consiguiente acuerdo plenario de aprobación, para hacer uso de las formas de gestión mediante entidad

pública empresarial o sociedad mercantil local. En cambio, el artículo 22.2.f, para los municipios de régimen común, y el artículo 123.1.k LBRL, para los municipios sujetos al régimen de gran población, atribuyen al Pleno la competencia para la determinación de las formas de gestión de los servicios, sin hacer distinción acerca del modo a utilizar. Este es un problema recurrente en nuestro ordenamiento jurídico, la introducción de modificaciones en los textos legales sin realizar una armonización final del texto resultante, lo que conduce a contradicciones o aporías de difícil solución, dificultando enormemente la labor hermenéutica y de aplicación de las normas con quiebra de la seguridad jurídica. En el presente caso entendemos que se mantiene la competencia del Pleno para decidir la forma de gestión de los servicios en todo caso, y que la singularidad que aporta la reforma es la exigencia de ese plus de motivación para utilizar las formas de gestión sujetas al derecho privado.

El expediente que debe tramitarse para optar por las formas de gestión sujetas al derecho privado presenta las siguientes singularidades:

- a) Elaboración de memoria justificativa que acredite su mayor sostenibilidad y eficiencia, teniendo en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.
- b) Memoria justificativa del asesoramiento recibido.
- c) Informes sobre el coste del servicio.
- d) Informe del apoyo técnico recibido. No alcanzamos a comprender la línea que deslinda el asesoramiento del apoyo técnico recibido.
- e) Publicidad de los informes sobre el coste del servicio y sobre el apoyo técnico recibido (“deberán ser publicitados”). Esta exigencia de publicidad, Martínez-Alonso Camps, J. L. la interpreta como una exigencia del trámite de información pública en el expediente de constitución de entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales. A nuestro juicio no puede confundirse la publicidad, en cuanto puesta en conocimiento general de determinados hechos o elementos, con la información pública, como trámite de llamada a participar en el procedimiento. Este último debe estar expresamente previsto en las normas reguladoras de los procedimientos y con éste carácter no se contempla en la LRSAL. Ello sin entrar en el debate de la posible naturaleza reglamentaria de los estatutos de los entes personificados, lo que incluiría también a los organismos autónomos, que, de sostenerse, exigiría el trámite de información pública.
- f) Informe del Interventor, que valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica

2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Por sostenibilidad financiera se entenderá la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en la Ley de Estabilidad Presupuestaria, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. Sostenibilidad de la deuda comercial se produce cuando el periodo medio de pago a los proveedores no supere el plazo máximo previsto en la normativa sobre morosidad.

Obviamente no puede sostenerse, en una interpretación literal y a *sensu contrario* del precepto, que la decisión de gestionar un servicio mediante formas sujetas al derecho público no requiere de ningún tipo de expediente, ni justificación, y ello por la elemental razón de que la formación de la voluntad de los órganos administrativos siempre va precedida de un expediente acreditativo de la conveniencia y legalidad de la medida. Aunque es cierto que ya el Tribunal de Cuentas ha advertido de la escasa motivación a la hora de adoptar la decisión sobre la forma de gestión, constatando que *“en los supuestos examinados en diferentes fiscalizaciones, la única razón apuntada por el ayuntamiento para justificar la creación de un nuevo ente instrumental (sociedad municipal) es la presunta ineficacia e inoperatividad de las unidades administrativas que gestionaban la prestación de los servicios municipales. Sin embargo, esa fundamentación no ha quedado justificada con la documentación aportada para acreditarlo”*.

Para cerrar la cuestión hemos de referirnos a la incidencia que, en el planteamiento de la LRSAL respecto de la utilización de los modos de gestión, puede tener la posición de las autoridades de la competencia. Al respecto, la Comisión Nacional de la Competencia en su informe de 13 de marzo de 2013 (IPN 88/13), sobre el anteproyecto de LRSAL manifestaba la siguiente opinión:

*“La CNC estima que el APL (así se refiere al anteproyecto) debería establecer la obligación para las entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia y, específicamente, de analizar ex ante determinados elementos que señalizan la posibilidad de introducir competencia efectiva. Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos, la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada (en particular, de los costes hundidos) o el suficiente control que se atribuya al futuro prestador del servicio sobre los costes derivados de dicha prestación (por ejemplo, sobre los costes salariales).*

*Cuando, entre otros, existan estos elementos, el APL debería establecer que las entidades locales opten por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación privada. Al mismo tiempo, debe asegurarse la revisión periódica del prestador tras*

*el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes.*

*Adicionalmente la CNC quiere subrayar que la gestión indirecta no implica indefectiblemente la provisión mediante un único prestador. El APL debería favorecer también la competencia «en el mercado», estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, ésta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la entidad local”.*

Realmente las concepciones de la Comisión Nacional de la Competencia y del legislador de régimen local no parecen coincidentes, máxime en el contexto de crisis económica que hemos padecido y que ha abocado a procesos de privatizaciones o externalización de los servicios para abaratar costes. Salvo que la intención última del legislador, como ya hemos apuntado en alguna ocasión, sea la de reducir al mínimo la intervención local, dejando los sectores económicos locales al sector privado, y en el reducto del núcleo duro administrativo se justificaría plenamente el exceso de motivación a la hora de acudir a fórmulas jurídico-privadas.

### 3.3. Una puntualización respecto de la sociedad mercantil íntegramente de titularidad pública.

La LRSAL introduce un pequeño matiz, aparentemente inocuo pero que, nuevamente induce a confusión al modificar el apartado 2 del artículo 85.ter, disponiendo que “*La sociedad deberá adoptar una de las formas previstas en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y en la escritura de constitución constará el capital que deberá ser aportado por las Administraciones Públicas o por las entidades del sector público dependientes de las mismas a las que corresponda su titularidad*”. Introduce la confusión por un doble motivo:

- 1.º Al remitirse a las formas previstas en la Ley de Sociedades de Capital incluye a la sociedad comanditaria por acciones, que se define (artículo 1.4) como aquella en la que “*el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de todos los socios, uno de los cuales, al menos, responderá personalmente de las deudas sociales como socio colectivo*”. La adopción de esta forma societaria exigiría, en todo caso, que los socios fueran todos entes públicos para

respetar la exigencia de titularidad pública del capital social. Además, la responsabilidad personal de una de los socios pugna con nuestra tradición de que la responsabilidad municipal se limita al capital aportado (artículo 105 TRRL).

2.º Seguir permitiendo que estas sociedades puedan constituirse mediante capital aportado “*por las entidades del sector público dependientes*” de las Administraciones Públicas constituye una flagrante contradicción con la disposición adicional novena LBRL, en la redacción dada por la LRSAL, cuyo apartado 3 impide que estos entes dependientes puedan constituir, participa en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología. Sobre este tema volveremos más adelante.

### 3.4. La nueva regulación de la iniciativa pública local.

El actual artículo 86 LBRL consagra la iniciativa pública local para el ejercicio de actividades económicas en el marco del artículo 128.2 CE. La doctrina fue prácticamente unánime en considerar que este artículo 128.2 marcaba el “*reconocimiento –posibilidad– de los Poderes públicos como agentes económicos productores de bienes y servicios. No ya con carácter excepcional o subsidiario, sino en línea de absoluta normalidad. No hay restricción, ni título constitucional que jurídicamente obstaculice que el sector público puedan intervenir en las diferentes actividades económicas*”. También se ha considerado que esta iniciativa pública “*engloba la acción económica de cualquier ente público no sólo estatal, sino municipal, provincial y autonómico*”.

La reforma adopta como primera medida suprimir del artículo 86 cualquier referencia al artículo 128 CE, fijando como límite a la iniciativa pública local “*la sostenibilidad financiera*” del ejercicio de las competencias locales. Los requisitos materiales y de forma que se exigían para el ejercicio de esta iniciativa económica en el primer Anteproyecto (13 de julio de 2012) casi la hacían ilusoria, privando prácticamente a los entes locales de una facultad que le es constitucionalmente reconocida. Como señalamos en su momento, “*para iniciar una actividad económica es preciso acreditar que se prestan todos los servicios obligatorios, mínimos o no, con arreglo a los estándares de calidad, que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del municipio, ni respecto del mantenimiento de los servicios, ni respecto de la propia actividad que responda a la iniciativa pública. Una vez superado este requisito, habrá de justificarse la INTERVENCIÓN SUBSIDIARIA de la entidad en esa actividad económica, y esta justificación se proyecta en un doble plano: de una parte, que exista insuficiencia (inacción o defección señala el proyecto) de la iniciativa privada, y que la iniciativa no va a incidir negativamente en el mercado. Es decir, la subsidiariedad en los términos más absolutos y radicales. Además, si*

*comprobamos que la iniciativa privada no tiene interés en la materia, se evidencia que no tiene excesiva rentabilidad económica por lo que difícilmente tendrá sostenibilidad financiera, así que adiós a la iniciativa pública local. Y si existiera mercado, es decir, si existiera rentabilidad económica, habrá que procurar no «molestar» mucho a los empresarios privados con este tipo de iniciativas”.*

La actual redacción del artículo 86.1 supedita el ejercicio de la iniciativa pública local al cumplimiento de una serie de requisitos: a) que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria; b) que la iniciativa no genere riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda local; c) que se incorpore un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial, sin que se especifique qué alcance o consecuencias origina las conclusiones de dicho análisis. Era razonable que se exigiera este análisis cuando el primer Anteproyecto obligaba a que el expediente contuviera una “*justificación de la intervención subsidiaria de la entidad local en esa actividad económica debido a la inacción o defección de la iniciativa privada*”, pero con la regulación actual no entendemos qué eficacia o relevancia tendrá este análisis dentro del expediente.

El primer Anteproyecto equiparaba el ejercicio de actividades económicas con el de las competencias no previstas en la Ley, sujetándolas al mismo régimen en el artículo 7.4. Finalmente, este precepto no hace referencia a las actividades económicas, por lo que entendemos que estas tienen su propio régimen en el artículo 86, distinto al que previsto en el artículo 7.4 para las competencias distintas de las propias y de las delegadas.

Ciertamente hemos de reconocer que la redacción definitiva ha ampliado considerablemente la capacidad municipal para el ejercicio de la iniciativa económica. Además de no tener que justificar la intervención subsidiaria, el impacto de la iniciativa debe contrastarse con el conjunto de la Hacienda local y no, como se exigía antes, con la “*actividad fruto de la iniciativa pública*”. No se exige, a diferencia de lo que sucede con las competencias impropias, “*la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias*”. Por tanto, y como hemos venido manteniendo, entendemos que un Municipio podrá ejercer una iniciativa económica aunque no sea rentable, siempre que no ponga en riesgo el conjunto de la Hacienda local, luego ahora sí cabe margen para la POLÍTICA, en la medida que podrá optarse por iniciativas no lucrativas pero de calado social, que se compensen con otras medidas que equilibren el conjunto de la hacienda.

Respecto de las actividades o servicios esenciales de los que se declara la reserva a favor de las Entidades locales (artículo 86.2) se suprimen los mataderos, mercados y lonjas centrales.

La aprobación del expediente que habrá de tramitarse para el ejercicio de la actividad económica corresponde al Pleno de la respectiva Corporación, salvo que las actividades se ejecuten en régimen de monopolio, en cuyo caso la aprobación definitiva corresponde al órgano competente de la Comunidad Autónoma. Siguiendo el criterio del Consejo de Estado se vuelve a la posición de la LBRL, frente a la previsión de los primeros Anteproyectos, que atribuían la aprobación definitiva a la Comunidad Autónoma, en todo caso.

Por último, se establece una legitimación especial de la Administración del Estado para impugnar los acuerdos en este ámbito cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo del Título V de la propia LBRL. Dado que el artículo 65 LBRL legitima a la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas, dentro de sus respectivas competencias, para impugnar los actos y acuerdos de las Entidades locales que infrinjan el ordenamiento, parece que el nuevo apartado 3 del artículo 86 lo que quiere dejar claro es que, en todo caso, es competencia estatal velar por los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Por último, señalar que la disposición final tercera modifica el artículo 97.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL), para adaptarlo a la nueva regulación. Aunque la modificación es mínima tiene un gran calado, ya que introduce en el expediente para el ejercicio de una actividad en régimen de monopolio la necesidad de recabar un informe de la autoridad de competencia correspondiente, y ya hemos expuesto anteriormente cuál era la posición de la Comisión Nacional de la Competencia en relación con el proyecto de LRSAL.

## II. LA REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL

### 1. La necesidad de racionalización del sector público.

La necesidad de reordenar y racionalizar el sector público aparece ya en los llamados “Pactos de la Moncloa” suscritos el 27 de octubre de 1977, y cuya medida IX se refería a la Política Energética y Estatuto de la Empresa Pública, mandando al Gobierno a que remitiera a las Cortes antes del 30 de junio de 1978 un proyecto de ley relativo a dicho Estatuto. Mandato que fue, obviamente, incumplido. Posteriormente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, realizó otro tímido intento, partiendo, según su exposición de motivos, de que *“resulta inaplazable racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada Administración institucional”*. Máxime después de la mo-

dificación del artículo 6 de Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, para introducir una nueva categoría de entes (“*resto de entes del sector público*”) que se regirían por su normativa específica (posteriormente, Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria), y que dio lugar a una variada tipología de entes públicos sujetos a regímenes jurídicos singulares.

En el ámbito local, la Ley 57/2003 –LMMGL– introdujo una disposición adicional duodécima dedicada a la reordenación de las sociedades mercantiles, posibilitando la constitución de entidades públicas empresariales con la exclusiva función de dirigir o coordinar a otros entes con naturaleza de sociedad mercantil local, atribuyendo al Pleno la competencia para adoptar los acuerdos necesarios para las operaciones de cambio de titularidad de las participaciones accionariales. Estas operaciones no se sujetan a la legislación del mercado de valores y no dan lugar al ejercicio de los derechos de tanteo, retracto o cualquier otro derecho de adquisición preferente, están exentas de cualquier clase de tributos y los aranceles de los fedatarios públicos y registradores que intervengan en las mismas se reducen en un 90 por cien.

Aunque la imperiosa necesidad de reordenar el sector público local viene provocada por la grave crisis económico-financiera que nos acucia desde 2008, y que ha dado origen, además de a una reforma constitucional, a diversas iniciativas tendientes a racionalizar la estructura de las Administraciones Públicas, entre las que podemos citar:

- Acuerdo marco, suscrito antes de la reforma, con las entidades locales sobre sostenibilidad de las finanzas públicas 2010-2013, de 7 de abril de 2010, que establecía la aprobación por las entidades locales de un plan de racionalización de las estructuras de sus sectores públicos.
- Acuerdo por el que se adoptan una serie de compromisos en materia de racionalización y reordenación del sector público instrumental local y de control, eficiencia y reducción del gasto público gestionado por el mismo, Comisión Nacional de Administración Local de 25 de enero de 2012. En virtud del mismo, las entidades locales manifiestan su compromiso de que, al finalizar el período transitorio que al final fijó la Ley Orgánica, presentarían equilibrio presupuestario.
- Actualización del Programa de Estabilidad 2012-2015 y Programa Nacional de Reformas 2012, Acuerdo Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012.
- Creación, por acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012, de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA).

Junto a estos acuerdos se han adoptado una serie de iniciativas normativas, que iremos exponiendo a lo largo del presente trabajo, tendentes a racionalizar la Administración Pública. Aunque, como sostiene Montoya Marín, E., *“la primera cuestión a dilucidar es si se trata de simples recortes impuestos por la lacerante situación de crisis económica, o si por el contrario, se dirigen a racionalizar la estructura de la Administración no sólo con el objetivo de mayor austeridad, reducción del déficit público y adelgazamiento de la Administración y de su sector público, sino de reformas encaminadas a la consecución de una buena administración, de calidad, más eficaz y eficiente al servicio de los ciudadanos”*. En definitiva, habrá que analizar las medidas distinguiendo en función de si atienden a criterios coyunturales derivados de la crisis (como por ejemplo los planes de pago a proveedores), o si pretenden una racionalización más ambiciosa y estructural (como la prohibición de crear entes de segundo nivel que contiene la LRSAL), o, en otros términos, si son medidas “impuestas” por la crisis, tras cuya superación serán olvidadas y “volveremos a las andadas”, o si se pretende efectivamente una Administración con más calidad y más eficiente.

Porque el panorama que presenta el sector público local resulta absolutamente caótico. Si nos referimos al subsector societario, constatamos que en 2005 existían 1.145 sociedades mercantiles municipales, en 2010 se incrementaron hasta 1272. Y, en plena crisis, según los datos del Inventario de entes del sector público local (INVEPLO), el número se ha incrementado hasta 1.413 (un total de 1.590 si añadimos las sociedades creadas por provincias, mancomunidades, áreas metropolitanas o consorcios locales). A ello hay que añadirle un total de 1.194 organismos autónomos y 55 entidades públicas empresariales, resultando un total de 1.839 entes instrumentales. Si tenemos en cuenta que existen 8.117 municipios, 52 provincias e islas, 977 mancomunidades, 81 comarcas, 3 áreas metropolitanas, 80 agrupaciones de municipios, 3.727 entidades de ámbito territorial inferior al municipio, 1.020 consorcios locales, 541 fundaciones locales y 532 instituciones sin ánimo de lucro, llegamos a encontrarnos un total de DIECISIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE entes del sector público local, lo que, evidentemente, exige una serie de medidas para su racionalización.

## **2. La estabilidad presupuestaria, un nuevo objetivo para las Administraciones Públicas.**

Los objetivos de estabilidad presupuestaria ya comienzan a ponerse de manifiesto con la Ley 18/2001, de 13 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (posteriormente Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria). Pero con la irrupción de la crisis económica, el principio de estabilidad presupuestaria y la contención del déficit estructural se han convertido en los ejes de la política económica en la UE, incluso la

necesidad de su cumplimiento se ha utilizado para justificar la propia supervivencia del Estado Social.

La trascendencia que ha alcanzado el principio de estabilidad presupuestaria en nuestro ordenamiento jurídico ha afectado, incluso, a la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Así, el Tribunal Constitucional, en Sentencias 197 y 198/2011, de 13 de septiembre, avaló el fundamento de la competencia estatal para establecer medidas de política económica relativas a la estabilidad presupuestaria sobre el resto de las Administraciones Públicas. El TC, reproduciendo la doctrina sentada en la Sentencia 134/2011, señala que *“La legitimidad constitucional de que el Estado, ex artículos 149.1.13 y 156.1 en conexión con el artículo 149.1.14 CE, establezca topes máximos en materias concretas a las Comunidades Autónomas en la elaboración de sus presupuestos se extiende, con igual fundamento, a la fijación de topes generales para dichos presupuestos, toda vez que la política presupuestaria es un instrumento de la política económica de especial relevancia, a cuyo través incumbe al Estado garantizar el equilibrio económico general (STC 62/2001, FJ 4)”*.

Para reforzar la vinculación del principio para todas las Administraciones Públicas, y probablemente por exigencias de la Unión Europea ante el peligro inminente del temido “rescate”, se procedió a la segunda reforma constitucional modificándose el artículo 135 CE. La reforma se inició el 28 de agosto de 2011. En esta fecha, los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular en el Congreso de los Diputados presentaron conjuntamente una Proposición de reforma solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia y lectura única en Pleno. La elección de este cauce procedimental generó bastante controversia, dado el calado y trascendencia del asunto. Finalmente fue promulgada el 27 de septiembre de 2011. Interesa destacar la disposición adicional que incorporaba la reforma, ya que fija para el año 2020 la entrada en vigor de los límites de déficit estructural que establece el nuevo artículo 135.2 CE.

El mandato constitucional se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (modificada por la Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, para reforzar las obligaciones de cumplimiento de los límites de gasto). Lo más relevante es que se fija un límite de déficit estructural del 0,4% PIB, y un límite del volumen de deuda pública del 60% del PIB. La distribución del nivel de endeudamiento medio se fija para la Administración General del Estado en un 4% del PIB, para las Comunidades Autónomas en un 13%, y para las Corporaciones Locales en un 3%.

En este contexto de rigor presupuestario para todas las Administraciones Públicas, destaca la posición de máxima exigencia para las Entidades locales a las que se les obliga a presentar equilibrio presupuestario a partir de 2020, ya que la admisión de

un déficit estructural a partir de esa fecha únicamente se contempla para el Estado y Comunidades Autónomas.

La Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre, ha modificado la Ley 2/2012, entre otras cuestiones para aclarar que “a efectos del cumplimiento de los límites de endeudamiento a los que se refiere el párrafo segundo del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se tendrá en cuenta que, el incremento del volumen de deuda que pueda producirse en la Administración Central, de acuerdo con el Protocolo sobre Procedimiento de Déficit Excesivo, como consecuencia de las operaciones de endeudamiento que realice o haya realizado el Estado con el fin de desarrollar los mecanismos adicionales de financiación, se computará, respectivamente, en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en la cuantía equivalente a las cantidades percibidas por dichas Administraciones con cargo a aquellos mecanismos”. En definitiva, el Estado traslada a Comunidades Autónomas y Entidades Locales la deuda que pueda resultar de la puesta en marcha de los mecanismos adicionales de financiación y pago a proveedores.

Por último, la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de Control de la Deuda Comercial en el Sector Público, ha modificado nuevamente la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Así, por sostenibilidad financiera (artículo 4.2) va a entenderse la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública “y morosidad de deuda comercial” conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea. Las obligaciones de información de intensifican, así como las medidas prevención, corrección y coercitivas para alcanzar el objetivo de estabilidad presupuestaria.

Además, y para garantizar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad, por Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, se ha creado la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, en desarrollo del artículo 135 CE, con la finalidad de “*garantizar el cumplimiento efectivo por las Administraciones Públicas del principio de estabilidad presupuestaria [...], mediante la evaluación continua del ciclo presupuestario, del endeudamiento público, y el análisis de las previsiones económicas*”. Sus funciones las ejercerá a través los informes, opiniones y estudios previstos en la Ley, para lo que tendrá a su disposición la información económico-financiera relativa a las distintas Administraciones Públicas.

Los objetivos de transparencia que ya se contienen en la normativa sobre estabilidad presupuestaria se han visto reforzados con la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Además de establecer una serie de obligaciones en materia de publicidad activa y de regular

el derecho de los ciudadanos a acceder a la información disponible por las Administraciones Públicas, el artículo 28 contempla una serie de infracciones en materia de gestión económica presupuestaria por vulneración de las obligaciones de la Ley Orgánica 2/2012.

### **3. Medidas coyunturales forzosamente racionalizadoras: los planes de ajuste y los planes de equilibrio financiero.**

Ante la alarmante situación de impago de sus deudas comerciales por parte de las Entidades locales, abocando a multitud de pequeñas empresas a situaciones de com-peta falta de liquidez si no directamente al cierre y generando un lastre para la recuperación económica, fue aprobado el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, que determina las obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales. Lo decisivo, a nuestros efectos, es que para acceder al mecanismo de financiación, las entidades locales debían aprobar como condición previa e indispensable un duro plan de ajuste económico.

El modelo de plan de ajuste, que figura como Anexo III a la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, contempla como medida de ajuste del gasto, entre otras y a los efectos que nos ocupan, la “Medida 8: Disolución de aquellas empresas que presenten pérdidas > ½ capital social según artículo 103.2 del TRDLVRL, no admitiéndose una ampliación de capital con cargo a la Entidad local”. La realidad es que para la adopción de esa medida no era necesario ningún plan de ajuste, ni planes de pagos a proveedores, ya que en una interpretación literal del artículo 103.2 TRRL es una medida obligatoria en todo caso, ya que dispone que *“cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social, será obligatoria la disolución de la sociedad y la Corporación resolverá sobre la continuidad y forma de prestación del servicio”*. Estas causas “administrativas” de disolución de entidades sujetas al derecho privado presentan dificultades y no se resuelven pacíficamente, ya que la jurisdicción civil tiene otra perspectiva muy diferente a la hora de enfrentarse a las normas administrativas y a su aplicación. Así, el Tribunal Supremo ha optado por aplicar las causas de disolución de las sociedades previstas en la legislación mercantil, no aplicando la obligación del artículo 103.2 TRRL y permitiendo que se ampliara el capital social de una sociedad municipal que presentaba pérdidas por encima de la mitad del capital social enervando, de este modo, la causa de disolución, por ser *“más coherente con el principio de conservación de la empresa”*.

Con fundamento en esta medida algunas Entidades locales incluyeron en sus planes de ajuste la liquidación de sociedades públicas, en base a una más que dudosa interpretación de que era una medida que venía impuesta por el plan. Entendimos

entonces que el plan debía perseguir una finalidad concreta y cumplir unos objetivos, y que para alcanzarlos podían adoptarse cualquiera de las medidas enumeradas en la Orden HAP/537/2012, pero no necesariamente todas, correspondiendo al poder político determinar cuáles de las medidas posibles, por la vía de los gastos o de los ingresos, eran necesarias para cumplir los objetivos.

Además de los planes de ajuste, cuya finalidad última es la de posibilitar que una Entidad local se acoja a mecanismos de financiación adicional, encontramos los planes económico-financieros previstos en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria. Estos planes deben formularse cuando se haya incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria, el de deuda pública o el de la regla de gasto. El nuevo artículo 116.bis LBRL, introducido por la LRSAL, dispone las medidas que, adicionalmente a las previstas en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria, deberá incluir el plan económico-financiero. A pesar de lo imperativo del precepto (*...el mencionado plan incluirá al menos las siguientes medidas...*) mantenemos el mismo criterio que respecto a los planes de ajuste, es decir, que el plan económico-financiero únicamente deberá incluir las medidas necesarias para corregir el desequilibrio. Aunque expresamente no se incluye la medida de disolución de entes instrumentales, el artículo 116.bis contempla medidas como la supresión de competencias y la racionalización organizativa que pueden incidir en el sector público, además de la supresión de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio y de la más radical de fusión de municipios.

#### **4. Medidas de racionalización contempladas en la LRSAL.**

##### **4.1. Consideraciones generales.**

En el contexto económico y con los acuerdos programáticos y las medidas legislativas adoptadas, según hemos expuesto, era más que previsible una reforma de la Administración local que garantizara su cuestionada sostenibilidad financiera, y que uno de los ámbitos que necesariamente se vería afectado por la reforma sería el sector público local.

La reforma contiene una serie de medidas que, aunque no se dirigen directamente a la reordenación del sector público local, van a tener una clara incidencia en su dimensión. En este sentido resulta obvio que el nuevo marco competencial elimina un campo de actuación en el que se desenvolvían múltiples entes instrumentales. La reducción de la cláusula general de capacidad del artículo 25.1; la supresión de competencias municipales del artículo 25.2; la derogación del artículo 28, interdicando la posibilidad de desarrollar actividades complementarias; o las exigencias introducidas en el artículo 7.4 para el desarrollo de las denominadas competencias

distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, reduce sensiblemente la capacidad de actuación municipal y, por ende, la necesidad de dotarse de nuevas personificaciones jurídicas.

Junto a la reducción del ámbito competencial propio y las dificultades para acometer otro tipo de actividades, también van a incidir sobre el sector público local medidas ya expuestas como la necesidad de una justificación adicional para utilizar formas jurídicas sujetas al derecho privado para gestionar los servicios públicos, los nuevos límites al ejercicio de la iniciativa pública económica local o la supresión de actividades reservadas para su posible ejercicio en régimen de monopolio.

No podemos dejar pasar la ocasión para advertir, siquiera sea apuntándolas, de una serie de cuestiones que no aborda la reforma, que son fuente de conflicto permanente en la doctrina y la jurisprudencia, y que hubiera sido necesario abordarlas para clarificarlas. Nos referimos, entre otras, al propio concepto de servicio público; a la delimitación conceptual de la prestación de los servicios públicos en sentido estricto y el ejercicio de la iniciativa pública económica, sus presupuestos y procedimientos para su realización; la necesidad de una regulación administrativa de la modificación del objeto social de las sociedades mercantiles locales, que la mayoría de las veces se hace conforme a las reglas mercantiles obviando los requisitos procedimentales y competenciales que se exigieron para SU constitución con un determinado objeto social; la clarificación del ámbito territorial de actuación de los entes territoriales instrumentales, estrechamente vinculada a la diferenciación servicio público/iniciativa pública económica; o la escasa o nula regulación de las nuevas causas “administrativas” de disolución de sociedades, sobre las que ya hemos planteado alguna cuestión al hilo del artículo 103.2 TRRL, y sobre la que volveremos más adelante.

#### 4.2. Las medidas concretas de redimensionamiento de la disposición adicional novena LRSAL.

La exposición de motivos del Anteproyecto LRSAL situaba “*como eje principal las medidas de reducción de la dimensión del sector público local, lo que implicaba la necesidad de controlar su actividad y racionalizar su organización*”. Para ello, “*se trata de impedir la participación o constitución de entidades instrumentales por las Entidades Locales cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. En cuanto a las existentes que se encuentren en situación deficitaria se les exige su saneamiento, y, si éste no se produce, se deberá proceder a su disolución. Por último, se prohíbe, en todo caso, la creación de entidades instrumentales de segundo nivel, es decir unidades controladas por otras, que, a su vez, lo estén por las Entidades Locales. Esta prohibición, motivada por razones de eficiencia y de racionalidad económica, obliga a la disolución de aquellas que ya existan a la entrada en*

vigor de la presente norma en el plazo previsto”. Para cumplir este objetivo, el Anteproyecto de Ley incorporó una serie de medidas a la que finalmente resultó ser nueva disposición adicional novena LBRL, sobre las que el propio Consejo de Estado en su Dictamen de 26 de julio de 2013, 567/2013, consideró que “*su aplicación general e incondicionada podría resultar desproporcionada al objetivo perseguido, que puede igualmente alcanzarse limitando la puesta en práctica de estas previsiones a los supuestos en que se haya constatado la existencia de una situación deficitaria o aquellos en que tal situación sobrevenga tras la entrada en vigor de la norma*”. De ahí que en la tramitación parlamentaria se aceptaran algunas enmiendas para matizar la intención inicial.

Una singularidad a destacar la constituye el hecho de que las medidas previstas en la citada disposición únicamente afectan a las entidades del artículo 3.1 LBRL, es decir, las entidades territoriales (Municipio, Provincia e Isla, en los archipiélagos balear y canario). Nada se dice, y así lo advierte el Consejo de Estado, de los entes instrumentales de las Entidades del artículo 3.2 LBRL (ahora, las Comarcas, Áreas Metropolitanas y Mancomunidades de Municipios). Una interpretación literal de la norma nos obliga a concluir que las medidas previstas no afectarían a estos entes, salvo que interpretáramos que las sociedades constituidas por ellos serían de segundo nivel, en cuyo caso se incluirían en el ámbito del apartado 4 de la disposición. Esta segunda opción nos parece forzada porque dicho apartado también se refiere expresamente a los entes del artículo 3.1.

El conjunto de enmiendas presentadas ha tenido acogida en gran medida en la tramitación del proyecto en el Senado, matizándose el rigor de las previsiones que contemplaba el proyecto y abriendo cauces para posibilitar la viabilidad de muchas de las sociedades locales. Los cambios introducidos, modificando la disposición adicional novena LBRL, son los siguientes:

- a) Entidades locales del artículo 3.1 sujetas a planes económico-financieros o planes de ajuste. El proyecto prohibía que pudieran realizar cualquier tipo de aportación patrimonial o realizar ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles de ellas dependientes con necesidades de financiación, lo que abocaría a muchas de estas entidades a su disolución. La redacción final permite que se hagan estas aportaciones siempre que la Entidad local, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

La cuestión que queda pendiente de resolver, y que ya hemos apuntado, es la posible colisión de estas aportaciones patrimoniales o ampliaciones de capital con

la obligación expresa de disolver la sociedad *ex* artículo 103.3 TRRL, es decir, cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social.

b) Entidades adscritas a las Entidades locales del artículo 3.1 o de sus organismos autónomos, que desarrollen actividades económicas, y se encuentren en situación de desequilibrio financiero. Estas entidades estaban obligadas a aprobar un plan para corregir el desequilibrio financiero antes del 31 de diciembre de 2014, con la consecuencia última, en caso de no cumplir, de su disolución automática el 1 de agosto de 2015. Las novedades que se han introducido finalmente son tres:

1.<sup>a</sup> La posibilidad de realizar aportaciones patrimoniales o ampliaciones de capital como parte del plan de corrección del desequilibrio, siempre que la Entidad local, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad.

2.<sup>a</sup> Cuando las entidades en situación de desequilibrio financiero gestionen alguno de los servicios de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos o transporte público de viajeros, el plazo para corregir el desequilibrio se amplía hasta el 31 de diciembre de 2015, y la disolución automática, en caso de incumplimiento, no se produce hasta el 1 de diciembre de 2016.

3.<sup>a</sup> La situación de desequilibrio financiero para los entes que no tengan la consideración de Administración Pública a efectos del SEC95 se manifestaba en la existencia de pérdidas en dos ejercicios consecutivos, finalmente dicha situación se manifiesta “en la existencia de resultados negativos de explotación de dos ejercicios contables consecutivos” (es decir, los derivados exclusivamente de la explotación de la actividad propia de la entidad).

c) Entidades de segundo nivel. Aquellas controladas exclusivamente por entidades vinculadas o dependientes a efectos del SEC95 a una Entidad local del artículo 3.1. Estas serían disueltas transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la Ley. Esta era una de las medidas que más crítica, prácticamente unánime, había suscitado, por las repercusiones que iba a provocar fundamentalmente en las sociedades de economía mixta o en los contratos de colaboración público-privada.

La radicalidad de la medida ha sido matizada sustancialmente, incorporando las siguientes previsiones:

- 1.<sup>a</sup> La disposición únicamente es aplicable a aquellas entidades “que no estén en situación de superávit, equilibrio o resultados positivos de explotación”. Es decir, las entidades “saneadas” podrán continuar con su actividad.
- 2.<sup>a</sup> La única solución que se contemplaba era la disolución. Ahora, respecto de las entidades con desequilibrio, puede optarse por disolverlas o por su adscripción, vinculación o dependencia directa de la entidad local.
- 3.<sup>a</sup> Cualquiera de las dos medidas debe adoptarse en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, y si se opta por la disolución el proceso de liquidación debe iniciarse en el plazo de tres meses. De no hacerse, la entidad quedará automáticamente disuelta transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de la Ley.
- 4.<sup>a</sup> Los plazos previstos en el apartado anterior se ampliarán un año más cuando se trate de entidades en desequilibrio que presten alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos o transporte público de viajeros.
- 5.<sup>a</sup> Se mantiene la obligación de transmitir la participación en el supuesto en el que la entidad dependiente de la Entidad local no ejerza un control exclusivo.

Como hemos indicado, al menos en el último minuto del partido, se ha podido salvar un ámbito esencial de la autonomía local vinculado a su potestad de autoorganización, aunque condicionada por los elementos económicos que hemos indicado, aquellos gestores que tengan saneadas sus cuentas podrán organizar su propio sector público. Así lo ha entendido el Consejo de Estado, considerando que el conjunto de medidas no vulnera la autonomía local. Respecto de las medidas de los dos primeros apartados de la disposición adicional novena “*porque son adecuados a los fines de la reforma proyectada, en cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria del artículo 135 de la Constitución*”, añadiendo que si se llegara a la necesidad de la disolución “*deberá ser acordada por las propias Entidades Locales y, sólo en el caso de que éstas no observen la obligación legal de hacerlo procederá su disolución ope legis*”. Respecto de las medidas previstas para las entidades de segundo nivel, afirma que “*Como puede apreciarse, la versión aprobada de este apartado 4 se encuentra notablemente matizada respecto de la prevista en el anteproyecto, en términos que deben considerarse conciliables con la autonomía local constitucionalmente garantizada. El apartado 3 de la disposición adicional novena, por su parte, mantiene la misma redacción que en el anteproyecto. En este caso, la prohibición de constitución de nuevos entes institucionales afecta a los ya constituidos –que no podrán constituir otros nuevos– y no propiamente a las Corporaciones Locales, de ahí que tampoco se advierta lesión de la autonomía local*”, por lo que entiende que no hay motivos suficientes para que se plantee conflicto en defensa de la autonomía local.

#### 4.3. Algunas cuestiones en relación con la aplicación de las medidas de redimensionamiento.

En primer lugar, señalar que la Ley no contempla ninguna previsión ante el incumplimiento de los plazos que se disponen en orden a la disolución, y, fundamentalmente, liquidación de las sociedades. Si este incumplimiento afectara al ejercicio de las competencias de la Administración del Estado, como son las relativas a la garantía de la estabilidad presupuestaria, podía haberse recurrido al artículo 60 LBRL. Al no haber previsión expresa parece que el tema se remite a la responsabilidad que corresponde a los liquidadores conforme a la legislación mercantil.

Pero lo que probablemente origine más conflicto sea la articulación de estas causas “administrativas” de disolución de sociedades con los otros sectores del ordenamiento jurídico implicados, singularmente el Derecho mercantil y el Derecho laboral. Respecto del ámbito laboral, fue la Ley 12/2001, de 9 de julio, la que introdujo una nueva causa de extinción del contrato de trabajo en el artículo 52.e) del Estatuto de los Trabajadores, para el supuesto de contratos indefinidos vinculados a planes y programas públicos que resultaren sin consignación presupuestaria. Pero fue, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la Reforma Laboral, el que introdujo, en su disposición adicional segunda, una nueva disposición adicional vigésima al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, reguladora de la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público, con el siguiente tenor:

*“El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.*

*A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan*

*cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público”.*

No cabe duda que la reforma laboral y el consiguiente despido colectivo aplicado a las Administraciones Públicas ha sido fuente de conflictos que exceden de este trabajo, desde la interpretación de sus presupuestos habilitantes, sus requisitos procedimentales o la controvertida cuestión de la jurisdicción competente para su enjuiciamiento. Compartimos con Castillo Blanco, F. que los aspectos a enjuiciar son puramente de Derecho administrativo “*pues son en estos donde radica lo esencial de la corrección de la actuación administrativa que finaliza en el despido colectivo*”, por lo que el control de esos aspectos debía corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Respecto de los trabajadores afectados por los procesos de reestructuración de la LRSAL, Rodríguez Escanciano, S. sostiene que operará el mecanismo subrogatorio del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (sucesión de empresas) si se dan las condiciones para ello, lo establece el convenio colectivo o “*se determina así en las previsiones adoptadas para la reestructuración*”. Salvo lo previsto en la disposición transitoria cuarta LRSAL para la disolución de las entidades de ámbito territorial inferior al municipio, no consideramos posible que un Ayuntamiento puede acordar medidas de subrogación de trabajadores al margen de los supuestos legalmente impuestos, ya que podría encubrir una forma de acceso al empleo público al margen de los procedimientos legalmente previstos. De no proceder la subrogación, las posibles soluciones que apunta Rodríguez Escanciano, S., son: a) despido colectivo por las causas del artículo 51 o 52.c) Estatuto de los Trabajadores; b) rescisión de los contratos por la vía del artículo 49.1.g), por extinción de la personalidad jurídica del contratante; c) incluso, despido por causa de fuerza mayor, derivada de una suerte de *factum principis*.

#### 4.4. Otras medidas para racionalizar el gasto del sector público local.

Para terminar haremos referencia a dos medidas que también se contienen en la LRSAL con clara incidencia en el sector público local. Nos referimos a la masa salarial del personal laboral y a la regulación de los órganos de dirección y retribuciones del sector público local.

Es cierto que las Leyes de Presupuestos Generales ya venían estableciendo unos límites a los incrementos de la masa salarial del personal laboral del sector público. Lo que el nuevo artículo 103.bis LBRL, introducido por la LRSAL, añade es: 1.º de una parte, la obligación aprobar anualmente y publicar en la sede electrónica de la Corporación y en el Boletín Oficial de la Provincia la masa salarial del personal

laboral del sector público local, respetando los límites de las leyes de presupuestos, con la loable intención de que los ciudadanos conozcan cuál es el gasto de personal; 2.º de otra parte, determinar qué se entiende por sector público local a los efectos de determinar la masa salarial. El sector público local estará integrado por la propia Entidad Local, organismos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles locales de ella dependientes, así como las de los consorcios adscritos a la misma en virtud de lo previsto en la legislación básica de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y de las fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las entidades citadas en este apartado; b) que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Respecto de las retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local se introduce a la LBRL una nueva disposición adicional duodécima, que hace depender las decisiones que se adopten en esta materia del Pleno de la Corporación local, que deberá clasificar a las entidades vinculadas o dependientes de la misma que integren el sector público local, en tres grupos, atendiendo a las siguientes características: volumen o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad. La clasificación será determinante a los siguientes efectos: a) para determinar el número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades, en su caso; b) para determinar su estructura organizativa, fijando el número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable.

Las retribuciones se clasifican en básicas, que están en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria, y complementarias, con un complemento de puesto para retribuir las características especiales del mismo y un complemento variable para retribuir la consecución de objetivos previamente establecidos. Las retribuciones en especie que, en su caso, se perciban computarán a efectos de la cuantía total máxima de retribuciones, que no podrá superar los límites que anualmente pueda fijar la Ley de Presupuestos. No se exige expresamente que se publiquen las retribuciones, únicamente que se recojan en la memoria de actividades de la entidad.

Dos últimas precisiones, a mi juicio acertadas, establece la disposición: a) la obligación de difundir a través de la página web de la entidad la composición de sus órganos de administración, gestión, dirección y control, incluyendo los datos y experiencia profesional de sus miembros; b) la previsión de que la extinción de los contratos mercantiles o de alta dirección no generará derecho alguno a integrarse en la estruc-

tura de la Administración local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, fuera de los sistemas ordinarios de acceso. Con ellas podremos conocer, a través del respectivo currículum, si el nombramiento ha obedecido a criterios de profesionalidad o a otros ajenos a la eficiencia de la empresa, y, además, evitaremos que se acceda al empleo público por tortuosas vías indirectas.

**LA FINANCIACIÓN DE LOS MUNICIPIOS TURÍSTICOS  
DENTRO DE LA LEY REGULADORA DE HACIENDAS  
LOCALES, EL DECRETO 70/2006, DE 21 DE MARZO  
Y LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE  
RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA  
ADMINISTRACIÓN LOCAL**

**Gonzalo Cabrera Sáenz de Cabezón**

*Cuerpo Superior de Administradores de la Junta de Andalucía*

SUMARIO: I. EL ARTÍCULO 125 DE LA LEY REGULADORA DE HACIENDAS LOCALES. II. EL DECRETO 158/2012, DE 28 DE MAYO, DE MUNICIPIO TURÍSTICO, MODIFICADO POR DECRETO 70/2006, DE 21 DE MARZO. III. LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y LA FINANCIACIÓN DE LOS MUNICIPIOS. IV. POSTURA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA APROBANDO LAS RESOLUCIONES CONSECUENCIA DE LA COMUNICACIÓN DEL CONSEJO DE GOBIERNO, 9-14/CCG-000001, SOBRE EL ESTADO DE LA COMUNIDAD. V. COMUNICACIÓN A LA MESA REDONDA SEGUNDA.

**I. EL ARTÍCULO 125 DE LA LEY REGULADORA DE HACIENDAS  
LOCALES**

De conformidad con lo que dispone el artículo 125 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, son municipios turísticos, a los efectos de financiación y participación en los tributos del Estado los que cumpliendo los ámbitos subjetivos de los artículos 111 y 122 (que sean capitales de provincia, o de comunidad autónoma, que tengan población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes. A estos efectos, se considerará la población resultante de la actualización del Padrón municipal de

habitantes vigente a la entrada en vigor del modelo regulado en la presente sección) cumplan, además, dos condiciones:

- a) Tener una población de derecho superior a 20.000 habitantes.
- b) Que el número de viviendas de segunda residencia supere al número de viviendas principales, de acuerdo con los datos oficiales del último Censo de Edificios y Viviendas.

La participación total de cada uno de los municipios turísticos en los tributos del Estado se determinará con arreglo a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 125, es decir, una vez efectuado el reparto de la participación en los tributos del Estado en la forma dispuesta en el artículo 124 de la Ley de Haciendas Locales. (El 75 por ciento en función del número de habitantes de derecho de cada municipio, según las cifras de población aprobadas por el Gobierno, que figuren en el último Padrón municipal vigente, ponderadas por coeficientes multiplicadores; el 12,5 por ciento en función del esfuerzo fiscal medio de cada municipio obtenido en el segundo ejercicio anterior al de la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente, ponderado por el número de habitantes de derecho y el 12,5 por ciento en función del inverso de la capacidad tributaria en los términos que establezcan las Leyes de Presupuestos Generales del Estado).

La participación individual de cada municipio turístico se reducirá en la cuantía resultante de evolucionar, con el índice definido en el apartado 2 del artículo 123 (participación total para cada ejercicio se determinará aplicando un índice de evolución a la correspondiente al año base), la cuantía de la cesión de la recaudación de los Impuestos sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco calculada en el año base 2004 para dicho municipio. La participación en los tributos del Estado, reducida en la forma descrita en el párrafo anterior, se incrementará en la cuantía calculada de la cesión de la recaudación de los Impuestos sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco que corresponda para el año de que se trate.

A cada uno de los municipios turísticos se le cederá el 2,0454 por ciento de los rendimientos que no hayan sido objeto de cesión a las comunidades autónomas por los Impuestos sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco.

A estos efectos, se entenderá por rendimiento cedido la recaudación líquida imputable a cada municipio por los Impuestos sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco que no hayan sido objeto de cesión a las comunidades autónomas.

Las bases o rendimientos sobre los que se aplicará el porcentaje, así como el alcance y condiciones específicas de la cesión, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en

el apartado 2 del artículo 113 (se entenderá por importe de recaudación líquida en el Impuesto sobre el Valor Añadido, en los Impuestos sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos, y sobre las Labores del Tabaco, el porcentaje no cedido a las comunidades autónomas del conjunto de ingresos líquidos de la Hacienda estatal por los conceptos que integran cada uno de dichos impuestos, con criterio de caja, obtenidos una vez descontadas de la recaudación bruta las devoluciones y las transferencias o ajustes, positivos o negativos, establecidas en el concierto y convenio con las haciendas forales del País Vasco y Navarra, respectivamente) y el artículo 117, respectivamente (Se cede a cada uno de los municipios incluidos en el ámbito subjetivo definido en el artículo 111 el 2,9220 por ciento de los rendimientos no cedidos a las comunidades autónomas de los Impuestos sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas).

A los municipios turísticos les será de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 112 (Los municipios no podrán asumir, en ningún caso, competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cuyo rendimiento se les cede, así como tampoco en materia de revisión de los actos dictados en vía de gestión de dichos tributos, cuya titularidad y ejercicio corresponderá exclusivamente al Estado).

Una vez efectuado el reparto de la participación en los tributos del Estado en la forma dispuesta en el apartado 1 del artículo 124, la participación individual de cada municipio turístico se reducirá en la cuantía resultante de evolucionar, con el índice definido en el apartado 2 del artículo 123, la cuantía de la cesión de la recaudación de los Impuestos sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco calculada en el año base 2004 para dicho municipio.

La participación en los tributos del Estado, reducida en la forma descrita en el párrafo anterior, se incrementará en la cuantía calculada de la cesión de la recaudación de los Impuestos sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco que corresponda para el año de que se trate.

## **II. EL DECRETO 158/2012, DE 28 DE MAYO, DE MUNICIPIO TURÍSTICO, MODIFICADO POR DECRETO 70/2006, DE 21 DE MARZO**

El Decreto 70/2006, de 21 de marzo, por el que se modifica el Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico, estableció, siendo más exigente que el anterior, unos nuevos requisitos para la declaración de Municipio Turístico, pudiendo solici-

tar la misma, aquellos cuya población de derecho exceda de cinco mil habitantes y no supere los cien mil, y cumplan alguno de los siguientes requisitos establecidos en el artículo 2.

Es decir:

- a) Que, de acuerdo con los datos oficiales elaborados por la Consejería competente en materia de Turismo, el número de pernoctaciones diarias en media anual (pernoctaciones/365) en los establecimientos de alojamiento turístico, de acuerdo a la clasificación que de éstos efectúa el artículo 36.1 de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, sea superior al diez por ciento de la vecindad del municipio, según la cifra del padrón municipal declarada oficial en el momento de la solicitud, o que se alcance este porcentaje durante al menos tres meses al año, computándose para ello la media diaria mensual (pernoctaciones de cada mes/30).
- b) Que el número de visitantes sea al menos cinco veces superior al de vecinos, repartidos los primeros en al menos más de treinta días al año. Para ello se acreditará el número de visitantes diarios mediante el conteo de las visitas diarias a los recursos turísticos del municipio.

A los efectos del presente Decreto, se considera visitante a la persona que se desplaza a un lugar distinto al de su entorno habitual sin alojarse en ningún establecimiento turístico, no siendo el motivo principal del viaje el ejercicio de una actividad remunerada en el lugar visitado.

De acuerdo, con el artículo 3 de dicho texto legal, para la declaración de Municipio Turístico se tendrán en cuenta:

- a) Las inversiones previstas en el presupuesto municipal para la promoción e infraestructuras turísticas.
- b) Las actuaciones municipales en relación a los servicios mínimos que debe prestar el municipio respecto a los vecinos y a la población turística asistida, así como los servicios específicos prestados en materia de salubridad pública e higiene en el medio urbano y natural, transporte público de viajeros, protección civil y seguridad ciudadana, así como otros que sean de especial relevancia turística.
- c) La existencia de un plan turístico municipal que al menos contenga un diagnóstico de la situación turística, así como la propuesta de actuaciones para mejorar la oferta del turismo en el municipio.
- d) La existencia de oficinas de turismo convenientemente señalizadas y equipadas.

- e) La relevancia de los recursos turísticos existentes en el término municipal, con especial atención a los bienes declarados de interés cultural.
- f) La adopción de medidas de defensa y restauración del patrimonio cultural y urbano.
- g) La existencia de Ordenanzas Fiscales y de Medio Ambiente, en las que figuren debidamente recogidas medidas para la preservación de los valores medioambientales.
- h) La ubicación del término municipal, total o parcialmente, en alguno de los espacios naturales protegidos de Andalucía.
- i) La adopción de medidas de protección y recuperación del entorno natural y del paisaje.
- j) La existencia de un planeamiento urbanístico que contemple las dotaciones de espacios libres y otras que cumplan las reservas mínimas previstas por la legislación urbanística, referidas a la población de derecho y a la población turística asistida.
- k) Contar con planes de accesibilidad para la supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de transporte.

Establece el artículo 14 del citado Decreto que “Para compensar el mayor esfuerzo económico adicional que realiza el Municipio Turístico en la prestación de los servicios, motivado por el carácter turístico del mismo, y con independencia del régimen financiero previsto para los municipios considerados como turísticos por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, la Administración de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte y demás Consejerías que suscriban los convenios, estará obligada a considerarlo en las acciones de ordenación y fomento de sus planes económicos sectoriales, tomando como elemento de cuantificación la población turística asistida, sin perjuicio de lo establecido en la legislación general de subvenciones”.

Por su parte, el artículo 15, los municipios deberán llevar a cabo actuaciones dirigidas a potenciar y mejorar las actuaciones y servicios previstos en el artículo 3 del presente Decreto como elemento de valoración para la declaración de Municipio Turístico.

Por su parte, sin perjuicio del artículo 16, el artículo 15 establece que los convenios a realizar, deberán incluir, en su caso, los servicios a prestar por los municipios.

Debemos de concluir que el Decreto 70/2006, de 21 de marzo, por el que se modifica el Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico, en el marco de la

Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, en su artículo 6, crea, para los municipios de hasta 100.000 habitantes, la figura del Municipio Turístico con la finalidad esencial de fomentar la calidad en la prestación de los servicios municipales al conjunto de la población turística asistida, mediante una acción concertada de fomento entre la Administración autonómica y los municipios declarados, siendo con independencia del régimen financiero previsto para los municipios considerados como turísticos por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, una forma de financiación extra, articulada por Convenios, por la cual la Administración de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Turismo y Comercio y demás Consejerías estará obligada a considerarlo en las acciones de ordenación y fomento de sus planes económicos sectoriales, tomando como elemento de cuantificación la población turística asistida, sin perjuicio de lo establecido en la legislación general de subvenciones.

### **III. LA LEY 27/2013, DE 27 DE DICIEMBRE, DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y LA FINANCIACIÓN DE LOS MUNICIPIOS**

La LRSAL modifica el artículo 2.1 de la Ley de Bases de Régimen Local y establece que:

“Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios”, entre otras cuestiones “su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

La LRSAL establece una nueva redacción del artículo 25 de la Ley de Bases y establece que:

“El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal” y “ejercerá en todo caso como competencias propias”.

- a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.
- b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.
- c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.
- e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.
- f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.
- g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.
- h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.
- i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.
- j) Protección de la salubridad pública.
- k) Cementerios y actividades funerarias.
- l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.
- m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales.
- n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.
- ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Para las competencias municipales en las materias enunciadas en ese artículo la LRSAL se remite a una ley futura que las determinarán debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera.

El artículo 26 reformado, establece unas competencias en función de la población, de carácter obligatorio y el artículo 27 unas competencias delegadas.

Por su parte, el artículo 55 establece “el principio de lealtad institucional” y el artículo 57 que “La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban”.

Por su parte, el artículo 86 establece que las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias y una reserva en el artículo 86.2 de actividades y servicios.

Por su parte, el artículo 116.bis establece cuestiones relativas a la estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera y el artículo 116.ter cuestiones relativas al coste efectivo de los servicios que tendrá en cuenta los costes reales directos e indirectos de los servicios conforme a los datos de ejecución de gastos establecidos por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas que desarrollarán estos criterios de cálculo y que hasta la fecha no se ha publicado.

Finalmente, la disposición adicional novena de la LRSAL establece que los Convenios sobre ejercicio de competencias y servicios municipales ya suscritos, en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, 31 de diciembre de 2014, que lleven aparejada cualquier tipo de financiación destinada a sufragar el ejercicio por parte de éstas últimas de competencias delegadas o competencias distintas a las enumeradas en los artículos 25 y 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, deberán adaptarse a lo previsto en esta Ley a 31 de diciembre de 2014. Transcurrido este plazo sin haberse adaptado quedarán sin efecto.

#### **IV. POSTURA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA APROBANDO LAS RESOLUCIONES CONSECUENCIA DE LA COMUNICACIÓN DEL CONSEJO DE GOBIERNO, 9-14/CCG-000001, SOBRE EL ESTADO DE LA COMUNIDAD**

El Pleno del Parlamento de Andalucía, el día 18 de septiembre de 2014, en el transcurso de la sesión celebrada los días 17 y 18 de 2014, acordó en el punto 8.º instar al Consejo de Gobierno para a su vez instar al Gobierno Central a revisar los requisitos contemplados en el artículo 125 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, con el fin de que se amplíen las posibilidades de financiación recogidas en dicha norma a los municipios turísticos declarados como tal, conforme al Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico, modificado por el Decreto 70/2006, de 21 de marzo.

#### **V. COMUNICACIÓN A LA MESA REDONDA SEGUNDA**

- 1.º Planteo a la mesa, considerando que la petición del Parlamento, sin establecer el alcance y los motivos, se limita a solicitar una reforma del artículo 125 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales en temas de financiación con el fin de que se amplíen las posibilidades de financiación recogidas en dicha norma a los municipios turísticos declarados como tal, conforme al Decreto 158/2002, de 28 de mayo, de Municipio Turístico, modificado por el Decreto 70/2006, de 21 de marzo y considerando que este artículo 125 establece una financiación de los municipios turísticos en el marco de dicho artículo y dentro la participación en los tributos del Estado, en qué sentido podríamos plantearnos una reforma, dentro de la financiación extra que supone el Decreto 70/2006, de 21 de marzo.
- 2.º Como segunda cuestión, el que suscribe se cuestiona y traslada a la mesa hasta que punto, la disposición adicional novena de la LRSAL puede afectar a los Convenios ya suscritos de financiación extra, en el marco del artículo 14 del Decreto 70/2006, de 21 de marzo.
- 3.º Finalmente, traslado a la mesa, cómo podríamos poner en relación, el artículo 116.bis y 116.ter de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en relación a la financiación extra establecida por el Decreto 70/2006, de 21 de marzo, sobre todo en cuanto a los costes efectivos de los servicios.



## **LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA SOBRE EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LOS MUNICIPIOS**

**Francisco Toscano Gil**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo  
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla*

SUMARIO: I. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LOS MUNICIPIOS. II. LAS COMPETENCIAS PROPIAS. 1. La nueva configuración del artículo 25.2 LBRL. 2. Los requisitos para la determinación de competencias municipales propias. III. LAS COMPETENCIAS DELEGADAS. 1. La regulación de la delegación de competencias común a todas las entidades locales. 2. La regulación de la delegación de competencias a los municipios. 2.1. Fines y requisitos de la delegación. 2.2. Objeto de la delegación. 2.3. Garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas. 2.4. Ejercicio y control de la delegación. 2.5. Revocación o renuncia a la delegación. IV. LAS COMPETENCIAS DISTINTAS DE LAS PROPIAS Y DE LAS ATRIBUIDAS POR DELEGACIÓN.

### **I. LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA COMO JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LOS MUNICIPIOS**

Entre los objetivos que persigue expresamente la reforma del régimen local básico llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), se sitúa, en primer lugar, según la Exposición de Motivos de la misma, el de “clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «Una Administración una competencia»”.

Como el resto de los objetivos que se enuncian en el texto legal, éste también encuentra su justificación, según la letra del mismo, en la necesidad de “adaptar algunos aspectos de [...] funcionamiento de la Administración local” a la reforma del artículo 135 de la Constitución Española (en adelante CE) que tuvo lugar a finales del 2011, así como a la ley de desarrollo de este precepto, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante LOEPSF). Por tanto, con esta clarificación del régimen de las competencias municipales, y la consiguiente supresión de duplicidades que resulte de la misma, lo que se pretende es contribuir al recto cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, o eficiencia en el uso de los recursos locales.

La Exposición de Motivos de la LRSAL denuncia la existencia de “problemas de solapamientos competenciales entre Administraciones”, culpa, según señala, del modelo competencial diseñado, hace casi 30 años, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL). Entre las “disfuncionalidades” de este modelo competencial se encuentran, no sólo las duplicidades competenciales o en la prestación de servicios, sino también “que los Ayuntamientos presten servicios sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello, dando lugar al ejercicio de competencias que no tienen legalmente atribuidas ni delegadas y a la duplicidad de competencias entre Administraciones”. Este segundo problema, que se suma al de las duplicidades administrativas, es el de las conocidas como competencias impropias, que en el texto legal reciben la denominación de “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación” (artículo 7.4 LBRL), para cumplir con las sugerencias del Dictamen del Consejo de Estado de 26 de junio de 2013.

El sistema de competencias municipales diseñado por la LBRL en 1985, siempre según la Exposición de Motivos, “se configura en la praxis como un modelo excesivamente complejo”, lo que tiene consecuencias en dos planos diferentes. Por un lado, este sistema “hace que se difumine la responsabilidad de los gobiernos locales en su ejercicio y se confunda con los ámbitos competenciales propios de otras Administraciones Públicas, generando, en no pocas ocasiones, el desconcierto de los ciudadanos que desconocen cuál es la Administración responsable de los servicios públicos”. En este primer plano, está presente, principalmente, el problema de las duplicidades administrativas. En un segundo plano, es el problema de las competencias impropias, o distintas, pero también el de las duplicidades, el que da la cara. Se acusa, así, la “estrecha vinculación entre la disfuncionalidad del modelo competencial y las haciendas locales”. Esto es, un modelo de competencias ejercidas sin título competencial específico, y sin recursos económicos para ello, se dice, no es un modelo financieramente sostenible, y, por tanto, contrario a los principios enunciados en la LOEPSF, así como al artículo 135 de la CE.

El legislador estatal esgrime como títulos competenciales para acometer esta reforma, amparándose en la jurisprudencia constitucional vertida en la STC 233/1999, los contenidos en los artículos 149.1.14.<sup>a</sup> (Hacienda General y Deuda del Estado) y 149.1.18.<sup>a</sup> (Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas) de la CE, lo que justifica, en parte, en la finalidad de salvaguardar la “suficiencia financiera de las Haciendas locales garantizada por el artículo 142 de la Constitución, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los artículos 137, 140 y 141 de la Constitución”.

Acorde a estos títulos competenciales, el Estado busca “definir con precisión las competencias que deben ser desarrolladas por la Administración local, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas. En este sentido, se enumera un listado de materias en que los municipios han de ejercer, en todo caso, competencias propias, estableciéndose una reserva formal de ley para su determinación, así como una serie de garantías para su concreción y ejercicio. Las entidades locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Por tanto, solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública”.

También para cumplir, en parte, con el principio de sostenibilidad financiera, se dice, en el siguiente párrafo, que “la delegación de competencias estatales o autonómicas en los Municipios debe ir acompañada de la correspondiente dotación presupuestaria, su duración no será inferior a los 5 años y la Administración que delega se reservará los mecanismos de control precisos para asegurar la adecuada prestación del servicio delegado”.

Sin perjuicio de un análisis más detallado, que haremos en las páginas siguientes, lo cierto es que, de la lectura de los párrafos de la Exposición de Motivos de la LRSAL que acabamos de transcribir, pueden extraerse ya algunas conclusiones acerca del nuevo modelo competencial de los municipios españoles, que podemos estructurar en torno a los tres tipos de competencias municipales que se reconocen en la misma:

- La clarificación de las competencias municipales exige distinguir con precisión qué competencias son municipales y cuáles estatales y autonómicas, lo que evitaría las duplicidades competenciales, y haría efectivo el principio “Una Administración una competencia”. Esta clarificación pasa por la redefinición o reelaboración del listado de materias del artículo 25.2 LBRL, en las que el legislador sectorial ha de atribuir competencias propias a los municipios. El nuevo listado debe permitir diferenciar con precisión cuáles son las competencias municipales,

para que así no se confundan, incurriendo en duplicidad, con las de otras Administraciones Públicas. Y, ello sólo es posible, conforme al planteamiento de la Ley, si las competencias municipales propias parten en todo caso de dicho listado. Más adelante volveremos sobre este tema, que plantea no pocos problemas.

- El segundo género de competencias municipales, junto a las competencias propias, que sería el primero, es el de las competencias atribuidas por delegación o competencias delegadas. A diferencia de las propias, las competencias delegadas no son competencias de los municipios, sino del Estado o de la Comunidad Autónoma, que se las atribuye por delegación, para asegurar la adecuada prestación de un servicio. Dicha delegación ha de ser ahora sostenible financieramente, acompañada, pues, de dotación presupuestaria, y debe gozar de cierta estabilidad, al menos 5 años.
- La LRSAL introduce como novedad un tercer género de competencias municipales, que, hasta la fecha no se encontraban recogidas expresamente en la LBRL, y que llama competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, siguiendo la recomendación del Consejo de Estado. Se trata, pues, de las que, en los primeros borradores y en el anteproyecto eran denominadas competencias impropias. Pese a que en la Exposición de Motivos aparecían como una de las disfuncionalidades del modelo competencial, por ejercerse sin título competencial específico y sin recursos adecuados, lo cierto es que la Ley no las proscribió, sino que, antes al contrario, las consagra legalmente. Si bien, las sujeta a una doble condicionalidad. Sólo podrán ejercerse cuando no supongan un riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, y no se incurra en una duplicidad de servicios entre Administraciones Públicas.

Puede decirse que este tercer tipo de competencias tiene carácter residual o secundario, con respecto del resto de competencias municipales establecidas por la Ley. Por un lado, porque se definen en relación a estas otras, siendo las que no son ni propias ni delegadas. Por otro lado, por el tratamiento que se les da en el artículo 7 LBRL, en su nueva redacción. Éste es el precepto que dedica el Título Primero de la LBRL, “Disposiciones generales”, a las competencias locales. Y, en su apartado 1, se dice que “las competencias de las entidades locales son propias o atribuidas por delegación”, sin mención alguna a este tercer tipo de competencias. Es cierto que sí se contemplan en el apartado 4, donde se define su régimen jurídico básico, pero se hace de forma residual o secundaria, sólo después de haber atendido las competencias propias y las delegadas, como algo que podría estar ahí, o no estar.

También vertebró el régimen de las competencias municipales, dentro de estas Disposiciones generales, el artículo 2 de la LBRL, que establece los criterios que ha de seguir el legislador sectorial a la hora de atribuir competencias a las entidades

locales. En la versión anterior a la reforma, estos criterios eran “las características de la actividad pública de que se trate”, “la capacidad de gestión de la entidad local”, y “los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”. Con la nueva redacción llevada a cabo por la LRSAL, se introducen los principios de “eficacia y eficiencia”, y la “estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, y se sustituye el principio “de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos”, por el principio de “proximidad”.

Respecto de lo primero, resulta coherente con el fundamento de la reforma, que vincula el nuevo sistema de competencias municipales a los principios derivados de la LOEPSF y del artículo 135 CE. En lo que hace a lo segundo, se trata de una reformulación del mismo principio, que posiblemente obedezca a la recuperación del mismo, suprimido en los primeros borradores.

## II. LAS COMPETENCIAS PROPIAS

La regulación de las competencias propias que la LBRL hacía en su artículo 7 no sufre modificación, más allá de una mejora sistemática, que no altera para nada su contenido. Se le dedica ahora un único apartado, el 2, en el que se sigue diciendo lo que antes se decía en los apartados 1 (segundo párrafo) y 2: “Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás entidades locales territoriales solo podrán ser determinadas por ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas”. Nada de esto es nuevo, sólo cambia la ubicación dentro del precepto. Las novedades van a venir de la mano de su regulación en el artículo 25 LBRL.

El artículo 25 LBRL constaba, hasta la reforma, de tres apartados. Tras la LRSAL se estructura en cinco. Dejamos para más adelante, cuando estudiemos las competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, el análisis de la cláusula del artículo 25.1, y pasamos ahora a referirnos a la nueva redacción de los apartados 2 y 3, así como los nuevos apartados 4 y 5.

### 1. La nueva configuración del artículo 25.2 LBRL.

El artículo 25.2 LBRL realiza una redefinición, a la baja, del listado de materias en las que el legislador sectorial debe atribuir competencias a los municipios, con el propósito de disminuir el elenco competencial de éstos. Esta redefinición consiste,

en la mayor parte de los casos, en acotar las materias, y, en su caso, potestades, que contenía el precepto, en algunas ocasiones, suprimiéndolas directamente. También se añade alguna materia nueva que no se recogía expresamente, al menos en este listado, como de interés municipal, aunque con escasa trascendencia, según pensamos.

En coherencia con el carácter restrictivo que adopta, en la nueva redacción que le da la reforma, este precepto, los apartados 3, 4 y 5 del mismo, vinculan la atribución de competencias propias a criterios derivados de la aplicación de los principios de la LOEPSF, así como a la idea fuerza de la eliminación, o no creación en este caso, de una duplicidad.

Todo esto que aquí estamos diciendo no tendría la mayor trascendencia, si el recto entendimiento del artículo 25.2 LBRL siguiera siendo, como hasta ahora, el de garantizar un mínimo de materias en las que Estado y Comunidades Autónomas deben atribuir competencias a los municipios. Simplemente, de esa redefinición a la baja, resultaría una disminución del mínimo de autonomía local garantizado por el legislador básico estatal, sin que por ello el legislador sectorial pudiera dejar de atribuir competencias, más allá del mínimo garantizado. Pero no parece ser eso lo que pretende la LRSAL, que en una concepción distinta de lo que hasta el momento habíamos entendido, parece querer erigirse en límite o techo, no ya suelo, de la acción del legislador sectorial estatal o autonómico, marcando un máximo a la atribución de competencias municipales. Desde esta nueva perspectiva, que ha sido avalada por el Consejo de Estado en el Dictamen ya citado, una redefinición a la baja de las materias del artículo 25.2 LBRL supone una disminución de las competencias propias municipales.

Esta nueva lectura del artículo 25.2 LBRL es coherente con la pretensión homogeneizadora de la LRSAL, así como con su propósito de clarificar las competencias municipales, que el Estado sólo puede alcanzar si el elenco de competencias propias resulta limitado por la LBRL, lo que, hasta este momento, no era así. La configuración de las competencias propias ha cambiado, éstas no son ya las que atribuya el legislador sectorial a los municipios en régimen de autonomía partiendo, o no, del mínimo establecido por el artículo 25.2 LBRL, sino las que atribuya, sí, en régimen de autonomía, pero dentro del techo establecido por el nuevo artículo 25.2 LBRL, sin salirse de éste.

Las excepciones establecidas por la LRSAL para el País Vasco y Navarra, confirman este planteamiento, al permitir que tanto las instituciones vascas como la Comunidad Foral de Navarra puedan, dentro de sus respectivos ámbitos competenciales, atribuir competencias como propias a los municipios de sus respectivos territorios, “con sujeción, en todo caso, a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local”. Por tanto, si el

legislador estatal ha entendido necesario pronunciarse expresamente sobre algo que, hasta la entrada en vigor de esta Ley, habríamos pensado que era obvio, que un legislador autonómico, en el ámbito de sus competencias, puede atribuir competencias propias a sus municipios, ello es porque, entiende que, a partir de este momento, en el resto de los municipios españoles, las competencias municipales propias las define el Estado.

La principal objeción de fondo que pudiera hacerse a esta tesis, que el legislador básico estatal no puede disponer sobre todo el listado de materias del artículo 25.2 LBRL, porque muchas de ellas son de competencia autonómica, se desactiva cuando se comprueba que en las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera, y en la disposición adicional decimoquinta, el Estado dispone de competencias autonómicas sin reparo alguno.

Con esto no estamos diciendo que estemos de acuerdo con este planteamiento del legislador estatal, ni que avalemos su constitucionalidad, puesto que nos parece contrario a lo que entendemos que es el orden constitucional de competencias. En nuestra opinión, en esta LRSAL hay un uso excesivo, e inadecuado, de las bases como título competencial, y tiempo tendrá, posiblemente mucho, el Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre ello. Por tanto, lo que aquí estamos defendiendo es que ésta es la tesis en la que se basa el legislador, plenamente consciente de ello, y siendo coherente con los fines que persigue.

Por otra parte, debemos apuntar que, pese al carácter limitativo y restrictivo del nuevo artículo 25.2 LBRL, la reforma introduce una novedad en garantía de la autonomía municipal que no existía en la versión previa a la LRSAL, y que, por tanto, debe ser valorada positivamente. El artículo ahora establece que, las competencias que se atribuyan en estas materias, lo serán a título de competencias “propias”, lo que, como decimos, no se indicaba antes, y permitía el juego de la atribución de competencias delegadas, o de mera participación, en estas materias.

## **2. Los requisitos para la determinación de competencias municipales propias.**

La nueva redacción del artículo 25.3 LBRL, si bien mantiene la disposición que exige que las competencias que se atribuyan en las materias del apartado 2 se determinen por norma con rango de ley, incorpora ahora expresamente a texto del mismo los criterios condicionantes de esa atribución. La atribución por ley de competencias municipales propias se debe hacer, según la nueva formulación de este precepto, evaluando previamente “la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera”.

De este artículo, llama la atención, en primer lugar, la impropiedad de limitar los criterios de atribución de competencias municipales a la implantación de servicios locales, como si toda competencia municipal se redujera a éstos, y cuando, en puridad, conforme al artículo 2.1 LBRL, estos criterios lo son de la atribución de toda competencia municipal. Pero también resulta llamativo que se enuncien estos criterios, por reiterativo de lo dispuesto en el artículo 2.1 LBRL, así como que sólo se enuncien éstos, cuando no son los únicos a tener en cuenta conforme al precepto citado. Se dejan fuera “las características de la actividad pública de que se trate”, “la capacidad de gestión de la entidad local”, y el principio de “proximidad”. Posiblemente, porque al legislador sólo le interesa incidir en los que se derivan, directamente, de la LOEPSF.

El apartado 4 del artículo 25 LBRL abunda en lo que acabamos de apuntar, al exigir, como requisitos del procedimiento de elaboración de la ley que atribuya la competencia, “una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad”. A tal fin, “la ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las entidades locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas”. Cuando se trate de una ley que atribuya una competencia en una materia de un sector de actividad estatal, se exige que el proyecto de ley se acompañe “de un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en el que se acrediten los criterios antes señalados”.

Por último, como requisito, en principio, no ya procedimental, sino, parece ser, que sustantivo o de contenido, el nuevo artículo 25.5 LBRL establece que la ley atributiva de la competencia municipal, deberá garantizar “que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública”. Esto es, que de la atribución legal de la nueva competencia municipal no resulte una duplicidad. La redacción del precepto es confusa, se mire como se mire, y plantea algunos problemas.

En primer lugar, no queda claro cómo se puede garantizar realmente esta exigencia legal, si se debe hacer formulándose en estos términos en la ley de atribución, lo que supondría que estamos ante un requisito de contenido de ésta, un mero formalismo que no tiene mucho sentido y no garantiza nada. Más sentido tendría que tal requisito se garantizara durante el procedimiento de elaboración de la nueva ley, aunque en ese caso el precepto debería haber sido más claro y pronunciarse en esos términos, como lo hace, por ejemplo, en el apartado 4.

Pero no es sólo la forma de garantizar el cumplimiento de este requisito lo que produce problemas, sino que, también, en segundo lugar, no está claro qué se quiere que se garantice. Aunque, de forma bastante tajante, hemos dicho, al principio, que

lo que se busca es que de la atribución legal de la nueva competencia municipal no resulte una duplicidad, lo cierto es que no es esto lo que dice el texto, siendo así que lo que exige es que no se produzca “una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública”. Si las posibles atribuciones de competencias a las Administraciones Públicas se agotaran siempre en el texto de una única ley, no estaríamos ante el problema que la LRSAL pretende solventar, siendo así que, tratándose de materias compartidas, lo normal es que, de producirse duplicidades, éstas vengan de la acción de legisladores distintos. Difícilmente un legislador presente podrá controlar las duplicidades que se generen por la acción de un legislador futuro. Es verdad que el precepto pone coto únicamente a la “atribución simultánea”, pero, entonces, ¿Qué lógica tiene establecer una limitación que puede enervarse fácilmente por una acción futura?

### III. LAS COMPETENCIAS DELEGADAS

Como ya se ha apuntado al principio de estas páginas, la LBRL sigue distinguiendo en su artículo 7.1 entre las competencias propias y las atribuidas por delegación, o competencias delegadas. Si bien, en lo que hace a estas últimas, que son el objeto de este epígrafe, se establece ahora un nuevo régimen jurídico, que ya se avanza en la regulación establecida en el artículo 7.3 para todas las entidades locales, desarrollada para los municipios en el nuevo artículo 27, que pasa de tener 4 a 8 apartados, tras la reforma.

#### 1. La regulación de la delegación de competencias común a todas las entidades locales.

La nueva redacción del artículo 7.3 LBRL restringe el ámbito subjetivo de la delegación, en cuanto reduce las posibles entidades delegantes, al precisar, lo que no se decía antes en el texto, que “el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en las Entidades Locales el ejercicio de sus competencias”. Supone, como decimos, una limitación respecto del anterior artículo 7.3 que no hacía indicación alguna al respecto, coherente con el nuevo artículo 27.1 LBRL, que, elimina la posibilidad de que “otras entidades locales” deleguen competencias en los municipios, ahora sólo Estado y Comunidades Autónomas. No aporta novedad alguna respecto de la Provincia, que ya tenía limitada la delegación, en términos aún más restrictivos, a Estado y Comunidades Autónomas, en el artículo 37 LBRL, que no se toca por la reforma, y que, en cualquier caso, remite al artículo 27 en lo relativo al “ejercicio por las Diputaciones de las facultades delegadas”.

Continuando con la nueva formulación del artículo 7.3 LBRL, debe reseñarse otra novedad, las competencias delegadas no se ejercen ya “en los términos de la delegación”, como decía la versión anterior del precepto, sino “en los términos establecidos en la disposición o en el acuerdo de delegación, según corresponda, con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27”. De esta forma, la delegación de competencias en las entidades locales puede realizarse tanto por acto administrativo (acuerdo de delegación) como por norma jurídica (disposición). Lo que ya se decía en el artículo 27.1 LBRL en su redacción anterior, en la que había una referencia a “la disposición o el acuerdo de delegación”, pero sólo para los municipios. Por tanto, lo único que hace el nuevo artículo 7.3 LBRL es ampliar esta posibilidad a toda entidad local.

Por lo demás, el artículo 7.3 LBRL mantiene la referencia a las “técnicas de dirección y control de oportunidad” que “puede prever” la delegación, si bien, ahora en términos imperativos, “preverán”, como una opción cerrada por el legislador al artífice de la delegación. A su vez, se añade al control de oportunidad el de “eficiencia”, acorde al espíritu de la reforma. En cualquier caso, la previsión de técnicas de control de oportunidad sobre las competencias delegadas, es respetuosa con la Carta Europea de la Autonomía Local, que lo permite en su artículo 8.2, así como con nuestra jurisprudencia constitucional.

Menos respetuosa resulta, sin embargo, la supresión de la disposición que establecía el texto anterior, según la cual, estas técnicas habían de respetar en todo caso “la potestad de autoorganización de los servicios de la Entidad local”. Debe recordarse que el artículo 4.5 de la Carta Europea de la Autonomía Local exige que, “en caso de delegación de poderes por una autoridad central o regional, las Entidades locales deben disfrutar en lo posible de la libertad de adaptar su ejercicio a las condiciones locales”. Por tanto, aunque ciertas limitaciones a la potestad de autoorganización son admisibles, no lo es el establecimiento de limitaciones que no dejen ninguna libertad al ejercicio de dicha potestad, y así es como debe entenderse el precepto que aquí comentamos. Una interpretación que planteara que, de la supresión de la cláusula citada, resulta ahora la posibilidad de no respetar la potestad de autoorganización local, no sería una interpretación conforme a la Carta Europea de la Autonomía Local.

## **2. La regulación de la delegación de competencias a los municipios.**

### **2.1. Fines y requisitos de la delegación.**

La finalidad de la delegación debe ser “mejorar la eficiencia de la gestión pública”, no ya la “eficacia”, como en la versión anterior del texto legal, así como “contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”. Se elimina como fin de la delegación el

de que con ella “se alcance una mayor participación ciudadana”. Ciertamente, no puede decirse que estas previsiones no sean acordes al espíritu de la reforma. Para asegurarse de que la delegación cumple con sus nuevos fines, se exige que vaya acompañada de una memoria económica justificativa.

Como requisitos de la disposición o acuerdo de delegación, se establecen los que siguen:

- Que determine “el alcance, contenido, condiciones y duración” de la delegación. Nada nuevo con respecto al texto anterior, salvo por la indicación de que esta duración “no podrá ser inferior a cinco años”, lo que puede tener cierto sentido en términos de estabilidad, no sólo presupuestaria.
- Que determine el consiguiente “control de eficiencia que se reserve la Administración delegante”, poniéndose el acento en esta vertiente del control, frente a la redacción previa del precepto.
- Que determine “los medios personales, materiales y económicos”, que asigne la delegación, “sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas”, previsión esta última que es nueva, y que obedece, obvio es, a criterios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Constituye también una novedad la garantía que para el cumplimiento de estos requisitos se establece en el artículo 27.6 LBRL, de que la delegación vaya “acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación”. Aunque en la redacción anterior del artículo 27 ya se contemplaba la exigencia de que ésta fuera “acompañada necesariamente de la dotación o el incremento de medios económicos para desempeñarlos”, ésta sólo operaba para las delegaciones que se llevaran a cabo por ley, esto es, que se impusieran forzosamente al municipio. Ahora, tras la reforma, esta exigencia debe operar en todo caso.
- Que si la delegación lo es de “una o varias competencias comunes” a “dos o más municipios de la misma provincia” (artículo 27.2), o de alguna de las competencias listadas en el artículo 27.3, se realice “siguiendo criterios homogéneos”. En estos casos, es la idea de la racionalización la que parece imperar, ante delegaciones que, en principio, no se conciben como singulares, sino a una generalidad o pluralidad de municipios.

Como requisito, no ya de la validez de la disposición o acuerdo de delegación, sino de “efectividad” (o eficacia) de la misma, se requiere la “aceptación por el Municipio interesado” (artículo 27.6). Entendemos, pues, que aunque la delegación se llevara

a cabo por disposición, y aunque dicha disposición fuera una norma con rango de ley, no podría imponerse al municipio, so pena de ser contraria a este nuevo artículo 27.6 LBRL. Piénsese que estamos ante un precepto que constituye una norma estatal básica, garantizadora, en este punto, de la autonomía del municipio para aceptar la delegación, por lo que una ley que no respetara este precepto, incurriría en inconstitucionalidad por infracción del orden constitucional de competencias. Por otra parte, la redacción del nuevo artículo elimina el requisito de contar con consulta e informe previo de la Comunidad Autónoma.

## 2.2. Objeto de la delegación.

Se suprime la referencia a que la delegación se produce en materias que afecten a los intereses propios de los municipios, lo que va en consonancia con la propia naturaleza de la competencia delegada, puesto que si fuera materia de interés municipal, debería atribuirse realmente como competencia propia. Por lo demás, las competencias objeto de delegación serán, lógicamente, competencias estatales o autonómicas, y así se dice expresamente en el artículo 27.1 LBRL, sin que, en principio, se prevean limitaciones al respecto, salvando las que pudiera establecer una norma con rango de ley.

Pese a este carácter abierto, no limitativo, del objeto de la delegación, la LBRL contempla expresamente, en su artículo 27.3, un listado de competencias que la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar en los municipios. Si bien, condiciona la delegación a una serie de fines específicos, que guardan, en parte, relación con los que hemos visto en el epígrafe anterior. Así, pues, estas delegaciones específicas de competencias, deberán llevarse a cabo “con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos”.

## 2.3. Garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas.

Después de establecer la exigencia de financiación y dotación presupuestaria adecuada y suficiente, a la que nos hemos referido en el primer epígrafe, el artículo 27.6 LBRL añade, a mayor abundamiento, que “el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la entidad local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que ésta tenga con aquélla”. Resulta sorprendente que sea el Estado el que establezca esta nueva garantía, y que lo haga sólo frente al incumplimiento por las Comunidades Autónomas, como si él mismo estuviera fuera de toda sospecha cuando atribuyera competencias por delegación.

Esta garantía se desarrolla en el nuevo artículo 57.bis LBRL, bajo la rúbrica “garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas”. En este precepto se dispone, en su apartado 1, que, “si las Comunidades Autónomas delegan competencias [...] que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago [...], será necesario que éstas incluyan una cláusula de garantía del cumplimiento de estos compromisos consistente en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación. La citada cláusula deberá establecer, en todo caso, los plazos para la realización de los pagos comprometidos, para la reclamación por parte de la entidad local en caso de incumplimiento por parte de la Comunidad Autónoma de la obligación que hubiere contraído y para la comunicación a la Administración General del Estado de haberse producido dicho incumplimiento, teniendo en cuenta el plazo que, en su caso, se pueda establecer mediante la Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere el apartado 3 de este artículo. Para la aplicación de esta cláusula no será precisa la autorización previa a la que hace referencia la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013”.

Sigue el precepto, en su apartado 2, “los acuerdos de delegación de competencias [...] que, a la entrada en vigor de la presente norma, hayan sido objeto de prórroga, expresa o tácita, por tiempo determinado, sólo podrán volver a prorrogarse en el caso de que se incluyan en los mismos la cláusula de garantía a la que hace referencia el apartado anterior. Esta norma será de aplicación a aquellos acuerdos que se puedan prorrogar, expresa o tácitamente, por vez primera con posterioridad a la citada entrada en vigor”.

Y, para finalizar, en su apartado 3, “el procedimiento para la aplicación de las retenciones mencionadas en el apartado 1 anterior y la correspondiente puesta a disposición a favor de las entidades locales de los fondos retenidos a las Comunidades Autónomas se regulará mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013”.

#### 2.4. Ejercicio y control de la delegación.

“Las competencias delegadas se ejercen con arreglo a la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas”, según resulta literalmente del nuevo artículo 27.8 LBRL, que viene del viejo artículo 27.4 LBRL, si bien, suprimiendo la referencia que antes se hacía en el mismo al ejercicio de la delegación, en su caso, conforme a “la reglamentación aprobada por la Entidad local delegante”. Esta supresión tiene su razón de ser en que ni el artículo 7.3 ni el 27.1 contemplan ya la posibilidad de que otras entidades locales deleguen competencias en el municipio.

En lo que hace al control de la delegación por la Administración delegante, el artículo 27.4 dispone, en términos muy parecidos al anterior 27.2, sin que se aprecien cambios sustantivos, que ésta, “para dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados”, podrá “dictar instrucciones técnicas de carácter general y recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal, así como enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas”. También forman parte de las medidas de control propias de una competencia delegada, y en tal sentido se prevé en el mismo precepto, que los actos del municipio (se entiende que los de ejercicio de la competencia delegada) puedan “ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante”.

En los casos en que la delegación hubiera sido la de “una o varias competencias comunes” a “dos o más municipios de la misma provincia” que prevé el artículo 27.2, se contempla que la Administración delegante pueda “solicitar la asistencia de las Diputaciones provinciales o entidades equivalentes para la coordinación y seguimiento” de la delegación.

## 2.5. Revocación o renuncia a la delegación.

El artículo 27.7 LBRL remite a la disposición o acuerdo de delegación para que establezca las causas de revocación (por el ente delegante) o renuncia (del municipio) a la delegación. La renuncia debe adoptarse, en todo caso, mediante acuerdo del Pleno.

Pese a la remisión a la disposición o acuerdo de delegación, la propia Ley prevé dos causas específicas de renuncia:

- El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante.
- Que, por circunstancias sobrevenidas, se justifique suficientemente la imposibilidad de desempeño de las competencias delegadas por el municipio, sin menoscabo del ejercicio de sus competencias propias.

También se contempla expresamente una causa de revocación, pero en el artículo 27.4 LBRL, para el “caso de incumplimiento de las directrices, denegación de las informaciones solicitadas, o inobservancia de los requerimientos formulados”, esto es, cuando el municipio no responda ante el ejercicio de tales técnicas legítimas de control por el ente delegante. En estos casos, éste puede “revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del Municipio”.

#### **IV. LAS COMPETENCIAS DISTINTAS DE LAS PROPIAS Y DE LAS ATRIBUIDAS POR DELEGACIÓN**

Como ya exponíamos en las primeras páginas de este trabajo, uno de los objetivos de la LRSAL, según su Exposición de Motivos, es solucionar el problema de las competencias impropias, ahora, tras el correctivo del Consejo de Estado, llamadas “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”. La LRSAL entiende por tales aquellas competencias que se ejercen por los municipios “sin un título competencial específico que les habilite y sin contar con los recursos adecuados para ello”, lo que, por un lado, provoca duplicidades entre Administraciones Públicas, y, por el otro, incide sobre la sostenibilidad financiera de la Hacienda local, contra los principios rectores de la LOEPSF.

La ausencia de título competencial específico que denuncia la Ley ha sido ya cuestionada por un sector importante de la doctrina española, que ha apuntado que el ejercicio de estas competencias encontraba amparo legal en la cláusula del artículo 25.1 LBRL, así como en las llamadas competencias complementarias o indistintas del artículo 28 LBRL. La reforma suprime este artículo 28 LBRL y restringe notablemente la cláusula del artículo 25.1 LBRL, con el propósito, nada disimulado, de limitar el ejercicio de competencias distintas de las propias y de las delegadas al nuevo régimen establecido en el artículo 7.4 LBRL. Por tanto, realmente, la LRSAL no prohíbe el ejercicio de este tipo de competencias, sino que lo que hace es acotarlo y condicionarlo a nuevos parámetros legales, que ahora están en el artículo 7.4 citado, como nuevo título competencial.

Comenzando con la cláusula del artículo 25.1 LBRL, mucho ha discutido nuestra doctrina sobre si estábamos ante un cláusula general de competencia o una mera declaración genérica de capacidad del Municipio. En nuestra opinión, la reforma desactiva toda pretensión de lo primero. No hay más que comparar la nueva redacción del precepto con la previa a la LRSAL.

Artículo 25.1 LBRL previo a la LRSAL:

“El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”.

Artículo 25.1 LBRL tras la LRSAL:

“El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan

a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo”.

Como puede observarse, el nuevo artículo 25.1 es mucho más taxativo que el antiguo, suprimiéndose los términos “toda clase de” y “cuantos”, lo que tiene un sentido claramente limitativo. Lo mismo puede decirse de la acotación que limita esta declaración de capacidad a “los términos previstos en este artículo”.

En la misma línea, restrictiva, hay que entender la supresión del antiguo artículo 28 LBRL por la LRSAL, donde se contemplaban las llamadas competencias complementarias o indistintas, que ahora deben entenderse reconducidas al nuevo artículo 7.4, o al régimen de las delegadas previsto en el artículo 27 LBRL.

El análisis de la regulación del nuevo artículo 7.4 LBRL exige definir en primer lugar qué se entiende por “competencias distintas”, o, mejor dicho, qué entiende por ellas el legislador. La LRSAL las define de manera residual, esto es, son las “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, con toda la dificultad que tiene que definición y término objeto de la definición coincidan en su absoluta literalidad, lo que no es culpa nuestra, sino del atropellado legislador.

No puede decirse ya que las “competencias distintas”, sean, como denunciaba la Exposición de Motivos, competencias que se ejercen sin título competencial específico, puesto que ahora el artículo 7.4 se erige en el título competencial, aunque ciertamente no es que éste sea un título muy específico.

Por tanto, como ya hemos apuntado, no es que la LRSAL las prohíba, lo que hace es limitarlas y condicionarlas, al cumplimiento de un doble requisito:

- Que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- Que no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea (duplicidad) del mismo servicio público con otra Administración Pública.

Como requisitos procedimentales para la atribución de la competencia, y al objeto de garantizar los dos extremos anteriores, se exigen:

- Informe previo y vinculante de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

- Informe previo y vinculante de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades.

Termina el precepto diciendo que, “en todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas”. Lo que puede salvar la atribución, ahora como “competencias distintas”, de las competencias propias atribuidas, como tales, por el legislador sectorial por encima del nuevo techo competencial trazado por el artículo 25.2 LBRL.

El problema es que esta última acotación no resuelve la cuestión de qué diferencias de régimen jurídico existen entre las competencias atribuidas por el legislador sectorial como competencias propias y las atribuidas como competencias distintas, ya que, si de verdad son cosa distinta, el régimen de unas y otras no puede ser el mismo. Se nos dirá que las del artículo 7.4 LBRL están sujetas a una estricta condicionalidad derivada de la LOEPSF, pero el caso es que esa condicionalidad también existe para la atribución de competencias propias en los términos de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 LBRL.

Si acaso, podría pensarse que el carácter residual de las competencias distintas exige que se atribuyan y ejerzan antes las competencias propias, y sólo si se atribuyen y ejercen éstas, puedan atribuirse a los municipios competencias distintas. Pero lo cierto es que esta tesis, además de presentar la dificultad de obligar a otro legislador a legislar, no aparece recogida en estos términos en la versión definitivamente aprobada del texto legal, aunque sí estuvo en los borradores del anteproyecto. Por otra parte, este planteamiento incurre en el problema técnico, que sigue arrastrando la Ley, de confundir, o poner en un mismo plano, servicio y competencia.



## **LA REFORMA LOCAL EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES: LA COMPETENCIA DE PREVENCIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL EN MATERIA DE MENORES**

**José María Gómez-Calero Valdés**

*Letrado de la Junta de Andalucía*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. EL CONCEPTO DE SERVICIO SOCIAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN ACTUAL. III. LOS PROGRAMAS DE TRATAMIENTO A FAMILIAS CON MENORES. IV. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL DE MENORES: COMPETENCIA AUTONÓMICA O MUNICIPAL. V. LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA LRSAL. VI. ESPECIAL REFERENCIA AL DECRETO-LEY 7/2014, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA APLICACIÓN DE LA LRSAL.

### **I. PLANTEAMIENTO**

Siendo el objetivo inicial de la presente comunicación abordar el tema de la reforma local en el ámbito de los servicios sociales, la especial complejidad y peculiaridades que este sector de la realidad presenta hace aconsejable limitar el alcance de este trabajo a un ámbito menos ambicioso, la competencia de prevención y inserción social de menores, y más específicamente, los programas de tratamiento a familias con menores en Andalucía. Evitamos así tener que hacer frente a la enorme dispersión normativa, la mayor parte de las veces sin la cohesión y la homogeneidad que sería deseable, que caracteriza a esta materia y, por otro lado, nos centramos en el análisis del caso concreto, analizando así una realidad perfectamente acotada en la que se pongan de manifiesto los efectos propios de la reforma operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL, en adelante). A buen seguro, ello nos permitirá extraer conclusiones extrapolables a otros servicios sociales igualmente afectados por la citada reforma.

## II. EL CONCEPTO DE SERVICIO SOCIAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN ACTUAL

Ya en la década de los años 80, nuestra Ley andaluza de Servicios Sociales, Ley 2/1988, de 4 de abril, que se sitúa entre las denominadas por la doctrina ley de servicios sociales “de primera generación”<sup>1</sup>, se refirió a los servicios sociales como “aquellos recursos, actividades y prestaciones organizadas para la promoción del desarrollo de los individuos y grupos sociales, para la obtención de mayor bienestar social y una mejor calidad de vida, así como para la prevención y eliminación de la marginación social”. Por su parte, autores como Gamero Casado<sup>2</sup> nos aportan una acepción propia o estricta de servicios sociales, entendiendo que se trata de un concepto que hace referencia a servicios de carácter técnico, es decir, a prestaciones de carácter material, por contraposición a las prestaciones de carácter estrictamente económico. Según este autor “con arreglo a este último enfoque se pone en valor la consideración de servicio, de prestación técnica, alejada de la idea de subsidio, ayuda o complemento económico. Aunque algunos autores postulen la restricción del concepto a la vertiente estrictamente prestacional, en la actualidad los servicios sociales en general (por ejemplo, el sistema estatal de apoyo a la dependencia), y los de carácter autonómico en especial (que son el objeto de nuestro interés), comprenden tanto prestaciones materiales como económicas”.

Pero tal y como hemos adelantado al comienzo de esta comunicación, para analizar los efectos de la reforma llevada a cabo por la LRSAL en el ámbito de los servicios sociales vamos a tomar como punto de partida una realidad más concreta, los programas de tratamiento a familias con menores, para, inductivamente a partir de este caso concreto, poder analizar los efectos de la citada reforma legal.

---

<sup>1</sup> Actualmente se encuentra en tramitación un Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía, cuya Exposición de Motivos señala que “Uno de los avances fundamentales de esta Ley es que crea y define un verdadero Sistema Público de Servicios Sociales, dotado de naturaleza jurídica, basado en los principios básicos de universalidad e igualdad de acceso a todas las personas, que aglutina todos los recursos de las Administraciones Públicas, concertados o vinculados a las mismas, y orientado a la calidad y a situar a la persona como centro de todas las políticas sociales. En esta línea se configura el derecho a las prestaciones esenciales del sistema como un derecho subjetivo de ciudadanía y exigible ante las Administraciones Públicas que ostentan las competencias en la gestión y provisión de los mismos, con el fin de proporcionar una cobertura adecuada e integral de las necesidades personales y sociales básicas”.

<sup>2</sup> GAMERO CASADO, E.: “Los Servicios Sociales en el Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (coord.): *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012.

### **III. LOS PROGRAMAS DE TRATAMIENTO A FAMILIAS CON MENORES**

Los programas de tratamiento a familias con menores se enmarcan dentro de un conjunto de actuaciones puestas en marcha para la atención de las necesidades del menor y tendentes a garantizar su desarrollo integral y a promover una vida familiar normalizada y cuyo origen se encuentra en la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor.

El Programa de Tratamiento a Familias con Menores tiene un carácter eminentemente preventivo y una doble finalidad:

Por un lado, evitar la adopción de medidas de protección que conlleven la separación del menor de su familia, normalizando el funcionamiento familiar mediante un tratamiento específico, integral, interdisciplinar e integrador que permita la adquisición de pautas rehabilitadoras que compensen la situación de riesgo social que pueda afectar directa o indirectamente al bienestar de los menores.

Por otro lado, promover, en aquellos casos en que sea posible, la reunificación familiar de menores respecto de los que, con anterioridad, se adoptó una medida de protección.

Por tanto, el Programa permite la creación de equipos técnicos interdisciplinares (psicólogo y psicóloga, trabajador y trabajadora social y educador y educadora sociofamiliar) integrados orgánica y funcionalmente en la estructura de los servicios sociales comunitarios, que constituyen la puerta de entrada al Sistema de Atención a la Infancia y coordinados con otras instancias profesionales que son especialmente relevantes para el medio sociofamiliar de los menores, como los Servicios de Protección de Menores de la Junta de Andalucía (Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales), los Servicios Educativos y los dispositivos Sanitarios, y también Policía, Sistema judicial, etc.

Los objetivos que persigue el Programa de Tratamiento a Familias con Menores son:

Mitigar los factores de riesgo para evitar la separación del menor y la menor de su familia.

Capacitar a la familia para dar una correcta atención a sus hijos e hijas evitando cualquier conducta negligente o maltratante y garantizando su seguridad e integridad personal.

Lograr que la familia funcione de manera autónoma y adecuada y que los y las menores estén correctamente atendidos.

Proporcionar a las familias las habilidades y/o recursos técnicos necesarios para superar la situación de crisis que dio lugar a la separación.

Y el perfil de las personas destinatarias privilegia algunas de las siguientes características y/o condiciones psicosociales:

Familias con menores a su cargo en situación de riesgo social.

Familias monoparentales con hijos e hijas menores de 18 años en situación de dificultad social.

Familias en cuyo seno se han detectado situaciones de violencia que afectan directa o indirectamente a los y las menores a su cargo.

Familias con menores con los que se ha adoptado una medida protectora, para posibilitar su reinserción familiar.

Las características de las familias atendidas por estos equipos son las siguientes:

Presentan dificultades importantes (individuales, familiares o sociales) en diferentes etapas del ciclo vital de la familia que suponen la acumulación de factores de riesgo para la correcta atención de las necesidades de los menores.

Carecen de apoyo social para hacer frente a cargas familiares excesivas.

Son familias multiproblemáticas que además de tener prácticas parentales inadecuadas, tienen otros problemas asociados como analfabetismo, toxicomanías, trastornos emocionales, absentismo escolar, minusvalías psíquicas importantes asociadas a la crianza de los hijos e hijas, falta de control sanitario y de planificación familiar, precaria organización familiar, deficiente salud mental, conflictos de pareja y violencia familiar, marginación social, precariedad económica, falta de apoyo social, etc.

Los problemas que presentan suelen estar cronificados, fruto de una evolución en la que ha ido aumentando progresivamente la gravedad. En muchos casos, el comportamiento maltratante o negligente se encuentra firmemente instalado en el funcionamiento individual y familiar.

Por lo general, previamente se han intentado solucionar sus problemas desde distintos servicios comunitarios sin éxito. Por tanto, es necesaria una intervención más específica y especializada.

En muchos casos, existe una dependencia de los Servicios Sociales en los que buscan la solución a sus problemas, en lugar de procurar una forma de funcionamiento autosuficiente.

Dentro de la dinámica de funcionamiento de la familia pueden surgir repentinamente episodios de crisis y provocar situaciones de tensión, conflicto o violencia familiar que requieran la intervención inmediata.

Los padres y madres maltratantes o negligentes no suelen tener conciencia clara de su problemática ni asumen su responsabilidad en el abuso o maltrato, desconociendo las repercusiones negativas que tendrán en sus hijos e hijas estas situaciones, por lo que la demanda original de tratamiento no proviene de las propias familias. En la mayoría de los casos la motivación para participar en el tratamiento obedece a presiones externas.

Una de las características más significativas en las familias maltratantes o negligentes es la dificultad de los padres y madres para asumir sus responsabilidades, tanto en los cuidados de sus hijos e hijas como en otras áreas: laboral, económica, etc.

Suelen presentar limitaciones o peculiaridades que pueden determinar el tipo de estrategias o técnicas de tratamiento a utilizar. La intervención puede verse condicionada por la situación sociocultural, las dificultades económicas o las limitaciones intelectuales.

#### **IV. LA COMPETENCIA EN MATERIA DE PREVENCIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL DE MENORES: COMPETENCIA AUTONÓMICA O MUNICIPAL**

Hemos tratado de describir hasta aquí el servicio social consistente en gestionar e implementar los programas de tratamiento a familias con menores, pues bien, a la hora de analizar los efectos de la LRSAL en este ámbito concreto el primer problema con el que nos encontramos es el de determinar si estamos ante una competencia autonómica o municipal, y en este último caso, si se trata de una competencia propia del municipio, o delegada por la Administración autonómica. Respecto de esta cuestión ya adelantamos que no es fácil encontrar una solución única por cuanto la reforma local de 2013 viene, en lo que a los servicios sociales se refiere, a recaer sobre un ámbito en el cual se han cruzado una serie de leyes especiales que no siempre han guardado la debida armonía entre sí.

Para abordar esta cuestión, debemos en primer lugar traer a colación las líneas generales de la reforma que estamos analizando. Como ya sabemos, y en lo referente

a la configuración de las competencias de las Corporaciones Locales, la reforma queda plasmada en determinados preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LRBRL en adelante), en la nueva redacción introducida por la LRSAL.

En efecto, el artículo 7 LRBRL, conforme a su nueva redacción, clasifica las competencias de las Entidades Locales en tres tipos: las competencias propias, las competencias delegadas y las competencias que no son propias ni delegadas.

Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades Locales territoriales solo podrán ser determinadas por ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas. Son competencias propias de los municipios las referidas en el artículo 25 LRBRL. Son competencias propias de las Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes las referidas en el artículo 36 LRBRL.

Las competencias delegadas son las que con tal carácter les atribuyen el Estado o las Comunidades Autónomas mediante una disposición normativa (no necesariamente con rango de ley) o un acuerdo y se ejercen en los términos establecidos en esa disposición o acuerdo de delegación y con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 27 LRBRL, y preverán técnicas de dirección y control de oportunidad y eficiencia. La delegación deberá determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de ésta, que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que ésta asigne sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas. La delegación deberá acompañarse de una memoria económica donde se justifiquen los principios a que se refiere el párrafo segundo de este apartado y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas.

Las competencias distintas de las propias y las delegadas no precisan de ser atribuidas ni por el Estado ni por las Comunidades Autónomas y sólo pueden ejercerse por las Entidades Locales cuando concurren los siguientes requisitos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.4 LRBRL: cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de la materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

Expuesto esto anterior, ya anticipábamos la dificultad que encontramos, conforme a la normativa andaluza anterior a la LRSAL, a la hora de determinar si la gestión de los denominados programas de tratamiento a familias con menores constituyen una competencia autonómica y local. A fin de esclarecer esta cuestión, tomamos como punto de partida lo dispuesto en la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía. Este texto legal estructuró por primera vez en nuestro ordenamiento los servicios sociales, distribuyendo competencias respecto de los mismos entre la Administración autonómica y las Entidades Locales. Así, los servicios sociales en Andalucía se estructuran en las dos siguientes modalidades:

Servicios Sociales Comunitarios.

Servicios Sociales Especializados.

La diferencia entre los Servicios Sociales Comunitarios y Especializados no ofrece dificultad, señalando este texto legal que “los Servicios Sociales Comunitarios constituyen la estructura básica del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, siendo su finalidad el logro de unas mejores condiciones de vida para el pleno desarrollo de los individuos y de los grupos en que se integran, mediante una atención integrada y polivalente”. Por su parte los Servicios Sociales Especializados son aquéllos que se dirigen hacia determinados sectores de la población que, por sus condiciones o circunstancias, necesitan de una atención específica, y se estructurarán territorialmente de acuerdo con las necesidades y características de cada uno de ellos. Los Servicios Sociales Especializados atenderán, entre otros sectores, a la familia, infancia, adolescencia y juventud, con la finalidad de llevar a cabo actuaciones encaminadas particularmente a la promoción social de jóvenes y niños, atendiendo la problemática que incide en su bienestar y especialmente las disfunciones que se producen en su medio familiar, compensándolas o corrigiéndolas.

A tenor de lo anterior, parece deducirse con facilidad que los programas de tratamiento a familias con menores responden al concepto legal de Servicios Comunitarios Especializados, habida cuenta de que estamos ante un servicio social dirigido a un sector específico y concreto de la población especialmente afectado por una serie de circunstancias que colocan a dicho sector de la población ante un riesgo de exclusión social.

Lo dispuesto en esta Ley de Servicios Sociales de Andalucía debe complementarse a su vez con lo establecido por el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, y cuyo artículo 92, relativo a las competencias propias de los municipios, señala que los Ayuntamientos andaluces tienen competencias propias, en los términos que determinen las leyes, en materia de gestión de los Servicios Sociales Comunitarios.

Este precepto estatutario se desarrolla por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA en adelante), la cual se dicta con el objeto de determinar las competencias y las potestades de los municipios y de los demás entes locales como expresión propia de la autonomía local y las reglas por las que hayan de regirse las eventuales transferencias y delegaciones a éstos de competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Pues bien, como no podía ser de otra forma, la LAULA incide también en el ámbito de los servicios sociales, determinando cuáles son las competencias de los municipios dentro de dicho ámbito, y señalando al respecto en su artículo 9, con un claro antecedente en el artículo 92 del Estatuto de Autonomía, que ya hemos visto, que los municipios andaluces tienen, entre otras, la competencia propia consistente en “gestión de los Servicios Sociales Comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía”, competencia esta que incluye:

- a) Gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los Servicios Sociales Comunitarios.
- b) Gestión del equipamiento básico de los Servicios Sociales Comunitarios.
- c) Promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial.

Resulta de interés completar estas previsiones de la LAULA con los principios generales contenidos en su artículo 6, que nos permiten conocer mejor cómo se configuran en este texto legal las competencias de las Entidades Locales:

1. Las competencias de municipios y provincias se determinarán por ley.
2. Las competencias locales que determina la presente Ley tienen la consideración de propias y mínimas, y podrán ser ampliadas por las leyes sectoriales.
3. La determinación de competencias locales se rige por el principio de mayor proximidad a la ciudadanía. La legislación tomará en consideración, en su conjunto, a la comunidad política local, integrada por municipios y provincias, al valorar la amplitud o naturaleza de la materia o actividad pública, la capacidad de gestión de las entidades locales o las necesidades de eficacia o economía.

Lo dispuesto en la LAULA armoniza perfectamente con la estructuración de los servicios sociales en Servicios Sociales Comunitarios y Servicios Sociales Especializados realizada por la Ley de Servicios Sociales de Andalucía, como ya hemos visto. De tal forma, que podría afirmarse que, siendo los Servicios Sociales Comunitarios

competencia propia de los municipios, competencia propia consistente en la gestión de las prestaciones técnicas y económicas y del equipamiento básico de tales Servicios Sociales Comunitarios, y siendo así que los programas de tratamiento a familias con menores se encuadran, según hemos visto anteriormente, en el concepto legal de Servicios Sociales Especializados, llegamos a la conclusión de que tales programas de tratamiento a familias con menores serían competencia de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de su delegación en los municipios andaluces cuando así se estimase oportuno.

Así lo ha entendido el Consejo Andaluz de Concertación Local, en su informe relativo al proyecto de Orden por la que se regula el Programa de Tratamiento a Familias con Menores y se establecen las bases reguladoras para otorgar subvenciones a las Entidades Locales para su realización, de 21 de febrero de 2014<sup>3</sup>.

No obstante, y ya lo señalábamos con anterioridad, las diversas leyes sectoriales que se han ido dictando y que inciden en el ámbito de los servicios sociales, unas de forma más directa y otras de manera más tangencial, no han guardado siempre entre sí la armonía y cohesión que hubiera sido deseable, poniendo de manifiesto en el momento actual problemas y dificultades añadidas a la hora de ponderar los efectos de la reforma llevada a cabo por la LRSAL. Así ha ocurrido con la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, cuyo artículo 18 dispuso ya entonces el siguiente reparto competencial al respecto entre la Administración autonómica andaluza y las corporaciones locales:

1. Las Corporaciones Locales de Andalucía son competentes para el desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio. Igualmente, son competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo.

---

<sup>3</sup> Señala el mencionado informe en orden a lo que ahora nos interesa que “en el marco jurídico actualmente vigente en Andalucía, entendemos que los programas contenidos en este proyecto normativo, de tratamiento a familias con menores, se enmarcan dentro de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en esta materia, recogidas en el artículo 61.4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía”. Se añade asimismo que “en cuanto a las competencias municipales, el artículo 9.3 Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, prevé que los municipios andaluces serán competentes para la gestión de los servicios sociales comunitarios, lo que incluye entre otros, la gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios”. Al hilo de esto anterior, el mencionado informe concluye que “sin embargo, entendemos que los programas recogidos en este proyecto de Orden, de tratamiento a familias con menores, no entrarían dentro de los Servicios Sociales Comunitarios, sino que formarían parte del elenco de los Servicios Sociales Especializados, de acuerdo con el artículo 11 Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía”.

2. La Administración de la Junta de Andalucía es competente para la planificación, coordinación y control de los servicios, actuaciones y recursos relativos a la protección de los menores en la Comunidad Autónoma, así como para el desarrollo reglamentario. Igualmente, es la entidad pública competente para el ejercicio de las funciones de protección de menores que implican separación del menor de su medio familiar reguladas en los Capítulos III y IV del presente título.
3. La Administración de la Junta de Andalucía y las Corporaciones Locales establecerán los oportunos mecanismos de cooperación para el adecuado ejercicio de sus respectivas competencias.

En consecuencia, y según lo dispuesto en esta Ley especial, las Corporaciones Locales de Andalucía son las Administraciones competentes para desarrollar actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio, siendo igualmente las competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo. De una manera más concreta, el artículo 20 del mismo texto legal prevé planes integrales dirigidos a la promoción de la infancia y a la prevención de las situaciones de riesgo, señalando que dichos programas se llevarán a la práctica con la colaboración y de forma coordinada con los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes.

Pero es más, no sólo Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, como hemos visto, configura la prevención y reinserción social en materia de menores como una competencia propia local sino que además el instrumento jurídico utilizado para cofinanciar este servicio social a lo largo de todos estos años así lo ha interpretado. Nos estamos refiriendo específicamente a la Orden de 20 de junio de 2005, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regulan las bases para otorgar subvenciones a las Corporaciones Locales para la realización de programas de tratamiento a familias con menores, cuyo Preámbulo establece que la mencionada Orden viene a encuadrarse precisamente en la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, la cual establece el marco jurídico de actuación en materia de promoción y protección de los derechos de los menores en Andalucía.

Enormemente ilustrativo resulta en este sentido lo dispuesto en el modelo de convenio de colaboración a firmar con las corporaciones locales que se aprueba por medio de esta Orden, estableciéndose en dicho modelo de convenio que “la Corporación Local interviniente tiene atribuidas competencias en materia de prestación de Servicios Sociales y de promoción y reinserción social, estableciéndose con carácter obligatorio dicha prestación en los municipios con población superior a veinte mil

habitantes, conforme a los artículos 25 y 26 (Municipios de más de 20.000 habitantes) o 36 (Diputaciones Provinciales) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, todo ello en los términos establecidos en la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía”. Añadiendo a continuación lo siguiente: “Igualmente, el artículo 18 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, establece que las Corporaciones Locales de Andalucía son competentes para el desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio. Asimismo, son competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo. Para ello, la Administración de la Junta de Andalucía y las Corporaciones Locales establecerán los oportunos mecanismos de cooperación para el adecuado ejercicio de sus respectivas competencias”.

Por tanto, la normativa preexistente en la materia no resuelve con claridad o, al menos sienta incertidumbre, sobre si la prevención y reinserción social en materia de menores constituye una competencia propia de los municipios o, por el contrario, se trata de una competencia autonómica. Esto, ya lo decíamos con anterioridad, dificulta el estudio de los efectos de la reforma local operada por la LRSAL en este ámbito.

Debemos entender, en mi opinión, que nos encontramos ante una competencia local, por el hecho de disponerlo así una ley especial y porque, como veremos más adelante, el no estar calificada esta competencia como propia del municipio no nos debe llevar a la conclusión de que nos encontramos ante una competencia de titularidad autonómica.

## V. LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA LRSAL

No obstante, y a fin de analizar cómo incide esta reforma en el servicio social que estamos analizando, debemos fijarnos previamente en aquellos preceptos de la LRSAL referidos a este ámbito. En efecto, los servicios sociales constituyen una materia a la cual la LRSAL ha dedicado una especial atención así como un especial régimen de entrada en vigor.

En primer término, recordemos que la LRSAL da nueva redacción al artículo 25 LR-BRL, señalando este precepto en su redacción actual cuáles son a partir de ahora las competencias que el Municipio ejercerá como competencias propias en todo caso, entre las que se relaciona, por lo que ahora nos interesa, la “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social” [artículo 25.2.e)].

Se observa con claridad una merma en las competencias municipales en este ámbito por comparación a lo que señalaba el mismo precepto en su redacción anterior. En efecto el artículo 25.2.k LRBRL, en su redacción anterior, definía como competencia municipal “la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”<sup>4</sup>.

Por otro lado, debemos tener también en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la LRSAL, la cual lleva por rúbrica “asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales”, la cual es del tenor siguiente:

1. Con fecha 31 de diciembre de 2015, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.

Las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de estas competencias, con independencia de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o cualquier otra Entidad Local.

2. En el plazo máximo señalado en el apartado anterior, y previa elaboración de un plan para la evaluación, reestructuración e implantación de los servicios, las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, habrán de asumir la cobertura inmediata de dicha prestación.
3. En todo caso, la gestión por las Comunidades Autónomas de los servicios anteriormente citados no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas.
4. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar dichas competencias en los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

---

<sup>4</sup> AYMERICH CANO, C.: “Los servicios sociales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 88, 2014, señala en este sentido que “más allá de una regulación de mínimos –que no de máximos– derivada de la garantía de la autonomía local, el legislador estatal sólo puede recortar competencias municipales allí donde ostente alguna competencia específica sobre la materia de que se trate. En el caso de la asistencia social, tratándose de una competencia económica exclusiva, esta operación de supresión o recorte de competencias municipales sólo podrían acometerla los legisladores autonómicos, únicos competentes por razón de la materia. De hecho, cuando con base constitucional discutible, el legislador estatal se aventura en el campo de la asistencia social se abstiene de regular las competencias que en dicho ámbito puedan corresponder a las entidades locales, consciente de que tal determinación corresponde en exclusiva al homónimo autonómico”.

5. Si en la fecha citada en el apartado 1 de esta disposición, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas no hubieren asumido el desarrollo de los servicios de su competencia prestados por los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, Entidades Locales, o en su caso, no hubieren acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio con cargo a la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no transfiriera las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora.

## **VI. ESPECIAL REFERENCIA AL DECRETO-LEY 7/2014, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA APLICACIÓN DE LA LRSAL**

Como vemos, la LRSAL presta especial atención a los servicios sociales, sin embargo, a la hora de analizar los efectos de esta reforma en este ámbito particular y concreto se hace necesario tener en cuenta asimismo en nuestra Comunidad Autónoma el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, el cual se refiere a las competencias municipales en materia de servicios sociales en su disposición adicional única, que reza así:

“Las competencias que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, se preveían como propias de los municipios en materia de participación en la gestión de la atención primaria de la salud e inspección sanitaria, en materia de prestación de servicios sociales, y de promoción y reinserción social, así como aquellas otras en materia de educación, a las que se refieren las disposiciones adicionales decimoquinta y transitorias primera, segunda y tercera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad Autónoma.

El resto de competencias en dichas materias atribuidas a las entidades locales por la legislación de la Comunidad Autónoma anterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, continuarán siendo ejercidas por éstas, de conformidad con las previsiones de la norma de atribución y en los términos establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local”.

Llegados a este punto y respecto de la competencia concreta que estamos analizando, cual es la competencia de prevención y reinserción social en materia de menores, ¿cómo queda afectada la mencionada competencia por la reforma llevada a cabo por la LRSAL? pues bien, para dar respuesta a este interrogante podemos hacer un doble orden de consideraciones:

En primer lugar, consideramos que estamos ante una competencia del párrafo segundo del Decreto-Ley 7/2014, ya que debemos interpretar que dicho párrafo, por contraposición al anterior, se está refiriendo a las competencias no previstas como propias de los municipios. En efecto, considerando como competencias propias de los municipios las calificadas expresamente como tales por el artículo 92 de nuestro Estatuto de Autonomía, y desarrolladas en el Título I, Capítulo II, Sección Segunda, de la LAULA, podemos afirmar que, por lo que se refiere al ámbito de los servicios sociales, que es el que ahora nos interesa, sólo la gestión de los Servicios Sociales Comunitarios constituye una competencia municipal propia.

Sin embargo, esto anterior no nos debe llevar a la conclusión de que las restantes competencias, distintas de la propias y ejercidas hasta el momento por los municipios, son competencias autonómicas sino que deben ser consideradas igualmente como competencias municipales puesto que el Decreto-Ley andaluz 7/2014, en su disposición adicional única, ha dividido las competencias municipales en dos grandes grupos: las competencias previstas como propias de los municipios, por un lado; y el resto de las competencias en dichas materias atribuidas a las entidades locales por la legislación de la Comunidad. Esto tiene sin duda su causa y fundamento en el artículo 6.2 del Estatuto de Autonomía, conforme al cual “las competencias locales que determina la presente Ley tienen la consideración de propias y mínimas, y podrán ser ampliadas por las leyes sectoriales”. En el caso que ahora centra nuestra atención, la competencia local de prevención y reinserción en materia de menores deberá ser considerada en consecuencia como una competencia local no propia, atribuida por una ley sectorial, la Ley 1/1998, la cual se limita a atribuir esta competencia a las entidades locales señalando que son competentes para el desarrollo de actuaciones de prevención, información y reinserción social en materia de menores, así como para la detección de menores en situación de desprotección y la intervención en los casos que requieran actuaciones en el propio medio. Igualmente, son competentes para apreciar, intervenir y aplicar las medidas oportunas en las situaciones de riesgo.

No obstante, y antes de pasar la segunda consideración, no quiero dejar de señalar lo artificioso de esta distinción pues no se deduce fácilmente qué significa que una competencia sea propia, más allá del propio sentido literal del término, ni mucho menos resulta fácil determinar cuál sea la diferencia cualitativa entre una competencia propia y una competencia no propia pero atribuida igualmente al municipio por una ley sectorial.

En segundo lugar, y al considerarla como una competencia incluida dentro del párrafo segundo de la disposición adicional única del Decreto-Ley 7/2014, quedaría automáticamente sustraída de lo dispuesto en el párrafo primero de la misma norma, referido como sabemos a las competencias propias y respecto de las cuales se señala que “continuarán siendo ejercidas por los municipios en los términos previstos en las leyes correspondientes, en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad Autónoma”. ¿Quiere esto decir que las competencias “no propias” de los municipios no quedan sometidas al período transitorio recogido en la LRSAL y, por tanto, no van a ser asumidas por parte de la Comunidad Autónoma antes del 31 de diciembre de 2015? Parece que es esto lo que se deduce del tenor literal de la propia norma, que respecto de este segundo grupo de competencias se limita a señalar que “continuarán siendo ejercidas por éstas, de conformidad con las previsiones de la norma de atribución y en los términos establecidos en el artículo 7.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local”, pero sin añadir el inciso “en tanto no hayan sido asumidas por parte de la Comunidad Autónoma”.

Está clara la literalidad de la norma, ya que al remitirse respecto de las “restantes competencias” a los términos establecidos en el artículo 7.2 LRBRL consagra a tales competencias como competencias propias de los municipios atribuidas por norma con rango de ley.

No obstante, tal conclusión no responde, a mi modo de ver, a lo que es la finalidad del Decreto-Ley 7/2014, cuya razón de ser no es otra que facilitar la aplicación de la reforma local operada por la LRSAL, careciendo de todo sentido que las competencias consagradas como propias tanto en el Estatuto de Autonomía como en la LAU-LA queden sometidas a un período transitorio en virtud del cual, y antes del 31 de diciembre de 2015, habrán de ser asumidas tales competencias propias por la Comunidad Autónoma, mientras que aquellas otras competencias que por medio de leyes sectoriales se han ido atribuyendo a los municipios, queden en virtud del Decreto-Ley elevadas a la categoría de competencias propias del artículo 7.2 LRBRL, en su nueva redacción, y en consecuencia sustraídas del mencionado período transitorio.

Una interpretación lógica de esta disposición adicional única del Decreto-Ley 7/2014 exige que dicha disposición sea debidamente enmarcada en el contexto de extraordinaria y urgente necesidad habilitador de una norma de esta naturaleza. La finalidad del Decreto-Ley que estamos analizando no es sino remover los obstáculos que surgen en la aplicación de la LRSAL, siendo uno de dichos obstáculos sin duda en lo que se refiere al ámbito de nuestra Comunidad Autónoma una situación de incertidumbre jurídica en cuanto a las competencias locales que en Andalucía quedaban afectadas por la reforma estatal. ¿Debía interpretarse que quedaban afectadas por la reforma solamente las competencias locales calificadas como “propias” en el ordenamiento jurídico andaluz? ¿Y las restantes competencias atribuidas a los entes

locales por las leyes sectoriales? ¿No quedaban afectadas por la reforma tales competencias o debíamos entender, por el contrario, que de conformidad con la reforma tales competencias pasaban a ser automáticamente y sin solución de transitoriedad alguna competencias de la Comunidad Autónoma? La situación se agravaba aún más por el hecho de que no sólo se trataba de cómo interpretase la norma la Comunidad Autónoma sino también todos y cada uno de los municipios andaluces, poniéndose en juego la continuidad de los propios instrumentos jurídicos utilizados hasta ese momento para articular el ejercicio y la financiación de estas competencias, caso por ejemplo de numerosos convenios de colaboración entre la Administración Autónoma y las Corporaciones Locales de Andalucía en estas materias. Así, la permanencia de estos instrumentos jurídicos dependería de que el municipio en cuestión considerara que la competencia concreta seguía siendo de titularidad municipal.

Entiendo que con la finalidad de aclarar esta situación el Decreto-Ley lo que hace es revalidar lo aprobado por el legislador andaluz hasta ese momento, señalándolo así en su exposición de Motivos, conforme a la cual:

“Para la aplicación de esta norma se parte de considerar competencias propias municipales las contenidas en el Estatuto de Autonomía para Andalucía y la legislación derivada del mismo: Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, y legislación sectorial, ya que esta Comunidad Autónoma, con competencias exclusivas sobre régimen local, viene a concretar las competencias propias municipales en el artículo 92.2 del Estatuto de Autonomía, considerándolas un núcleo competencial mínimo, conteniendo una cláusula residual «in fine» (letra ñ) que habilita para establecer otras con este carácter en norma con rango de ley.

En este sentido, la disposición adicional tercera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, reconoce esta competencia autonómica, al disponer que «Las disposiciones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de sus competencias exclusivas en materia de régimen local asumidas en sus Estatutos de Autonomía, en el marco de la normativa básica estatal y con estricta sujeción a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas».

En concordancia con lo anterior y con la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, contenida fundamentalmente en la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, de que la función encomendada a la legislación básica es garantizar las mínimas competencias que dotan de contenido la efectividad y garantía de la autonomía local, el artículo 2.1 de la LBRL, también modificado por el artículo primero.Uno de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, impone al legislador sectorial, sea autonómico o estatal, a tomar en consideración a municipios y provincias en la regulación de las distintas materias, atribuyéndoles las competencias que procedan. De ahí que no

puede interpretarse que la reforma local llevada a cabo ha invertido este modelo, de modo que las leyes autonómicas que atribuyeron competencias a las entidades locales no han perdido vigencia como consecuencia de la aprobación de la norma estatal sino que dichas competencias deben seguir siendo ejercidas por éstas en los términos previstos por las normas de atribución.

La reforma que introduce la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, consiste fundamentalmente en suprimir algunas materias del artículo 25 de la LBRL pero, de acuerdo con la doctrina constitucional, ello supone que se reduce el mínimo constitucional garantizado, el núcleo mínimo competencial que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas deben garantizar en sus normas sectoriales a los municipios. Sin embargo la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, no prohíbe a las Comunidades Autónomas atribuir otras competencias a las entidades locales distintas de las previstas en los artículos 25.2 y 36.1 de la LBRL, pues lo contrario sería inconstitucional”.

De acuerdo con esto anterior, debemos interpretar que el párrafo segundo de la disposición adicional única del Decreto-Ley 7/2014 no hace sino incluir en el ámbito de aplicación del párrafo primero a las restantes competencias que se han venido atribuyendo al municipio en virtud de la legislación sectorial, no calificadas expresamente como competencias propias, como es el caso de la competencia que ahora nos ocupa, prevención y reinserción social en materia de menores, la cual, y en los términos señalados en el referido párrafo primero, continuará siendo ejercida por los municipios en los términos previstos en la Ley correspondiente, es decir, la Ley 1/1998, del Menor, en tanto no haya sido asumida por parte de la Comunidad Autónoma. Habrá que entender asimismo que, por vía de la remisión que en este punto realiza el Decreto-Ley a la LRSAL, dicha asunción de esta competencia por parte de nuestra Comunidad Autónoma habrá de realizarse antes del 31 de enero de 2015. Sería deseable que la futura Ley de Servicios Sociales de Andalucía clarificase la distribución de competencias entre la Comunidad Autónoma y las Entidades Locales de Andalucía en este ámbito de los Servicios Sociales, con la debida coordinación con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, la LAULA y la LBRL.



### **III.**

## **INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS EN LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS CIUDADANOS**



**LOS NUEVOS CAUCES PROCEDIMENTALES EN  
LA DEFENSA DE LA UNIDAD DE MERCADO:  
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL  
PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
(TEXTO DE LA CONFERENCIA IMPARTIDA EN  
LAS XVI JORNADAS DE ESTUDIO DEL GABINETE  
JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA)**

**José Antonio Montero Fernández**  
*Magistrado del Tribunal Supremo*

SUMARIO: I. REFORMULACIÓN DEL MODELO SOCIAL Y JURÍDICO. II. LA PROYECCIÓN DEL CAMBIO EN EL ORDEN JURÍDICO ESPAÑOL. III. LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL INDIRECTA. IV. LA IMPOSICIÓN DEL DERECHO EUROPEO. V. LA LEY 20/2013: AL PAIRO DEL DERECHO EUROPEO. VI. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES.

## **I. REFORMULACIÓN DEL MODELO SOCIAL Y JURÍDICO**

Cualquier observador de la realidad constata que se está produciendo un cambio en el modelo político, social y económico.

Este cambio, según entiendo, no es la consecuencia de la crisis que nos asola desde principios de 2008, es un fenómeno que se venía extendiendo reposadamente, sin darnos cuenta apenas, pero implacable; la crisis no ha hecho más que acelerar este cambio, que aparentemente cabalga desbocadamente y que nos sume en la perplejidad y el desconcierto, pero que a otro ritmo estaba diseñado con anterioridad al advenimiento de la crisis.

El Estado capitalista no sólo se ha impuesto, sino que es tutelado por los Estados, y en lo que nos toca, también por la organización supranacional que nos acoge junto con 27 socios más de la vieja Europa.

El cambio de modelo, al que me refiero, gira en torno a un eje central constituido por los principios de libre mercado y libre competencia, y toda la estructura y organización político, social y económica se está acomodando a su alrededor.

Se nos dice que las condiciones materiales base del conocido como Estado del bienestar eran insostenibles por una serie de males sistémicos, haciendo preciso, cuando no urgente, recomponer tales condiciones materiales ante los signos evidentes de que todo el sistema podía derrumbarse. Ello ha dado lugar a profundas y dolorosas transformaciones, cuyas consecuencias inmediatas la están sufriendo las capas sociales más débiles y desfavorecidas. Estos cambios sociales y económicos tan profundos están siendo impuestos, paradójicamente, por las instituciones europeas que padecen un importante déficit democrático; se refuerza el papel del ejecutivo en la ordenación del nuevo modelo y se devalúa el poder parlamentario, al punto que asistimos a que en no pocas ocasiones los parlamentos nacionales no son más que meras correas de transmisión de las directrices marcada por las instituciones europeas que decididamente han apostado por la libre competencia y el libre mercado rechazando cualquier forma de proteccionismo proveniente de la acción pública.

El tiempo y los resultados dirán si el camino emprendido es el correcto.

## **II. LA PROYECCIÓN DEL CAMBIO EN EL ORDEN JURÍDICO ESPAÑOL**

Entre tanto, en nuestro país, la prueba definitiva de que los cambios son estructurales es la modificación del artículo 135 de la CE, lo que ha dado pie a lo que los autores identifican como la “constitucionalización de la crisis económica”. Dando lugar a una amplísima creación legislativa cuya dirección apunta al cambio de modelo anunciado, y cuyo protagonismo principal ha sido asumido por el Estado utilizando al efecto la legislación básica de la mano de los títulos competenciales del artículo 149.1.11 y 13 de la CE, con un clarísimo tutelaje europeo. Al tiempo asistimos al abatimiento de derechos sociales, en cuanto pierden su carácter de seña de identidad del Estado constitucional.

Todo este estado de cosas está dando lugar a un debate jurídico intenso, del que no resultan extraños los jueces.

En nuestro orden jurídico junto al juez constitucional se reconoce hoy al juez europeo. El juez nacional es juez europeo. Sin embargo, desde mi punto de vista al menos, la hermenéutica jurídica que sirve de instrumento al juez en la aplicación del Derecho, resulta bien distinta si estamos ante uno u otro juez, el Derecho europeo se impone, se impone como orden jurídico al que se le ha cedido ámbitos de actuación, dada su prevalencia y primacía sobre el Derecho patrio; este Derecho positivo que nos llega desde Europa, viene acompañado por principios básicos que igualmente sirven de punto de referencia en el desarrollo legislativo nacional, son principios y valores inspiradores del Derecho europeo que encontramos cada vez más presentes en las normas nacionales que paulatinamente van incorporando dichos principios y valores. Si las pautas esenciales las marcan el libre mercado y la libre competencia, toda norma o su interpretación que se enfrenten con estos nuevos principios deben ceder ante los mismos. En no pocas ocasiones el juez debe elegir entre su papel de juez constitucional o de juez europeo.

El poder judicial forma parte del sistema político, social y económico en el que se integra, de suerte que su configuración, estructuración y funciones depende del diseño otorgado por el poder político, al que al mismo tiempo sirve de contrapunto y control. Del poder judicial se espera que ayude a preservar el sistema al que sirve, por lo que se le debe exigir que cumpla con las normas que definen dicho sistema.

La Ley europea se impone en su manifestación directa, todo el sistema constitucional tiene que atenerse al Derecho europeo y a la doctrina de su intérprete, y al mismo tiempo diseña el devenir normativo nacional en los sectores claves para hacer posible el cambio de modelo político, económico y social bajo los principios básicos de libre mercado y libre competencia, y todo ello acelerado por las consecuencias de la crisis. No en vano sólo es posible la anhelada unión europea mediante la integración del Derecho europeo a los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros, y esa es la dirección que se sigue.

A una integración más bien pausada a nivel nacional, ha seguido desde la llegada de la crisis una continua avalancha de nuevas leyes o modificaciones y reformas de normas con marcado carácter económico, incidiendo especialmente en aspectos de contención presupuestaria, consolidación fiscal y medidas tributarias, caracterizadas por su gran número y por su urgencia, lo que ha dado lugar a la profusión de la utilización de los reales decretos-ley, y a posibilitar el fortalecimiento de la competencia estatal frente a la autonómica y local, puesto que es el Estado el que tiene atribuida la competencia básica en materia económica y es el sujeto de relación en el ámbito europeo.

Al tiempo, como se ha avanzado, se constata el debilitamiento de los derechos sociales.

### III. LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL INDIRECTA

Las consecuencias parecen evidente, si las señas de identidad del Estado constitucional conocido en los últimos años como eran los derechos sociales que constituían la base del desarrollo legislativo e impregnaban la hermenéutica jurídica del operador jurídico, y constituían un mandato inequívoco a los poderes públicos para su prestación y garantía, se abandonan y sustituyen paulatinamente por los principios de libre competencia y libre mercado y rechazo a todo proteccionismo institucional, que además incorporan toda la potencia de los valores que lo sustentan, el cambio del modelo resulta incuestionable. Lo que, por demás y como consecuencia natural, marca el devenir de la actividad judicial.

El juez español vive en una situación cercana a la esquizofrenia, a modo de Jano judicial, presenta dos caras una que mira al orden constitucional, la otra al Derecho europeo. La Unión europea ha impuesto un determinado modelo de economía de mercado, en el que los poderes públicos no tienen más función que crear un orden jurídico objetivo para que pueda desarrollarse la acción privada sin intervención pública alguna, siquiera, para corregirlo.

El contexto constitucional viene a ser el mismo, sólo se ha producido la reforma del artículo 135 de la CE, pero ha producido y se está produciendo una profunda modificación constitucional, mucho más de lo que indica la simple modificación del expresado artículo 135. La configuración y defensa de lo que hasta ahora se entendía como Estado Social, que posee un inevitable sustento económico, no puede sostenerse en tanto que ha cambiado los pilares económicos que le servían de base.

En el Estado Social el mercado es sometido a regulación institucional para limitarlo y darle coherencia ante la presencia de derechos sociales que son calificados como derechos fundamentales o como principios rectores. La libertad de mercado impone la relectura de todas aquellas normas, incluidas las constitucionales, que limitan o excluyen la libre competencia o que limiten el libre mercado, se avanza hacia un nuevo entendimiento del pacto constitucional realizado sobre los pilares de iniciativa pública y seguridad social pública. Ya Jelinek hablaba de las mutaciones constitucionales, aquellas en que sin que se altere el texto de la norma se cambia su significación, y es lo que está pasando con nuestra constitución económica, en los que se ven modificados los fundamentos constitucionales del derecho a la economía con merma del Estado Social de Derecho hasta ahora conocido.

#### **IV. LA IMPOSICIÓN DEL DERECHO EUROPEO**

Cuando se produce una contradicción interna en nuestro orden jurídico, es aquí en donde se impone el derecho europeo y el juez constitucional debe ceder ante el juez europeo.

Como se ha puesto de manifiesto por diversos autores el principio de primacía del Derecho europeo conlleva su supremacía sobre el Derecho de los Estados miembros, de suerte que en caso de colisión entre una disposición del Tratado o norma comunitaria directamente aplicable y una norma nacional, debe prevalecer aquella sobre esta, no sólo respecto del Derecho existente, sino también de futuro o *lege ferenda*. El principio de primacía significa que:

Debe interpretarse toda norma nacional, sea del rango que sea, evitando contradicciones con las normas europeas;

Adoptar medidas cautelares, pudiendo suspender cautelarmente la aplicación de cualquier norma nacional para garantizar preventivamente los derechos derivados de la norma comunitaria;

Inaplicar la norma nacional, cualquiera que fuere su rango, cuando se entienda de forma clara que resulta contraria al Derecho europeo, y ello sin esperar su derogación por el poder legislativo o su expulsión del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional;

Presentar cuestión prejudicial ante el TJUE en caso de dudas de la contradicción;

Y exigir responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho europeo.

Frente a dicha línea ha de ponerse de relieve que no es pacífico en los Estados miembros el aceptar el alcance que se pretende otorgar al Derecho europeo, no son pocos los Tribunales Constitucionales de los países miembros que se alinean en la tesis de que la Constitución es la norma suprema del Estado y es a través de esta como los Estados se integran en la Unión Europea, por lo que en consecuencia dicha integración no puede derogar la Constitución o desplazar sus normas. Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la cuestión afirmando en una primera ocasión la indisponibilidad de la Constitución vía tratado y en la segunda acepta una hipotética posibilidad de contradicción entre la Constitución y el Derecho europeo.

## V. LA LEY 20/2013: AL PAIRO DEL DERECHO EUROPEO

En este contexto ve la luz la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, en la que es fácil descubrir su alineamiento con los principios antes referidos –se pretende con la Ley conseguir la unidad de mercado mediante la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, la libre circulación de bienes y servicios y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio en la actividad económica–.

Parece consecuente que si se pretende un mercado único europeo, pasos indispensables a dicho objetivo es unificar previamente los mercados de los distintos Estados, y esa es la intención que se aprecia en esta Ley, acabar con los obstáculos normativos y demás trabas burocráticas autonómicas y locales, y al efecto se vale de instrumentos y técnicas –algunas originales, otras, en cambio, encuentran su origen en el propio Derecho europeo, tales como la exigencia de simplificación administrativa y los condicionamientos impuestos en los regímenes de autorización–, en la consecución de un mercado único europeo, de suerte que es fácil descubrir principios que son de aplicación en el ámbito intercomunitario –en el Tratado de Funcionamiento de la Unión europea, artículos 18 y ss., sobre no discriminación y ciudadanía, artículo 26 sobre mercado interior y las cuatro libertades fundamentales, artículo 28, libre circulación de mercancías y prohibición de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente, artículos 45 y ss., libre circulación de personas, servicios y capitales–, en un intento de reintroducir el “vínculo comunitario”, ex artículo 139.2 de la CE a la normativa autonómica, de manera que sólo será constitucional si, además de respetar el orden competencial, resulta adecuada a tal precepto constitucional reinterpretado en clave comunitaria.

Estamos ante una Ley ciertamente ambiciosa y cuyo encaje competencial entre las distintas Administraciones con competencias específicas sobre ámbitos materiales sobre los que incide directamente la Ley, no ha de estar exento de múltiples problemas, pues ha de convenirse que la regulación sustantiva que contiene transforma profundamente el conjunto de los ordenamientos autonómicos vigentes.

No son pocos los comentaristas de la Ley que anuncian graves conflictos competenciales y la inviabilidad de la Ley por estos obstáculos, al efecto ya se pronunciará el Tribunal Constitucional ante los recursos de inconstitucionalidad interpuesto por varias Comunidades Autónomas; pero no deja de ser curioso que no pocas técnicas utilizadas por el legislador estatal son importadas del Derecho Europeo, creándose graves problemas competenciales, lo que me lleva a preguntarme sobre el supuesto de que las mismas hubiesen sido impuestas directamente por una disposición europea y si se solventaría cualquier problema competencial sometiéndose la norma nacional a la disposición europea.

A la libertad de empresa y libertad de mercado como principios inspiradores, sigue, como veíamos, la proscripción del proteccionismo de la acción pública. La Ley responde también a esta regla, asistimos a una reformulación de la actividad de control de las Administraciones Públicas mediante la introducción de medidas novedosas, proyectando la eficacia de determinados actos más allá de la esfera de competencia del órgano que los dicta, o introduciendo un sistema de cooperación interadministrativa ciertamente innovador, todo lo cual afecta a institucionales jurídicas bien definidas en el Derecho Público.

## VI. LAS GARANTÍAS PROCEDIMENTALES

Como llave de cierre de la nueva regulación se prevé los “mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libre circulación”, de carácter administrativo, con la creación de una vía de reclamación administrativa para los operadores económicos, y un proceso contencioso-administrativo especial de carácter preferente y sumario, en el que se confiere legitimación a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

La introducción de estas garantías procedimentales trasciende mucho más allá del establecimiento de un cauce procesal para ventilar determinadas y delimitadas cuestiones, afecta de lleno a la sustancia de la jurisdicción contencioso-administrativa y al sistema de relación interadministrativa. No se pretende tutelar los derechos e intereses legítimos de los afectados, esta es una finalidad subsidiaria y residual, la finalidad del nuevo cauce procedimental con el proceso especial es estrictamente de legalidad objetiva, de control de un ámbito sectorial atribuida a un órgano administrativo respecto de la actuación de otras Administraciones Públicas, a modo de organismo supervisor tan al uso en el Derecho europeo, al que se le otorga una legitimación ad hoc, exclusiva y excluyente en defensa de un sector del ordenamiento jurídico –sólo se conoce un caso similar de otorgamiento de legitimidad por ley, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de Defensa de Consumidores y Usuarios, a favor del Instituto Nacional de Consumo, hoy Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, para el ejercicio de acciones de cesación en materia de cláusulas abusivas y frente al resto de conductas de empresarios contrarias a dicho Texto Refundido que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de consumidores y usuarios–. No estamos ante un órgano arbitral, al modo en el que se desenvuelve los Tribunales Económicos Administrativos o los Jurados de Expropiación, sino ante un órgano administrativo la CNMC dotado de todas las prerrogativas que otorga su condición, y por consiguiente de las potestades propias de los órganos administrativos a ejercer en el legítimo uso de las competencias atribuidas, con esta regulación desaparece, al menos parcialmente, estas potestades que

definen a la Administración y se le asigna un papel de garante de la legalidad a modo de Ministerio Fiscal de la unidad de mercado.

Todo lo cual afecta de modo sustancial al modelo que ha ido siendo depurado por el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia y que conocemos actualmente, el proceso en general se articula como el cauce a través del cual puede el interesado accionar su pretensión frente a la actuación de la Administración Pública, la disputa entre Administraciones se producen o bien porque la actuación de la Administración afecta a intereses y derechos legítimos de la otra Administración, o bien porque actúa al margen de sus competencias invadiendo las que corresponde a la Administración accionante, con este proceso especial se convierte a una Administración en supervisora y controladora de otras Administraciones Públicas en defensa del ordenamiento jurídico, no se está ejerciendo una determinada pretensión que otorga la legitimación para actuar, sino que se actúa en base a una legitimación otorgada legalmente en defensa de la unidad de mercado pues lo que se persigue es eliminar la vulneración de la libertad de circulación y establecimiento, siendo indiferente al efecto que estén presentes los interesados directos o legítimos. Se pasa de un proceso entre partes legitimadas, a un proceso entre Administraciones en defensa de un sector del ordenamiento jurídico.

Ello nos lleva a preguntarnos si el término utilizado en el artículo 127.bis, “actuación”, que no se contempla en los artículos 25 y ss. de la LJCA, sí en el artículo 1, no responde a un simple descuido, no es casual, y con ella el legislador está ampliando la actividad material de la Administración susceptible de control judicial, ejemplo determinados actos de gobierno de las Comunidades Autónomas o campañas informativas... Otra reflexión suscita en la misma dirección el preguntarnos porqué dicho artículo 127.bis, emplea el término “disposición” y no el de “disposición de carácter general”, lo que vuelve a suscitar la duda de si se está ampliando el control judicial a otras manifestaciones de la potestad administrativas sustraídas al control judicial, por ejemplo las meras instrucciones internas de la Administración.

## **COMUNICACIÓN SOBRE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO**

**Mónica Ortiz Sánchez**  
*Letrada de la Junta de Andalucía*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTRUCTURA DE LA NORMA. III. GARANTÍA AL LIBRE ESTABLECIMIENTO Y CIRCULACIÓN. IV. PRINCIPIO DE EFICACIA TERRITORIAL DE LAS NORMAS. V. COMPETENCIAS DEL ESTADO PARA DICTAR ESTA NORMA. VI. LAS LEYES DE ARMONIZACIÓN: UNA POSIBILIDAD POCO EXPLORADA. VII. CONCLUSIONES.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Nos ocupa en esta mesa redonda una de las leyes más controvertidas de la presente legislatura, y seguramente, una de las más criticadas, no por los fines que persigue formalmente, sino por la cuestionable técnica jurídica empleada, y por el retroceso que ha supuesto en el ejercicio de competencias autonómicas.

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. En particular, señala su artículo primero, tiene por objeto garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los propios contenidos del artículo 139 CE.

De conformidad con estos planteamientos, el objeto de la nueva Ley queda recogido en su artículo 1, del tenor siguiente:

2. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

Ha de recordarse que el concepto de unidad de mercado no tiene reflejo directo constitucional sino que ha sido acuñado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias al interpretar conjuntamente los artículos 28, 139, 149.1.1 y 149.1.13 de la Constitución Española.

Se observa pues con claridad que el objetivo perseguido por la nueva norma es distinto y va más allá del objetivo perseguido por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, que ha quedado incorporada a nuestro ordenamiento interno por Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de Libre Acceso a las Actividades de Servicios, y su ejercicio. Así se expone en el Preámbulo de la Ley 20/13, conforme al cual.

A diferencia del proceso de construcción del Mercado Interior de la Unión Europea que se ha desarrollado a lo largo de los últimos veinte años, esta norma pretende garantizar la unidad del mercado nacional español cuya existencia es ya una premisa básica de partida de la Constitución Española, evitando o minimizando las distorsiones que puedan derivarse de nuestra organización administrativa territorial. Esto no puede sino afectar positivamente a la propia construcción del mercado interior a nivel europeo, dado que es indudable que un mejor funcionamiento del mercado único español tendrá un efecto positivo sobre el desarrollo del Mercado Interior de la Unión Europea.

En consonancia con estos objetivos perseguidos por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, tiene un doble ámbito de aplicación: En primer lugar, la Ley no habla solamente de servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica sino que se hace extensiva también a los bienes y productos que se ponen en el mercado, al emplear el término más amplio de “actividades económicas en condiciones de mercado”. En segundo lugar la Ley se hace extensiva también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios.

Podemos extraer, por tanto, los principales objetivos perseguidos por la nueva norma, que se pueden resumir de la siguiente forma:

Reducir la sobreabundancia normativa procedente de las distintas autoridades competentes en el sector y que se traduce en la existencia de obstáculos y trabas innecesarias e injustificadas a la libertad de establecimiento y de circulación dentro del territorio nacional.

Reducir también la fragmentación que ello conlleva del mercado nacional, garantizándose la unidad de mercado en aras a favorecer las economías de escala, la productividad, el crecimiento económico y el empleo.

Establecer principios y garantías para que los operadores económicos nacionales o europeos se beneficien de un mercado nacional de tales características.

¿En qué contexto ha de aplicarse esta norma? En un País en el que existen más de 6.000 normas (estatales y autonómicas) vigentes y en el que el conocimiento de la norma por los operadores jurídicos ya no es un afirmación fácil de hacer.

El planteamiento en la norma de la defensa ultranza de la economía de mercado como fundamento esencial del ordenamiento jurídico supone, y por ello ha sido tan duramente criticado, desconocer que existen una serie de principios y derechos reconocidos en la Constitución Española que son dignos de, al menos, la misma protección que el mercado, y que en ocasiones pueden determinar el establecimiento de limitaciones.

## II. ESTRUCTURA DE LA NORMA

Dentro de la norma podemos diferenciar dos ámbitos: uno sustantivo o material y otro procedimental.

La Ley en los Capítulos I a V establece el nuevo marco general de la unidad mercado a través de una serie de disposiciones generales (Capítulo I), define los principios generales de la unidad de mercado (Capítulo II), refuerza o más bien impone un sistema de cooperación (Capítulo III) entre Administraciones que a veces no es tal, regula los criterios para justificar la intervención administrativa (Capítulo IV Garantías de la unidad de mercado) y finalmente dedica un título entero al Principio de eficacia en todo el territorio nacional (Capítulo V).

Desde el punto de vista procedimental los Capítulos VI y VII regulan los procedimientos administrativos y contenciosos para hacer efectivo el principio de unidad de mercado, que no son objeto de análisis en esta comunicación.

Pueden destacarse como cuestiones sustantivas más novedosas de la norma el nuevo régimen de autorizaciones administrativas que supone, y ya adelantamos, un quebranto claro del régimen de distribución de competencias establecido en el bloque de constitucionalidad, y que unido al principio de eficacia en todo el territorio nacional de las autorizaciones administrativas, supone un cambio radical en los fundamentos

no sólo del derecho constitucional, sino también del derecho administrativo, tal y como lo conocemos hasta la fecha.

Antes de analizar estas cuestiones me gustaría compartir la sorpresa que produjo en mí la primera lectura de esta norma. En un primer momento, en plena lectura de la exposición de motivos, y con el contexto de la crisis económica de fondo, me alegré al comprobar que el proyecto normativo tenía por objeto eliminar trabas administrativas con la finalidad de profundizar en la unidad de mercado, y en definitiva con la finalidad eliminar obstáculos al libre acceso y ejercicio de actividades económicas, así como a la libre circulación de bienes y servicios que redundaría en una mejora de la economía. Alguno atisbo de duda existía sin embargo cuando la exposición de motivos declaraba que la norma quería ir más allá de la directiva de servicios, cuyo proceso de trasposición enormemente complejo debido a la estructura territorial del estado español, todos aún recordamos.

Este primer acercamiento positivo se vio reforzado con la lectura de los artículos 1 y 2 (objeto y ámbito de aplicación respectivamente) y con los principios (ya conocidos) enumerados en el Capítulo II como el principio de no discriminación, el principio de cooperación y confianza mutua, el principio de necesidad y proporcionalidad, el principio de simplificación de cargas, el principio de transparencia, principios todos ellos que habrían de inspirar la nueva normativa en materia de autorizaciones que se dictase por las Comunidades Autónomas en aplicación de esta norma.

Sin embargo la primera sorpresa relevante vino con la lectura del artículo 6 relativo al principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional, que establece la eficacia en todo el territorio nacional de los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de una actividad económica.

Este principio choca frontalmente con el reparto competencial existente, y concretamente, con el artículo 7 del Estatuto de Autonomía para Andalucía que bajo la rúbrica “Eficacia territorial de las normas autonómicas” dispone la aplicación de las normas exclusivamente al territorio autonómico, con alguna salvedad. Tendremos ocasión de referirnos al mismo con posterioridad.

Esto nos lleva a recordar los principios generales del derecho y en concreto al principio de la ley en el espacio. Las leyes, en relación con su aplicación en el espacio sólo pueden aplicarse en el territorio del estado que las promulga, no sólo por el deber teórico de respeto para las soberanías extranjeras, sino por la consideración práctica de carecer de toda fuerza coactiva más allá de las fronteras. Este principio es extrapolable, con limitaciones a la configuración del Estado Autonomico.

Este principio, junto con otros aspectos que analizaremos posteriormente, requieren manifestarnos rechazando esta norma, no en cuanto a sus loables fines, sino en cuanto a los remedios empleados que carecen de adecuado sustento jurídico, y que van a provocar en la práctica más inseguridad jurídica que la que pretenden evitar. Autores como Santiago Muñoz Machado han llegado a decir de esta norma lo siguiente: “La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, rebosa de buenas intenciones, que están formuladas casi siempre con muy deficiente técnica. Más aún, maneja instituciones jurídicas esenciales con una falta de criterio digna de la más severa crítica”.

Los instrumentos de cooperación entre Administraciones Públicas del Capítulo III como son la creación de un Consejo de Unidad de Mercado, el reforzamiento de las conferencias sectoriales, el establecimiento de un procedimiento (artículo 14) de cooperación en la elaboración de proyectos normativos o la evaluación periódica de la normativa parecen constituir todos iniciativas loables para conseguir dicha unidad de mercado. La cuestión sin embargo estriba en que con la finalidad de conseguir dicha unidad de mercado la norma está reformulando el asentado procedimiento de elaboración de disposiciones generales en el que como novedad podrían participar de forma más activa los operadores económicos (con la posibilidad como se verá posteriormente de interponer recursos en caso de disconformidad con la regulación finalmente aprobada) y en concreto está fijando unos procedimientos de cooperación entre Administraciones, que no son en puridad de cooperación, pues se establecen con carácter imperativo.

Así por ejemplo las Conferencias Sectoriales que según el artículo 12 analizan las condiciones y requisitos para el acceso y ejercicio de la actividad económica, así como para distribución y comercialización de productos, podría impulsar cambios en la normativa existente, adoptar acuerdos sobre estándares de regulación sectorial en materias de competencia autonómica o local, así como adoptar planes de actuación para eliminar barreras.

Junto a ello en el artículo 14 relativo a la cooperación en la elaboración de proyectos normativos, puede señalarse que no se trata de una cooperación voluntaria sino que la propia norma impone la obligación a todas las autoridades competentes de intercambiar información sobre proyectos normativos y ponerlos a disposición de las demás autoridades competentes, analizando si la regulación de los mecanismos de intervención administrativa se ha realizado por otras autoridades de forma distinta.

### III. GARANTÍA AL LIBRE ESTABLECIMIENTO Y CIRCULACIÓN

Entrando ya a analizar el Capítulo IV, éste comienza con el artículo 16 que realiza una importante declaración: “el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley”.

La proclamación de este principio, debe cuestionarse desde el punto de vista de la opción de la norma por una clara desregulación de una tradicional sistema autorizatorio, sin tener en consideración la existencia de intereses dignos de protección que pueden justificar el establecimiento de medidas de intervención administrativa en la actividad económica, que pueden tener su fundamento, bien en la normativa Internacional o de la Unión, como en la propia normativa dictada por las CCAA en el ejercicio de sus competencias clásicas relacionadas con la actividad autorizatoria como son el urbanismo, medio ambiente, turismo, comercio o patrimonio histórico.

En un principio el artículo 5 se refiere a las razones imperiosas de interés general que pueden justificar un régimen de intervención administrativa por remisión al artículo 3.11 de la Ley 17/2009 sin embargo, al llegar al artículo 17 este ámbito se restringe aún más como veremos a continuación.

A partir de la nueva Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, el medio de intervención no es libremente elegible por la Administración competente, debiendo atenerse a lo previsto a tales efectos en el artículo 17 de la norma legal que dispone que los límites al acceso o ejercicio de la actividad económica estarán presididos por los principios de necesidad y proporcionalidad, y deberán estar en todo caso fijados en norma de rango legal. Este precepto, según los casos, prevé una u otra forma de intervención administrativa que, resumidamente, podemos exponer de la siguiente forma:

Autorización: cuando concurren alguno de los siguientes supuestos:

- a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.
- b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.

- c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.
- d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución.

Declaración responsable: para acceder o prestar un servicio o para las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para ello, cuando la normativa exija el cumplimiento de requisitos justificados.

Comunicación: cuando sea preciso conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado.

Por tanto, la Administración Pública competente que pretenda establecer algún tipo de intervención administrativa en este sector se ajustará al elenco descrito siempre que concurren los supuestos descritos respectivamente para cada uno de ellos.

Señala dicho artículo 17.1 que “se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen”.

Como consecuencia de este régimen se han venido aprobando en las distintas Comunidades Autónomas las normas que han revisado todo el elenco de autorizaciones existentes para adaptarlo a la unidad de mercado. Dado el plazo de 6 meses que para este fin prevé la disposición final quinta, esta labor se llevó a cabo en Andalucía mediante el Decreto-Ley 5/2014, de 22 de abril, de Medidas Normativas para Reducir las Trabas Administrativas a las Empresas, posteriormente por la Ley 3/2014, de 1 de octubre, del mismo nombre.

El artículo 18.2 desglosa las actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, entre las que cita las siguientes: exigir requisitos para el ejercicio de la actividad económica en el territorio de la autoridad competente que sean distintos de la autoridad de origen; imponer, en materia de cualificación profesional, exigencias adicionales respecto de las requeridas en el lugar de origen; fijar requisitos adicionales en materia de aseguramiento de responsabilidad civil a los establecidos en la normativa del lugar de origen; requerir especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización para la prestación de un servicio, que sean distintas a las establecidas en el lugar de fabricación; exigir, para la obtención de ventajas económicas, requisitos para acreditar la equivalencia de las

condiciones que reúne el operador establecido en otro lugar del territorio con los requisitos exigidos para la concesión de dichas ventajitas económicas.

De este nuevo sistema puede desprenderse, que mientras con la Directiva de Servicios fue necesario un proceso en cascada en el que cada instancia territorial, en el ejercicio de sus competencias fue supervisando el régimen de autorizaciones existente para adecuarlo a las exigencias de la normativa de la unión, llevando a cabo un complejo proceso de adaptación normativa en un marco estable de seguridad jurídica, con la presente Ley, el Estado se excede de su ámbito competencia, incluyendo en este proceso de liberalización de actividades sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios, e imponiendo además conceptos esenciales para valorar las limitaciones que se impongan por las Comunidades Autónomas.

Este sistema debe ser criticado por cuando la eliminación de dichos mecanismos de intervención debería ser decidida en los sectores y materias de su competencia por las comunidades autónomas, y no por una ley estatal de forma genérica.

#### **IV. PRINCIPIO DE EFICACIA TERRITORIAL DE LAS NORMAS**

Especial incidencia ha de tener la reformulación del principio de eficacia territorial de las normas, pues a través de distintos preceptos de la ley, se otorga eficacia más allá de su territorio a actos y disposiciones dictadas por Comunidades Autónomas, de suerte que ello puede suponer el desconocimiento de los actos o disposiciones dictados por otras Comunidades Autónomas, y suponer una huida de personas y empresarios hacia las Comunidades Autónomas en las que el acceso y ejercicio a actividades económicas resulte más flexible.

El artículo 19 regula la libre iniciativa económica en todo el territorio nacional del siguiente modo: el establecimiento en un lugar del territorio nacional conforme a la normativa vigente en el mismo habilita a ejercer la actividad económica en todo el territorio nacional; la elaboración de cualquier producto conforme a la normativa del lugar de origen faculta su circulación en el resto del territorio; el cumplimiento de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías impuestas por la normativa del lugar de origen vincula a la autoridad de destino, aunque sean distintos de los impuestos por la normativa del referido lugar de destino.

El artículo 20 dispone que los medios de intervención de la autoridad de origen tendrán plena validez en todo el territorio nacional, sin necesidad de que el operador económico realice un trámite adicional o cumpla nuevos requisitos. Asimismo, establece excepciones al principio de eficacia de las actuaciones administrativas en

todo el territorio nacional en los casos de instalaciones o infraestructuras físicas, ocupación de un determinado dominio público y cuando el número de operadores económicos en un lugar del territorio sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas.

El artículo 21 establece el régimen de supervisión de los operadores mediante la fijación en el apartado 2 de unos criterios cuando la competencia respecto del ejercicio de la actividad económica no sea estatal. Entre ellas, la letra c) prevé que las autoridades del lugar de fabricación serán las competentes para el control del cumplimiento de la normativa relacionada con la producción y los requisitos del producto para su uso y consumo.

La disposición adicional décima establece unas reglas para la determinación de la autoridad de origen en los supuestos en que el operador se haya establecido en más de un lugar.

El reconocimiento de actos de estados miembros en otros estados miembros de la Unión Europea se ha basado siempre en el principio de reconocimiento mutuo, que consistía en aproximar legislaciones y una vez armonizadas, reconocer eficacia a los actos dictados conforme a dichas legislaciones armonizadas.

Esta norma sin embargo no espera a dicho proceso de armonización, sino que directamente impone la normativa de una Comunidad Autónoma a otra por la vía directa. Esto ha sido denominado por la doctrina “el dumping regulatorio”, consistente en la huida de los operadores económicos a las Comunidades Autónomas en las que el acceso y ejercicio de una actividad o la producción de un bien estén sujetos de menos requisitos que en otro, para a partir de ahí desplegar su actividad a otros territorios, bajo la cobertura de la normativa de la autoridad de origen.

## **V. COMPETENCIAS DEL ESTADO PARA DICTAR ESTA NORMA**

Antes de analizar los títulos competenciales ha de recordarse la importancia de lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Española en el “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y el artículo 139.2 según el cual “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”. Estos preceptos constituyen dos de los artículos básicos en materia económica de la Constitución Española, y que junto a los atributivos de competencias, son objeto de análisis por el Tribunal Constitucional en la doctrina que se expondrá a continuación.

Descendiendo ya a los títulos competenciales en los que se fundamenta el anteproyecto de ley, estos se contienen en la disposición final tercera:

Disposición final tercera. Título competencial.

Esta Ley se dicta en ejercicio de las competencias exclusivas del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, legislación procesal, en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, así como sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y la legislación básica sobre contratos, recogidas respectivamente en las reglas 1.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> del artículo 149.1 de la Constitución.

Se trata, pues, de una ley que encontraría fundamento en varios títulos competenciales, pudiendo cuestionarse esta disposición desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), en la medida en que no precisa qué partes de la norma se fundamenta en uno u otro título, de manera que no facilita, precisamente, el análisis de la posible conculcación de competencias de la Comunidad Autónoma.

De los títulos que se indican en la disposición final tercera, los principales en los que se ampara el anteproyecto de ley son el de 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 y el de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (149.1.1.º y 13.º).

Ambos títulos competenciales se caracterizan por su potencialidad expansiva, de manera que al amparo de los mismos el Estado puede incidir en materias que son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. No obstante dicha potencialidad expansiva ha de ser objeto de la adecuada matización para no suponer el ejercicio de competencias por parte del Estado un desconocimiento de las competencias autonómicas.

Respecto al concepto de unidad de mercado y al ejercicio de competencias en esta materia, interpretando los artículos 149.1.1 y 149.1.13 de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una jurisprudencia en la que si bien por una parte reconoce las competencias del Estado para dictar normas que garanticen la unidad y la igualdad en base a los títulos citados, no es menos cierto que señala en todo momento que dicha unidad no ha de ser nunca identificada con uniformidad. Se reproducen por su interés dicha realizando los siguientes pronunciamientos.

En la STC 88/1986, de 1 de julio, señala que “tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración

del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, con autonomía política, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad de mercado de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios”.

También señala en su Sentencia 61/1997, de 20 de marzo:

7. (Delimitación negativa y positiva de la competencia del artículo 149.1.1.º CE).

Al objeto de situar el artículo 149.1.1.º CE en su debido contexto, deben hacerse algunas precisiones acerca de la naturaleza y alcance de la competencia estatal que aquí se considera para mejor determinar, desde una interpretación sistemática, cómo ha de articularse con la competencia autonómica sobre urbanismo.

- a) En primer lugar, importa delimitar por vía negativa el título competencial residenciado en el artículo 149.1.1.º CE. De una parte, no se puede identificar con el contenido derivado de otros preceptos constitucionales, tales como los artículos 138.2 y 139.1, que son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales; o el artículo 139.2, en cuanto expresión de la unidad de mercado y del derecho a la libre circulación. De otra, el artículo 149.1.1.º CE no viene a ser un trasunto, en el plano competencial, del artículo 14 CE, que, por lo demás, vincula a todos los poderes públicos. Este título estatal no representa, pues, una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal.

Ha de añadirse que “condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”. El artículo 149.1.1.º CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho –como en el caso de la propiedad del suelo–, no lo es menos, sin embargo, que la competencia “ex” artículo 149.1.1.º CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando

tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.

Finalmente, las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos (artículo 53.1 CE), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que éste sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente, no para regular; no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad (artículo 53.1 CE).

b) En segundo lugar, conviene recordar algunas notas que delimitan positivamente la competencia estatal “ex” artículo 149.1.1.º CE. Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la “materia” sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el artículo 149.1.1.º CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (artículo 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del artículo 149.1.1.º CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.

Por otra parte, tal como se ha indicado, constituye un título competencial autónomo, positivo o habilitante, constreñido al ámbito normativo, lo que permite al Estado una “regulación”, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico.

En definitiva, y para recapitular, el artículo 149.1.1.º CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual, aunque la normación del derecho por virtud de esta competencia sea limitada, no ya sólo porque no se inscriba en la dinámica de las bases-desarrollo, en la que siempre ha de restar un espacio normativo para las Comunidades Autónomas,

sino, más exactamente, como ha quedado razonado, porque las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico. En tal contexto, no debe olvidarse que la “igualdad de todos los españoles” representa el elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia estatal. En el ámbito urbanístico, es la intervención del legislador estatal “ex” artículo 149.1.1.º CE la que garantiza esa igualdad, máxime si se tiene en cuenta la inexcusable remisión al planeamiento y la disparidad de usos y contenidos susceptibles de apropiación que de ahí resulta.

#### 8. (Contenido o significado de las “condiciones básicas”).

Una comprensión sistemática del entero orden competencial lleva a concluir, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, que las “condiciones básicas” hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta. Como hemos insistido, si por “condiciones básicas” hubiera de entenderse cualquier condición “material”, obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el artículo 149.1 CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas. Si nos referimos al ámbito urbanístico y de la ordenación del territorio, bastaría con que el Estado invocara la regulación de las condiciones básicas de igualdad –sociales, económicas, políticas y jurídicas– para el ejercicio de la propiedad urbana y la libertad de empresa, por ejemplo, para que pudiera dictar una norma de una amplitud tal que poco les restaría a las Comunidades Autónomas de esta competencia exclusiva en materia de urbanismo.

Dentro de esas “condiciones básicas” cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (así, respecto de la propiedad privada la demanialización de toda una categoría de bienes definidos por sus características naturales: STC 227/1988, FJ 14); los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (SSTC 5/1981 [RTC 1981, 5], FJ 26; 37/1981, FJ 2); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho (como la inscripción censal para el derecho de sufragio; STC 154/1988, FJ 3); etcétera.

Más recientemente la STC 96/2013, sobre la competencia tributaria de las Comunidades Autónomas en relación a la actividad comercial consistente en el establecimiento de grandes superficies comerciales ha señalado lo siguiente:

“4. Delimitado en estos términos su objeto, lo que se nos plantea en este recurso de inconstitucionalidad es si el sometimiento del ejercicio de una cierta actividad empresarial —en este caso la distribución comercial mediante grandes superficies— a distintas condiciones según el territorio donde se realice, concretamente a un diferente régimen impositivo dependiendo de si se desenvuelve la actividad en Aragón o en otra Comunidad Autónoma, rompe la unidad de mercado constitucionalmente reconocida, en el sentido de que impide que el derecho a la libertad de empresa se ejercite en condiciones básicas de igualdad (artículo 38 CE) o en la medida que supone un obstáculo a la libre circulación impuesta por el artículo 139.2 CE.

Para abordar esta cuestión hemos de partir de la doctrina que hemos establecido al examinar el encaje recíproco de dos elementos esenciales de nuestra construcción constitucional: de un lado, el esencial principio de unidad del sistema, en su manifestación de unidad del mercado o de unicidad del orden económico general; de otro, la diversidad regulatoria, también consustancial a un Estado compuesto como el conformado por la Constitución de 1978 en el que las competencias normativas son distribuidas entre el Estado central y las Comunidades Autónomas. En este sentido, hemos declarado que la Constitución prevé una serie de técnicas orientadas a asegurar la unidad de mercado a pesar de la distribución territorial de las competencias normativas, que son las siguientes:

- a) En primer término, algunas materias se sustraen a la pluralidad normativa mediante la reserva de la función legislativa al Estado. En este sentido, en la STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, señalamos que «la unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, ... y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las ‘bases’».
- b) Un segundo instrumento que garantiza, en este contexto de reparto territorial de la función legislativa, una cierta uniformidad en todo el territorio nacional es que el artículo 53.1 CE sujeta al legislador a respetar el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales. De este modo, todo legislador, ya sea estatal o autonómico, cuando materializa sus competencias normativas está vinculado por el mismo contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, en este

caso por el contenido esencial de la libertad de empresa ex artículo 38 CE. En la STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 13.a), destacamos esta función de los derechos constitucionales cuando afirmamos que “no sólo se imponen al legislador, sino que son resistentes al mismo, de manera que si aquél legislara contra dicho contenido esencial, el producto —la ley— podrá ser declarado inconstitucional, pues los derechos constitucionales también se caracterizan por su justiciabilidad inmediata. Puede hablarse, por tanto, de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional respecto de estos derechos, sustrato de igualdad que deriva directamente de la propia Constitución”.

- c) Además de las dos técnicas anteriores, la Constitución impone al legislador con este propósito un tercer grupo de límites. En efecto, el respeto del legislador al contenido esencial de los derechos y libertades constitucionales no agota, sin embargo, todo el margen de opción que le es propio, de modo que, como es natural en un Estado compuesto, el ejercicio constitucionalmente lícito de sus competencias normativas por los legisladores autonómicos puede deparar que una misma actividad económica, en este caso la distribución comercial mediante el uso de grandes superficies, quede sujeta a regímenes distintos dependiendo de la parte del territorio nacional donde se realice. Esta desigualdad en las condiciones de ejercicio de una determinada actividad a consecuencia de la pluralidad de ordenamientos autonómicos, que en principio es constitucionalmente legítima pues es la manifestación de las competencias normativas atribuidas a las Comunidades Autónomas, encuentra ciertos límites en aras de la unidad de mercado en distintos preceptos del Título VIII de la Constitución.

En tal sentido, partiendo de las previsiones de los artículos 2 y 139 CE, en la STC 88/1986, de 1 de julio, establecimos que “esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de las actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: la regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación, en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por

su fin; y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles. Por todo ello, para evaluar si la normativa impugnada vulnera o no los mandatos constitucionales pertinentes a la unidad de mercado, es necesario aplicar estos criterios acabados de exponer a las normas en cuestión, precisando su cobertura competencial, la intensidad de la diversidad que introducen, y su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen.

Junto a aquellos preceptos del Título VIII de la Constitución que suponen un límite en sí a la diversidad regulatoria que puedan introducir los legisladores autonómicos en el ejercicio de sus competencias, este Tribunal ha reconocido que, cuando dichos medios se demuestran insuficientes para imponer la igualdad básica de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, el Estado puede intervenir normativamente a fin de garantizar esa igualdad en virtud de los artículos 149.1.1 CE (STC 61/1997, de 20 de marzo) y 149.1.13 CE (STC 225/1993, de 8 de julio).

d) En conclusión, no habiendo legislación estatal dictada al amparo de los artículos 149.1.1 o 149.1.13 CE, lo que tendremos que analizar en el presente supuesto es si la regulación autonómica que genera la diversidad regulatoria se lleva a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad Autónoma y, de ser así, si el ejercicio de esta competencia legislativa respeta o no el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa (artículo 38 CE) y si supone o no un obstáculo a la circulación de personas y bienes en todo el territorio español (artículo 139.2 CE).

Expuesto el fundamento constitucional de la ley y la jurisprudencia asociada a los títulos competenciales invocados como habilitantes para la dictar la normativa, pasamos a continuación al análisis de la posible incidencia en las competencias de la Comunidad Autónoma, que podrían verse vulneradas.

Como consideración de carácter general podemos señalar que la regulación proyectada afecta no ya a concretas competencias, sino a la propia esencia y estructura de la autonomía. Nos referimos a que no se trata de que concretos preceptos de la ley afecten a concretos preceptos del Estatuto de Autonomía, sino que laafección a las competencias de la Comunidad Autónoma es de carácter estructural y esencial, partiendo del esquema general que subyace en la nueva regulación, en un entendimiento de lo que haya de ser la unidad de mercado con un carácter maximalista que supone un desapoderamiento a la Comunidad Autónoma para el establecimiento de políticas propias en materia de su competencia, como veremos. En definitiva, afecta a la propia esencia de la autonomía.

La Ley supone una vulneración del sistema de distribución de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en el resto de normas

de bloque de constitucionalidad. Supone en definitiva una ruptura de las reglas del juego del Estado Autonómico que conocemos hasta la fecha.

Con ser el artículo 58 del Estatuto de Autonomía el que atribuye a la Comunidad Autónoma determinadas competencias sobre la actividad económica, no es sólo éste el precepto que se vería afectado, ya que dicha actividad económica puede ejercerse en distintos sectores (agricultura, ganadería, energía, cultura, etc.) sobre los que el Estatuto de Autonomía atribuye competencias a la Comunidad Autónoma con distinto alcance, según que se califiquen las mismas como exclusiva, como compartidas o como de ejecución. E incluso puede afectar a políticas en materias transversales, en el sentido de que afectan horizontalmente a varias materias, como la establecida en materia de protección de consumidores y usuarios.

En este sentido, el entendimiento que la ley hace del principio de unidad de mercado haría en la práctica inviable el ejercicio por la Comunidad Autónoma de sus competencias mediante el establecimiento de políticas propias en los distintos sectores de la actividad económica sobre los que ostenta dichas competencias.

Puede considerarse que la Ley trata de imponer, en la práctica, una uniformidad que resulta incompatible con la estructura descentralizada de nuestro Estado, caracterizada, como antes señalamos, por la diversidad, como manifestación de la autonomía política, rompiendo ese difícil equilibrio al que antes aludimos entre la unidad de mercado y las competencias de las Comunidades Autónomas.

Desde el punto de vista de un recurso de inconstitucionalidad a plantear por la Comunidad Autónoma de Andalucía puede plantearse como preceptos vulnerados de la Constitución Española los siguientes relativos a las materias que se indican: 9.3 seguridad jurídica, 14 igualdad, 3. libertad de empresa, 139 economía, 149.1.1 establecimiento de las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles, entre otros.

Del Estatuto de Autonomía para Andalucía puede invocarse como vulnerados los siguientes artículos relativos a las siguientes materias: 7 eficacia territorial de las normas autonómicas, 10.4 objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, 43.1 alcance territorial y efectos de las competencias, 58 actividad económica (1.1, 2.4 y 4.5), 157 principios y objetivos básicos y 164 defensa de la competencia.

A continuación analizamos ya cada uno de los motivos de impugnación que se proponen:

En primer lugar el se puede invocar la vulneración de la competencia para la regulación y el contenido 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, mediante la infracción de los artículos 38, 139 y 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución Española.

Se entienden vulnerados por lo tanto los artículos de la Constitución Española citados en la interpretación dada por la jurisprudencia constitucional anteriormente mencionada, por cuanto el sistema que establece la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, no respeta la posibilidad que tienen las Comunidades Autónomas de regular las materias de su competencia dentro del sistema establecido por el Tribunal Constitucional en el que ha señalado que unidad de mercado, no significa uniformidad, sino que permite la diversidad de regímenes jurídicos basados en la propia estructura territorial del Estado y en el sistema de distribución de competencias.

El siguiente motivo de impugnación se centra en el sistema de eficacia extraterritorial de la normativa autonómica que podrían vulnerar los artículos 149.1.1.<sup>a</sup>; e igualmente los artículos 7 y 43.1; los apartados 1.1.º, 2.4.º y 4.5.º del artículo 58; y 157 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Todos estos artículos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, inciden en el principio de eficacia territorial de las normas puesto que atribuyen una posición de superioridad a la normativa y autoridades de origen, de suerte que la normativa y actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma en que esté ubicado el operador económico se aplica con prevalencia sobre la normativa de la autoridad de destino, suponiendo ello una proyección de la normativa de la autoridad de origen en el territorio de la autoridad de destino. A título de ejemplo en una Comunidad Autónoma puede autorizarse la organización, gestión o explotación de juegos o apuestas incluidos en un Catálogo y que cuenten con regulación reglamentaria, debiendo entenderse que podría producirse un conflicto con los operadores autorizados por una Comunidad Autónoma de origen que sí tuvieran autorizado y regulado un juego que en la Comunidad Autónoma de destino no lo tuviera autorizado, o que no constase con regulación.

Este supone, junto con el anterior motivo, el núcleo esencial de los motivos impugnatorios, puesto que atenta contra la propia configuración del Estado Autonómico, y supone un cuestionamiento general del sistema de distribución de competencias como ha sido expuesto anteriormente.

La norma estatal para incidir en la unidad de mercado debería haber establecido un sistema de colaboración entre las distintas autoridades competentes con el objetivo de unificar normativa, criterios y actuaciones, pero de forma voluntaria, y en vez de ello ha impuesto un sistema basado en la ignorancia de la normativa de la autoridad

de destino, atribuyendo la prevalencia de la normativa y actuación de la autoridad de origen sobre la de destino. Ello no sólo es contrario al principio de eficacia territorial de las normas sino también al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE, por la incertidumbre que va a generar la aplicación de las distintas normas.

C) Puede invocarse también la vulneración de la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía para la regulación y el control de la actividad económica, mediante la infracción de los artículos 38; apartados 1 y 3 del artículo 53 de la Constitución Española; e igualmente los artículos 10.4 y 43.1; los apartados 1.1.º, 2.4.º y 4.5.º del artículo 58; y 157 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Este motivo se basa en la invasión de competencias autonómicas en materia de regulación y actividad económica. Este motivo de impugnación está íntimamente relacionado con el primer motivo impugnado, puesto que constituyen dos caras de una misma moneda. El ejercicio de las competencias que atribuye al Estado la Constitución Española, y la habilitación que realizan los preceptos constitucionales analizados en este informe, de forma exorbitante ha supuesto una vulneración de las competencias autonómicas en la materia.

D) También puede considerarse vulnerado el principio de igualdad ya que discriminan la normativa autonómica, mediante la infracción del artículo 14 de la Constitución Española.

El informe motiva este punto del acuerdo en el hecho de que la norma, si bien permite que cada Comunidad Autónoma regule las autorizaciones, declaraciones responsables o licencias según la aplicación de los criterios que se fijan en la norma, al final, el hecho de que una Comunidad Autónoma imponga requisitos a una actividad, éstos resultarán inaplicables si el operador económico viene de la Comunidad Autónoma en lo que no se exigen dichos requisitos. Ello supondrá siempre un trato discriminatorio a las Comunidades Autónomas que regulen de forma más detallada o exhaustiva una materia, tanto desde el punto de vista del acceso como del ejercicio de la actividad.

E) También ha de considerarse vulnerado el principio de seguridad jurídica, mediante la infracción del artículo 9.3 de la Constitución Española.

La vulneración del artículo 9.3 CE ha entenderse producida porque la configuración del conjunto del sistema en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de Unidad de Mercado, plantea numerosos reproches desde el punto de vista de la seguridad jurídica, como se pone de manifiesto a lo largo de toda esta comunicación.

## **VI. LAS LEYES DE ARMONIZACIÓN: UNA POSIBILIDAD POCO EXPLORADA**

Por último en el análisis de la norma hemos de plantearnos la posibilidad de que si el Estado lo que pretendía con esta norma era alcanzar unos fines loables desde el punto de vista de la economía general, y al no ser los instrumentos previstos en la norma los adecuados desde el punto de vista constitucional, no podría haber empleado otras figuras que ofrece el ordenamiento jurídico actual, respetuosas del sistema de distribución de competencias, y que permitirían analizar materia por materia, en vez de realizar una regulación general con toda la problemática que se va a suscitar.

En este sentido ha de plantearse la posibilidad de que el Estado, si considera necesario, que por razones de economía general y de unidad de mercado, deba regularse una materia de forma homogénea en todo el Estado español, pueda acudir a la ley de armonización, figura olvidada hasta la fecha, y empleada una sola vez en esta democracia.

El artículo 150.3 de la Constitución Española dispone que “El Estado podrá dictar leyes que establezcan principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad”.

Esta figura, la de las leyes de armonización, como ya hemos indicado, ha sido empleada en una sola ocasión desde la aprobación de la norma fundamental, y fue con ocasión de la Ley Orgánica y de Armonización del Proceso Autonómico, aprobada en junio de 1982, que tenía por objeto establecer una serie de criterios interpretativos sobre la distribución de competencias plasmada en los artículos 148 y 149 de la Constitución, ante la inexistencia en ese momento de jurisprudencia constitucional.

Recordemos que esta norma fue recurrida mediante el ya desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad, dando lugar a la Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, que declaró inconstitucional parte de dicha norma, FJ 3

Por lo que se refiere a la dimensión armonizadora del Proyecto, también impugnada, antes de proceder al análisis de su articulado es preciso dilucidar dos cuestiones previas: a) si el carácter armonizador atribuido al Proyecto se extiende a la totalidad de su contenido, y b) en qué supuestos la defensa del interés general legitima constitucionalmente al legislador para hacer uso de la técnica armonizadora prevista en el artículo 150.3 de la Constitución.

a) El Gobierno, en su comunicación al Congreso de los Diputados y al Senado sobre la necesidad de promulgar una Ley de Armonización del Proceso Autonómico,

solicitó de las Cortes Generales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150.3 de la Constitución, que apreciaran la necesidad, impuesta por el interés general, de que se dictasen las disposiciones armonizadoras contenidas en el “Anteproyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico” que acompañaba a la comunicación. Dichas disposiciones hacían referencia a las siguientes materias: cooperación entre autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas (artículo 9); relaciones entre las Comunidades Autónomas y las Diputaciones Provinciales (artículos 12, 13, 14, 15, 16 y 17); elaboración de normas o programas de contabilidad nacional (artículo 19.2); organización y competencias de las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos o profesionales (artículo 21); función pública autonómica (artículos 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38 y disposiciones adicionales segunda y tercera). Tras las modificaciones experimentadas por el Proyecto en su tramitación parlamentaria, tales preceptos corresponden a los actuales artículos: 8 (del Título I), 11 a 17 (totalidad del Título II), 19.2 y 21 (del Título III), 31, 32, 33, 35, 36, 37 y 38 (del Título VI) y disposiciones adicionales segunda y tercera.

Tanto el Congreso como el Senado se pronunciaron positivamente sobre la necesidad de establecer los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas en relación con las mencionadas materias, pero, al cumplirse únicamente respecto a ellas el requisito establecido en el artículo 150.3 de la Constitución, el pretendido carácter armonizador no puede extenderse al resto de la Ley, pese a la denominación asignada a ésta. En la misma comunicación a las Cortes señala el Gobierno que conviene mantener la estructura y el contenido unitario de la Ley en cuestión con el fin de presentar una ordenación global del proceso autonómico, pero reconoce que dentro de la Ley existen preceptos heterogéneos y que sólo algunos de ellos tienen el carácter de armonizadores en el sentido constitucional.

b) Una vez acotada aquella parte del Proyecto de LOAPA la que en principio puede asignarse naturaleza armonizadora, ha de plantearse la cuestión de si el legislador puede dictar leyes de armonización en el supuesto de que disponga de otros títulos específicos previstos en la Constitución para dictar la regulación legal de que se trate. Y dado que el Proyecto de LOAPA pretende establecer preceptos que se impongan al Estado y a todas las Comunidades Autónomas, ha de tomarse como punto de referencia las posibilidades ordinarias que tiene el legislador para dictar leyes de este alcance en relación a las Comunidades con mayor nivel de autonomía.

La respuesta ha de ser negativa si se tiene en cuenta que el mencionado artículo 150.3 constituye una pieza dentro del sistema global de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y por ello no puede ser interpretado aisladamente, sino en relación con el conjunto de normas que configuran dicho sistema. En este sentido es preciso señalar que el constituyente ha tenido ya presente el principio

de unidad y los intereses generales de la Nación al fijar las competencias estatales y que es la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, por razones de interés general, a través de la técnica armonizadora contenida en el artículo 150.3.

Desde esta perspectiva, el artículo 150.3 constituye una norma de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general, pues en otro caso el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue tenido en cuenta por el poder constituyente al fijar el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantar, las demás previsiones constitucionales.

De ello no cabe deducir, sin embargo, que la armonización prevista en el artículo 150.3 de la Constitución se refiera únicamente al ejercicio de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, alegando –como hacen los recurrentes– que en los supuestos de competencias compartidas el Estado puede, a través de la regulación básica en la materia, tutelar directamente el interés general y conseguir la uniformidad jurídica pretendida por la ley armonizadora. Si bien normalmente la armonización afectará a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas, no es contrario a la Constitución que las leyes de armonización sean utilizadas cuando en el caso de competencias compartidas, se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas produzca una desarmonía contraria al interés general de la Nación.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el análisis del Proyecto ha de limitarse a aquellas materias sobre las que en su día se pronunciaron las Cortes. Respecto a ello es preciso examinar si existe un título competencial específico que permita al legislador estatal dictar las normas contenidas en el Proyecto relativas a esas materias, con el pretendido valor de imponerse a todas las Comunidades Autónomas; solamente en el caso de que el Estado no disponga de dicho título, o éste sea insuficiente, podrá dictar las mencionadas normas, si se dan los supuestos previstos en el artículo 150.3 de la Constitución, cuyo examen habrá de efectuar en cada caso.

La idea de emplear las leyes de armonización se deja apuntada, ante un contexto, en el que parece que la situación económica general puede estar demandando una regulación homogénea en determinadas áreas, dinámica esta acorde con el proceso de integración en la Unión Europea, y en el que dicha armonización debe formularse con el mayor respeto a la estructura territorial del estado y al bloque de constitucionalidad.

## VII. CONCLUSIONES

1. La ley persigue unos objetivos calificados como loables en un primer momento, pero con una técnica y unas figuras jurídicas inadecuadas. Inadecuadas tanto por vulnerar el bloque de constitucionalidad de las normas, y el sistema de reparto competencial, como por contradecir esenciales principios básicos del derecho como la eficacia territorial de las normas.
2. Este sistema debe ser criticado por cuando la eliminación de los mecanismos de intervención debería ser decidida en los sectores y materias de su competencia por las comunidades autónomas, y no por una ley estatal de forma genérica.
3. Constituye un error introducir el principio de eficacia extraterritorial de actos, disposiciones y actuaciones pues la adecuada armonización de la normativa debería haberse basado en el reconocimiento mutuo, como en el derecho de la unión europea.
4. Si la finalidad era eliminar obstáculos, debería haberse estudiado de forma concreta, sector por sector, habiendo podido ser de utilidad el empleo de una figura escasamente empleada hasta la fecha, la ley de armonización.

“Las leyes son como las telas de araña, a través de las cuales pasan libremente las moscas grandes y quedan enredadas las pequeñas” Honoré de Balzac.



## **LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO, LIBERTAD DE HORARIOS Y FISCALIDAD EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

**Carlos García de la Rosa**

*Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Málaga  
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DEL ESTADO PARA LA UNIDAD DE MERCADO. II. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y HORARIOS COMERCIALES. III. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y FISCALIDAD EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

### **I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DEL ESTADO PARA LA UNIDAD DE MERCADO**

El punto de partida de esta reflexión lo compone el complejo normativo surgido en los últimos años, que impulsado por una política de emergencia en un contexto de crisis económica, ha acelerado la adopción de medidas orientadas a reforzar la competitividad de nuestra economía, en la consideración de que uno de los presupuestos esenciales para alcanzar este fin lo configura la garantía de la igualdad de trato a los operadores económicos con abstracción de la parte del territorio en el que desarrollen su actividad.

Este loable propósito de uniformar la regulación del mercado interior ha generado no pocas fricciones competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, alimentadas por la problemática que de suyo representa la difícil conciliación entre la competencia exclusiva de las autonomías en materia de comercio interior y las más amplias y omnicomprensivas competencias del Estado consagradas en el artículo 149.1.1.º y 13.ª de CE.

Así se ha de puntualizar que el ámbito sectorial del comercio interior es materia al respecto de la cual no existe atribución competencial expresa en los artículos 148 y 149.1 de la Constitución Española. La regulación constitucional en esta materia se limita a la escueta declaración contenida en el artículo 51.3, según la cual, “la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales”, en el marco de la política de defensa de los consumidores y los usuarios, por lo que han sido las Comunidades autónomas las que han ido asumiendo la competencia exclusiva en comercio interior en sus respectivos estatutos de autonomía al albur de la cláusula dispositiva que prevé el apartado tercero del artículo 149 de CE, de manera que en el caso de materias no atribuidas expresamente al Estado como competencia exclusiva las Comunidades Autónomas podrán asumir la competencia en sus respectivos estatutos<sup>1</sup>.

Conviene advertir, no obstante, que frente a estas competencias autonómicas que se han citado, el Estado sigue conservando títulos legitimadores de intervención en el comercio interior que encuentran su apoyo en la competencia exclusiva atribuida al Estado por la Constitución sobre algunas de las siguientes materias:

- a) La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles (artículo 149.1.1.<sup>a</sup>).
- b) las competencias sobre la “Legislación Mercantil” (artículo 149.1.6.<sup>a</sup>), que atribuyen en exclusiva al Estado la regulación de los aspectos jurídicos privados derivados de las relaciones comerciales.
- c) Y de forma fundamental, la competencia en materia de bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13.<sup>a</sup>). STC de 19 de junio de 2003, sobre la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Con base, entre otros, a este título competencial habilitante del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE, el Estado ha elaborado en los últimos tiempos un complejo normativo que incide en el ámbito de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en comercio interior. Se nos presenta en consecuencia un fenómeno de convergencia de competencias exclusivas del Estado y de las Comunidades Autónomas, cuyos límites no están perfectamente definidos, dando lugar a zonas grises abonadas a las contiendas

---

<sup>1</sup> En el caso andaluz la competencia en materia de comercio interior se asume en el artículo 58.1.1.º del Estatuto de Autonomía, tras a reforma operada por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Es de destacar que no existía asunción competencial en la materia con anterioridad a esta reforma estatutaria, por lo que en virtud del principio de subsidiariedad contenido en el artículo 149.3 de CE, la competencia debía entenderse de titularidad estatal.

competenciales, de singular dificultad en el marco de estos ámbitos sectoriales tan abiertos y multidisciplinarios, comprensivos a su vez de una pluralidad de especificidades sectoriales.

La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, sobre Garantías de la Unidad de Mercado, es paradigma de esta intervención del Estado en el ámbito del comercio interior, y de los conflictos competenciales que ello genera<sup>2</sup>. Bajo la égida de la aplicación de unos principios universales de no discriminación, de necesidad y proporcionalidad en la intervención administrativa, de eficacia nacional de los medios de intervención administrativa, y de fortalecimiento de los mecanismos de coordinación y cooperación interadministrativa, todo ello en aras a la consecución de un propósito benéfico cual es la liberalización y fomento de la competitividad del sector a partir de la homogeneidad en la regulación de las medidas de control administrativo sobre la actividad económica, su reducción y simplificación a través de la coordinación y mutuo reconocimiento de los mecanismos de control administrativo, se introducen concretos aspectos regulatorios que pueden comprometer las capacidades de gestión de las Comunidades Autónomas en este campo. Muy particularmente queremos hacer hincapié en la problemática que se genera en relación con la interpretación y aplicación de los principios de necesidad y proporcionalidad de la intervención administrativa, cánones que a su vez se subordinan en el artículo 5.1 de la Ley a la concurrencia de razones imperiosas de interés general en los términos en los que vienen conceptuadas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio<sup>3</sup>, sobre los que volveremos al analizar la influencia de las políticas fiscales autonómicas sobre el principio de libertad de establecimiento.

Es de igual modo reseñable la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de Liberalización del Comercio y Determinados Servicios, que apuesta igualmente por la liberalización del comercio minorista reduciendo el intervencionismo administrativo, principalmente en su faceta de control previo, limita el número de licen-

---

<sup>2</sup> Se siguen frente a diferentes preceptos de esta Ley Recurso de Inconstitucionalidad 1397/2014, interpuesto por el Parlament de Cataluña; Recurso de Inconstitucionalidad 1411/2014, que plantea el Govern de la Generalitat de Catalunya; Recurso de Inconstitucionalidad 1454/2014, seguido a instancia del Gobierno de la Junta de Andalucía; y Recurso de Inconstitucionalidad 5437/2014, que formula el Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias.

<sup>3</sup> “Razón imperiosa de interés general”: razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

cias exigibles favoreciendo el control previo por medio de los mecanismos de la declaración responsable y comunicación previa del artículo 71.bis de la Ley 30/1992, sin perjuicio de un control a posteriori, y la eventual aplicación del correspondiente régimen sancionador. Esta norma legal a diferencia de la anterior no ha generado los conflictos de competencias que se predicen de la Ley 20/2013, entre otros motivos porque no es tan ambiciosa en sus planteamientos, su contenido es más reducido, y sus soluciones son más asumibles por las Comunidades Autónomas con competencias en comercio interior.

En este contexto de proliferación de la normativa del Estado para la configuración de un mercado interior nacional, nos interesa destacar para su puesta de manifiesto y debate, dos problemas puntuales íntimamente relacionados con la libertad de establecimiento como cimiento de la unidad del mercado interior nacional. En primer término se abordará la cuestión relativa a las novedades legislativas introducidas en materia de horarios comerciales, y en un segundo lugar los riesgos que para la unidad de mercado puede representar la normativa fiscal de las Comunidades Autónomas, y en particular la problemática que subyace a las figuras impositivas que limitan, o cuanto menos condicionan la libertad de establecimiento.

## **II. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y HORARIOS COMERCIALES**

El derecho constitucional de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado tiene su manifestación más explícita en el principio de libertad de establecimiento, cuyo corolario principio de libertad de horarios viene consagrado como regla general en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, sobre Horarios Comerciales, si bien es cierto que no tiene la consideración de regla absoluta, pues admite importantes restricciones, dentro del marco de unos mínimos de apertura que fija la Ley, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la determinación de los períodos de cierre dentro de estos límites mínimos, en base a su competencia en comercio interior.

Con soporte en su título competencial habilitante del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de CE, el Estado ha introducido la regulación de los horarios comerciales en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, que tiene por otra parte el carácter de legislación estatal básica, naturaleza que hay que reconocerle a la normativa que la ha modificado, y en particular al Real Decreto-Ley 20/2012, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad, de singular trascendencia y las posteriores modificaciones operadas por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia, y la

Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia, éstas últimas vienen a completar aspectos puntuales de la más intensa reforma operada en la regulación de los horarios comerciales por el artículo 27 del Real Decreto-Ley 20/2012<sup>4</sup>. Con estas reformas se persigue profundizar en la liberalización de los horarios comerciales, de un lado ampliando los límites mínimos de los periodos de apertura, con lo que se reduce el margen de actuación de las Autonomías para establecer restricciones, además de señalar unos criterios objetivos que habilitarían para la apertura en festivos, igualmente orientados a posibilitar una mayor flexibilidad horaria<sup>5</sup>, pero donde ha sido más relevante la intervención del Estado ha sido en la regulación del régimen de los establecimientos incluidos en las denominadas zonas de gran afluencia turística –ZGAT–, para los que el artículo 5.1 de la Ley 1/2004 contempla la plena libertad de horarios. Es en este punto donde se presentan el mayor número de dudas interpretativas y problemas competenciales, por la trascendencia de la modificación y su pormenorizada regulación, que de una parte favorece de manera muy destacada la liberalización de horarios, y de otro lado constriñe significativamente la competencia autonómica en la materia.

Acerca de la convergencia de las competencias estatal en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de la atribución autonómica en el sector del comercio interior, muy particularmente en relación con la problemática de la determinación de los horarios comerciales, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su Sentencia 88/2010, de 15 de noviembre, Recurso 3491/2002, sentando una serie de consideraciones de aplicación al caso que han reproducido sentencias posteriores del Alto Tribunal como la Sentencia 26/2012, de 1 de marzo, Recurso 5061/2001; Sentencia 140/2010, de 14 de septiembre, de 2011, Recurso 2045/2005; Sentencia 204/2013, de 5 de diciembre, Recurso 7696/2007, destacándose que:

---

<sup>4</sup> Frente a este artículo se han formulado los siguientes Recursos de Inconstitucionalidad: 5755/2012, planteado por la Asamblea de Extremadura; 2218/2013, que interpone el Gobierno del País Vasco; y el Recurso de Inconstitucionalidad 5741/2012, contra los artículos 8, 27 y 28 del Real Decreto-Ley referido, planteado por la Comunidad Autónoma Andaluza.

<sup>5</sup> La redacción originaria del artículo 3 de la Ley 1/2004 establecía como límite mínimo por debajo del cual no se podrá restringir la libertad comercial, una cota de 72 horas globales a la semana. En su actual regulación se aumenta hasta las 90 horas el umbral mínimo de apertura semanal.

Por su parte el artículo 4 de la Ley de Horarios Comerciales, primitivamente fijaba un límite de días de apertura en domingos y festivos de 12 jornadas al año, pudiendo limitarse hasta un máximo de 8 días festivos al año por parte de las Comunidades Autónomas. Tras las recientes reformas el número máximo de días de apertura se amplía a 16, y son 10 los días que como mínimo podrán abrir los comercios en días festivos. Lo más novedoso es que se establecen unos criterios objetivos en el apartado 5 de este artículo al que habrán de ajustarse las Autonomías para hacer uso de su margen discrecional de limitación horaria.

- a) La Ley 1/2004, es norma estatal básica legítima dictada al abrigo del título competencial previsto en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de CE, es por ello que el Estado establece en este ámbito un régimen de mínimos, sobre el cual las comunidades autónomas pueden desplegar sus competencias normativas y de ejecución sobre comercio interior, introduciendo las especificidades que mejor se ajusten a sus peculiaridades regionales, pero respetando en cualquier caso la norma básica, puesto que, la regulación de los horarios comerciales es aspecto “particularmente relevante en la ordenación de la actividad comercial minorista, rama o sector de la economía nacional respecto a la cual el Estado puede, conforme a nuestra doctrina, establecer medidas básicas en cuanto lo requiera la adecuada ordenación de la actividad económica. Dichas medidas, integradas en una acción legislativa que persigue un objetivo general de política económica por su incidencia en el sector de la distribución, consisten en la combinación de un régimen limitativo de los horarios comerciales con el reconocimiento, como especialidad, de la proclamación de la libertad de horarios para determinados tipos de establecimientos comerciales en razón de su actividad o ubicación, entre los que se encuentran los situados en las denominadas zonas de gran afluencia turística”.
- b) El régimen de las zonas de gran afluencia turística configura una excepción al régimen general, que precisa de una regulación homogénea en todo el territorio nacional al fin de evitar divergencias entre territorios en la configuración del estatuto de los establecimientos acogidos a este singular régimen que puedan comprometer la unidad del mercado interior.
- c) En relación con las zonas de gran afluencia turística el Estado ha establecido como regla general la de la libertad de horarios, y así se lee en la referida Sentencia TC 88/2010: “como medida singular de ordenación económica en un contexto de intervención administrativa en cuanto a la determinación de los días y horas hábiles para el ejercicio del comercio, el Estado ha establecido el principio de libertad de horarios en estas zonas, cohonstando los intereses particulares y sectoriales de los empresarios y comerciantes y de los consumidores, en atención a la trascendencia que para la actividad económica en general y la comercial en particular puede tener, en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dichas zonas, la afluencia en ellas de turistas”.
- d) En las Zonas de Gran Afluencia Turística el principio general es el de la libertad de horarios, siendo así que las Comunidades Autónomas pueden optar por grados superiores de liberalización, pero no es viable la restricción de la libertad horaria más allá de las limitaciones que como excepción proclama la propia Ley estatal.

En este punto es de destacar la innovación que por efecto de la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2012, se produce en el redactado del artículo 5 de la Ley 1/2004,

y las dudas de constitucionalidad que ha planteado a diversas comunidades autónomas el nuevo texto fruto introducido por el controvertido artículo 27 del Real Decreto-Ley 20/2012, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad, del que han resultado entre otros el Recurso de Inconstitucionalidad 5741/2012, contra los artículos 8, 27 y 28 del Real Decreto-Ley referido, planteado por la Comunidad Autónoma Andaluza. Lo hasta ahora expuesto sirve para desechar dudas de constitucionalidad de la norma, que incorpora como novedades relevantes en la regulación de las zonas de gran afluencia turística la determinación de una serie de ciudades que en atención a sus niveles demográficos, pernoctaciones hoteleras y otros factores asociados al sector del turismo han de acceder a la condición de zonas de gran afluencia turística en un plazo de 6 meses, a iniciativa de los propios ayuntamientos, definiendo los criterios que han de reunir las zonas de afluencia turística para merecer esta catalogación. Estamos ante un acotamiento de los supuestos que han de ser valorados por las Comunidades autónomas, que limitan la funcionalidad de la competencia autonómica en materia de comercio interior pero no la agotan, la regulación estatal es ahora más pormenorizada en lo que se entiende como un intento de garantizar la homogeneidad del régimen de las zonas de gran afluencia turística en todo el territorio nacional, y se configura como una medida para agilizar la declaración de tales zonas y así fomentar la actividad económica en todo el país. Estos son objetivos legítimos desde la perspectiva de la competencia estatal del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> CE conforme ha interpretado el Tribunal Constitucional. En todo caso, en último extremo es a las Comunidades Autónomas a las que les corresponde definir el ámbito de las ZGAT, y su eventual competencia normativa se puede extender al desarrollo pormenorizado de los criterios fijados en el artículo 5.4 de Ley 1/2004, mediante la determinación de umbrales, concreción de conceptos jurídicos indeterminados, y delimitación de supuestos a incluir en la cláusula de cierre del subapartado g), lo que habilita un margen bastante para el desarrollo de la especificidad regional, respetuoso con la prioritaria garantía de la unidad de mercado y homogeneidad en las políticas económicas generales.

Pero además es destacable que ha sido la propia comunidad autónoma la que en su regulación sectorial ha adoptado *mutatis mutandi* la normativa estatal, y en el artículo 20 de Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, en su redacción actual, recoge los mismos parámetros que los que introdujo en la Ley 1/2004, tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 20/2012, para la definición de estas áreas de especial incidencia turística, dato significativo de la inexistencia de infracción del sistema competencial, sin perjuicio de la necesaria interpretación conforme de algunos pasajes de la norma.

Como novedad significativa la nueva regulación incorpora el fenómeno local y consagra una iniciativa municipal, expresión del principio de subsidiariedad en el marco

de la autonomía local, informado por los corolarios de proximidad y eficacia y que tal y como sentó el artículo 4 de la Carta europea de Autonomía Local firmada en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985, constituyen un criterio básico para la definición del interés local, que impide que una entidad superior desempeñe funciones que puedan ser acometidas con igual eficacia a nivel local y conecta con el principio de capacidad de gestión de cada institución local, de forma que se puede afirmar que es la Administración municipal la que se encuentra en la posición más óptima para informar sobre la incidencia del turismo en el municipio y en su economía. Ahora bien, la iniciativa municipal en el procedimiento de declaración de las ZGAT, no puede considerarse como proposición vinculante, ni tampoco puede reconocérsele la trascendencia que equivocadamente parece otorgarle la letra de la ley, pues en virtud de la literalidad de la norma, solamente a través de esta propuesta pueden establecerse limitaciones espaciales y temporales a las ZGAT, pues en caso de no contener dicha propuesta ninguna limitación, o en el caso de que de forma motivada la Administración autonómica considere injustificada dichas limitaciones, las ZGAT se extenderán a todo el municipio y durante todo el año.

Esta es la conclusión que pudiera extraerse de la letra del último párrafo del apartado 4 del artículo 5 de la Ley de Horarios Comerciales, en su redacción dada por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia, que reza: “En los supuestos en los que concurren las circunstancias enumeradas y la propuesta de declaración de zona de gran afluencia turística formulada por el Ayuntamiento interesado contenga una limitación de carácter temporal o territorial, deberán justificarse en la propuesta las razones en las que se funda tal limitación temporal o territorial, de acuerdo con los intereses comerciales, turísticos y en beneficio del consumidor. En el caso de que la comunidad autónoma considere que no está suficientemente justificada esta restricción, se declarará zona de gran afluencia turística la totalidad del municipio todo el año”. Conforme a lo expuesto se puede llegar a un resultado en virtud del cual sea posible la limitación geográfica y temporal de las ZGAT, pero solo para el caso de que el Ayuntamiento lo haya propuesto así de forma justificada, de modo que la competencia autonómica se limita al punto de convertirse en ilusoria, esta solución no es viable, ni responde a la sistemática propia del precepto que atribuye a las comunidades la determinación de estas áreas, ni es respetuosa con la competencia autonómica en materia de comercio interior.

De la exégesis lógica y sistemática del artículo 5.1 y 4 de Ley 1/2004, se ha de inferir que en cualquier caso la competencia para la definición de las ZGAT, sus limitaciones geográficas y temporales es competencia de las Autonomías. Los Ayuntamientos asumen la iniciativa del proceso mediante propuesta, que puede contener una proposición con restricciones geográficas y temporales justificadas, solicitudes que deberán ser respondidas por las CAs de forma igualmente razonada. Sólo si el Ayuntamiento no solicita limitaciones, y la Comunidad Autónoma en el ejercicio

de su competencia no observa motivos para aplicar restricción alguna, se impone la declaración de ZGAT respecto de todo el municipio y durante todo el año.

El apartado 4 del artículo 5 con su redacción presente incorpora una serie de criterios objetivos para la declaración de ZGAT, que han generado problemas interpretativos, puesto que en algunos casos parecen reducir por completo el margen de discrecionalidad autonómica hasta convertir la competencia decisoria que la norma asigna a las Autonomías en una mera actuación reglada<sup>6</sup>. Entendemos que esta solución no es conciliable con el sistema relacional Estado-Comunidades Autónomas, presidido por el principio material de competencia, pues tal y como al respecto ha declarado el Tribunal Constitucional, en el marco de la convergencia de las competencias exclusivas del Estado y de las Autonomías, la regulación del Estado no puede ser de tal detalle, que reduzca la competencia autonómica hasta convertirla en ilusoria, se ha de articular una fórmula que permita que el Estado armonice la normativa en la materia, pero dejando un margen a las especificidades regionales a apreciar por las Comunidades en el marco de su competencia en comercio interior. Así las cosas, la evaluación de la concurrencia de los criterios fijados en el artículo 5.4 de la Ley 1/2004, debe quedar reservada a la discrecionalidad autonómica, y así es posible vislumbrar en cada uno de estos criterios objetivos la inclusión de elementos valorativos y conceptos jurídicos indeterminados, que habilitan la intervención discrecional del ente autonómico decisor. La valoración de la suficiencia cualitativa/cuantitativa del parque hotelero y de segundas residencias; el alcance de la influencia geográfica de las zonas fronterizas o transfronterizas; la naturaleza y trascendencia de los eventos deportivos; el alcance de la influencia de los cruceros turísticos, así como el carácter significativo de la afluencia turística que de ellos deriva; la delimitación física y definición de aquellas zonas que puedan caracterizarse por su atractivo turismo de compras; son todas ellas pautas de naturaleza objetiva, justificadas y razonables, pero que dejan en manos de la Autonomía la concreción de las características puntuales que han de concurrir para que se pueda hablar de una significativa atracción turística que justifique la apertura comercial sin restricciones. Singular detenimiento merece el criterio señalado en la letra b) del citado artículo 5.4 de la Ley 1/2004, por el que tendrá la

---

<sup>6</sup> Los criterios para la declaración de las ZGAT según el artículo 5.4 de la Ley 1/2004 son:

- a) Existencia de una concentración suficiente, cuantitativa o cualitativamente, de plazas en alojamientos y establecimientos turísticos o bien en el número de segundas residencias respecto a las que constituyen residencia habitual.
- b) Que haya sido declarado Patrimonio de la Humanidad o en el que se localice un bien inmueble de interés cultural integrado en el patrimonio histórico artístico.
- c) Que limiten o constituyan áreas de influencia de zonas fronterizas.
- d) Celebración de grandes eventos deportivos o culturales de carácter nacional o internacional.
- e) Proximidad a áreas portuarias en las que operen cruceros turísticos y registren una afluencia significativa de visitantes.
- f) Que constituyan áreas cuyo principal atractivo sea el turismo de compras.
- g) Cuando concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen.

consideración de ZGAT la zona en la que se localice un bien “que haya sido declarado Patrimonio de la Humanidad o en el que se localice un bien inmueble de interés cultural integrado en el patrimonio histórico artístico”. Según su literal, la mera catalogación de un inmueble como patrimonio de la humanidad o como bien de interés histórico artístico determina la concurrencia del criterio objetivo que debe conducir a la declaración de zona de gran afluencia turística. Proponemos, no obstante, una interpretación que en línea con lo ya dicho no reduzca la competencia autonómica a una actuación reglada cuando se verifique el supuesto, por otra parte usual en ciudades con los márgenes demográficos que señala la norma, de la presencia de bienes de interés cultural. La mera inclusión en el Registro de Bienes de interés cultural del Ministerio de Educación y Cultura, por concurrencia de los requisitos previstos en la Ley 16/1982, del Patrimonio Histórico Español, no basta para acceder a la declaración de ZGAT, se precisa que además el bien inmueble de que se trata objetive su capacidad de atracción turística, pues sólo bajo ese presupuesto es posible justificar, en función de una concurrencia extraordinaria de visitantes, potenciales consumidores, la necesidad de asignar a los comercios circundantes un régimen especial de plena libertad horaria.

Por último significar que la decisión que adopte la autoridad competente de la Comunidad Autónoma debe ser una decisión motivada, fundamentalmente cuando establezca limitaciones de carácter geográfico y temporal, dado que es decisión fruto de una evaluación discrecional de los requisitos legalmente exigidos, y así lo exigiría en cualquier caso el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Pero además esta motivación debe verse reforzada atendiendo a que supone la aplicación de un régimen especial de plena libertad horaria, en contra de la regla general que establece la Ley por la que la libertad horaria es susceptible de limitaciones, y particularmente en los casos en los que la solución autonómica se separe de la propuesta municipal, pues en otro caso dejaríamos sin virtualidad el mandato legislativo que potencia la intervención municipal y favorece el principio de subsidiariedad y sus corolarios de proximidad y eficacia, cimientos de la autonomía local, garantía institucional que pudiera verse en otro caso comprometida. La ausencia de una motivación adecuada debe conducir a la anulación del acto decisorio pues genera la indefensión que cualifica la irregularidad procedimental como invalidante (artículo 63.2 LRJAP y PAC), y por la sospecha de arbitrariedad que implica la adopción de decisiones discrecionales insuficientemente motivadas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de febrero de 2014 (Recurso 246/2013), ha anulado la resolución autonómica que declaraban las ZGAT de Sevilla, al apreciar falta de motivación.

### III. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y FISCALIDAD EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Un mercado interior, sea el nacional, o el mercado interior europeo, se sustenta sobre el juego de dos principios elementales, la libertad de empresa y el principio de libre competencia. Nos interesa aquí el examen del primero de estos basamentos: la libertad de empresa desde su perspectiva de libertad de establecimiento.

Conviene reseñar en este punto, la incidencia de las políticas fiscales de las Comunidades Autónomas en la unidad de mercado, y su afectación a la libertad de establecimiento, que se ha puesto de relieve con la creación de impuestos autonómicos que gravan a las grandes superficies comerciales<sup>8</sup>. Se han cuestionado estas figuras impositivas por las restricciones que aparejan al derecho de la libertad de empresa que consagra el artículo 38 de CE, por el compromiso a la uniformidad de la regulación fiscal del mercado interior en relación con el artículo 139.2 de CE, y por la posible infracción de los principios y reglas del Derecho de la Unión Europea en concreto por la vulneración del principio de la libertad de establecimiento que establece el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–.

Este problema se ha planteado con mayor intensidad tras el dictado de la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2012, de 5 de junio, por la que se desestimaba el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de España frente a la Ley catalana de creación del Impuesto sobre Grandes Superficies Comerciales –IGEC–<sup>9</sup>. La STC referida descarta la inconstitucionalidad de la norma impositiva en razón a

---

<sup>8</sup> Se han creado impuestos sobre grandes establecimientos comerciales en Cataluña a través de la Ley 16/2000, de 29 de diciembre, por la que se crea el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales.

En Navarra a partir de la Ley Foral 39/2013, de 28 de diciembre, de Impuesto sobre los Grandes Establecimientos Comerciales.

El artículo 21 de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2003, creó el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales del Principado de Asturias. Hoy aparece regulado en el Capítulo Tercero del Decreto Legislativo 1/2014, de 23 de julio, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de Tributos Propios.

En el caso de la Rioja la regulación del IGEC se contiene en el Capítulo VI del Título Primero de Ley 7/2012, de 21 de diciembre, sobre Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2013.

<sup>9</sup> Con posterioridad el TC ha dictado otras sentencias que, con idéntica fundamentación, descartan la inconstitucionalidad de las leyes de creación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales en otras Comunidades Autónomas. Así pueden señalarse las SSTC 53/2014, de 10 de abril, Recurso 3142/2007, que avala la constitucionalidad del IGEC Asturiano, desestimando la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias; y la número 208/2012, de 14 de noviembre 2012, Recurso 1336/2002, sobre el impuesto de grandes establecimientos comerciales de la Comunidad Foral de Navarra, que cuenta con dos votos particulares en idéntico sentido desestimatorio del recurso de inconstitucionalidad, pero apartándose del razonamiento mayoritario del pleno del Tribunal por cuanto consideran que al régimen fiscal paccionado de la Comunidad Foral no le son de aplicación las disposiciones de la LOFCA.

la denunciada existencia de un fenómeno de doble imposición por concurrencia de los hechos imposables del impuesto impugnado con los del Impuesto de Actividades Económicas y subsidiariamente con el del Impuesto Sobre Bienes Inmuebles, descartando también la trasgresión de la reserva local en la regulación de estos impuestos que impone el artículo 6.3 de LOFCA. El Tribunal Constitucional razonó que el IGEC perseguía someter a gravamen determinadas externalidades y el beneficio impropio que estas grandes superficies comerciales obtienen como consecuencia de una explotación del espacio con repercusiones negativas en el entorno, y muy singularmente avalaba el fin del impuesto orientado a tutelar el tradicional comercio minorista catalán, constituyendo estas finalidades extrafiscales el elemento diferenciador de los hechos imposables que impedía apreciar la trasgresión de lo dispuesto en el artículo 6.3 de LOFCA<sup>10</sup>.

Así las cosas, luego que abortada la impugnación del impuesto por este motivo, se plantean en el ámbito de los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa otros motivos impugnatorios que hacen descansar sus pretensiones anulatorias en una eventual violación del derecho a la libertad de empresa y en un injustificado trato diferente en función del lugar del territorio en el que se ejerce la actividad, alegando la diversidad de regímenes fiscales y la ruptura de la unidad de mercado, no solo nacional sino del mercado único europeo (artículos 38, 14 y 139 de CE y 49 de TFUE). La respuesta de los Tribunales está siendo desestimatoria, y en contra de

---

<sup>10</sup> Razona al respecto el Tribunal Constitucional en la reseñada Sentencia 122/2012: “una primera comparación de la regulación del hecho imponible de ambos impuestos permite concluir que nos encontramos ante dos impuestos, uno general, que afecta a todo tipo de actividades económicas, por su mero ejercicio, y que grava la riqueza potencial que se pone de manifiesto con el ejercicio de una actividad económica, de cualquier tipo y en cualquier circunstancia, y otro impuesto específico, que grava únicamente a determinadas actividades comerciales, las ejercidas por las grandes superficies comerciales individuales, que venden determinados productos, al por menor o al detalle, si bien configurando su actividad de un modo tal que se distinguen del resto de actividades comerciales, no por cuestiones de mera organización interna, sino por su repercusión sobre el consumo, la ordenación del territorio y el medio ambiente”, para añadir que “en el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales la superficie no es un mero índice de riqueza, utilizado para cuantificar el tributo, sino que sirve también para calificar el tipo de actividad gravada, y así identificar los sujetos pasivos que, a los efectos del impuesto, son grandes establecimientos comerciales. El elemento superficie es un presupuesto que ha de concurrir para que se realice el hecho imponible, pues sólo el ejercicio de éste determinado tipo de actividad es lo que ha querido gravar el legislador, porque considera que produce un impacto negativo sobre el medio ambiente, el territorio y el comercio tradicional. En definitiva, es dicho impacto negativo derivado de la mera existencia de estos grandes establecimientos comerciales individuales lo que pretende desincentivar el legislador autonómico con el pago de un impuesto, independientemente de la cuantía de los beneficios que pueda obtener, es decir, prescindiendo en la cuantificación del tributo del beneficio que obtenga por la realización de esta concreta actividad empresarial, sirviendo la recaudación del propio tributo para compensar «el impacto territorial y medioambiental que pueda ocasionar este fenómeno de concentración de grandes superficies comerciales» y atender a «las necesidades de modernización y fomento de comercio integrado en trama urbana», según consta en la exposición de motivos de la ley, razón por la cual el artículo 3 de la misma afecta el producto de dicha recaudación al «fomento de medidas para la modernización del comercio urbano» y al «desarrollo de planes de actuación en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales»”.

lo interesado por las mercantiles recurrentes, descartan la oportunidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial europea al amparo de lo previsto en el artículo 267 de TFUE<sup>11</sup>.

Las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo que han abordado esta cuestión, principalmente en Cataluña, han superado el argumento impugnatorio relativo a la libertad de empresa con un razonamiento somero, entendiendo que no se podía deducir un compromiso para la libertad de establecimiento de la compañía recurrente en base a una justificación abstracta carente de concreción, así se lee en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, de 27 de septiembre de 2012 (Recurso 262/2002), a la que luego siguen en este punto las posteriores sentencias dictadas sobre la cuestión por la Sala territorial de Cataluña, que: “Invoca la demanda la vulneración del derecho constitucional a la libertad de empresa, reconocido en el artículo 38 de CE, ya que –se sostiene– el impuesto supone una limitación desproporcionada e inadecuada de un derecho constitucional. Sin embargo, este alegato no va acompañado de ninguna justificación explícita desde la perspectiva jurídica, limitándose a afirmaciones apodícticas, tales como la posibilidad de conducir a resultados absolutamente confiscatorios, la infracción de principio de igualdad dentro del territorio estatal del artículo 139.2 de CE o que va a ser perjudicial para Cataluña. Además, el alegato se refiere a cuestión ajena al presente litigio, la Ley de Equipamientos Comerciales. En consecuencia, no procede que la Sala plantee cuestión de inconstitucionalidad alguna, por lo que este motivo de nulidad de la demanda habrá de ser rechazado”.

Sin embargo cuando se aborda el problema de la libertad de establecimiento desde la perspectiva de la infracción del derecho europeo la argumentación desestimatoria es mucho más profusa, signo de una discusión más intensa, al punto de que se llega a plantear un voto particular en la Sentencia de 27 de septiembre de 2012 (Recurso 262/2002), firmado por el Magistrado D. Dimitri Berberoff Ayuda, que propone, en contra del criterio mayoritario de la Sala, el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Arguye el Magistrado discrepante que este régimen fiscal específico para grandes establecimientos presenta vínculos de derecho comunitario que desliga de la regulación de la Directiva 2006/123/CEE, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo sobre Servicios en el Mercado Interior, y relaciona con la eventual trasgresión de una norma de derecho originario cual es el artículo 49 de TFUE, que consagra la libertad de establecimiento. Sigue afirmando que dados los precedentes jurisprudenciales del TJUE, en concreto

---

<sup>11</sup> Son ilustrativas las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, de fecha 27 de septiembre de 2012 (Recurso 262/2002), de 1 de febrero de 2013 (Recurso 71/2009) y de 27 de febrero de 2014 (Recurso 72/2013), entre otras.

la Sentencia de 24 de marzo de 2011, en el asunto Comisión/España, C-400/08 que concluyó con la condena de España por la injerencia en la libertad de establecimiento, de entre otra normativa, la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2005, de 27 de diciembre), de equipamientos comerciales y de su Reglamento, aprobado por Decreto 378/2006, de 10 de octubre), no puede afirmarse con la certeza que exige la doctrina CILFIT sobre los actos claros, que este régimen fiscal singular afectante a los grandes establecimientos comerciales no conculque el principio de libertad de establecimiento, haciendo menos atractivo para unas compañías con unas características determinadas instalarse en el territorio sujeto a esta imposición específica. Si bien se admite que el propio TJUE acepta que determinados motivos de interés general como la tutela del medio ambiente y la ordenación del territorio pueden justificar restricciones a la libertad de establecimiento, también es cierto que estas restricciones deben de estar suficientemente justificadas con arreglo a cánones de necesidad y proporcionalidad. Como se ha adelantado en el primer epígrafe de este trabajo, el parámetro de las razones imperiosas del interés general del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 (Ley Paraguas), en relación con la Directiva Servicios, no rigen en el ámbito de la fiscalidad. Sin embargo el Magistrado discrepante sugiere la oportunidad de la someter a la consideración del TJUE si resulta justificada la restricción que este tributo significa para la libertad de establecimiento en atención a los fines extrafiscales que persigue, en la consideración que la valoración de la oportunidad de la limitación de la libertad de establecimiento por estos motivos es función que incumbe al Tribunal de Justicia europeo<sup>12</sup>.

Es cierto que la cuestión es dudosa, y que permite plantearse la conformidad al derecho de la Unión Europea de un régimen fiscal específico que puede entrañar limitaciones al principio de la libertad de establecimiento en contravención de lo dispuesto en el artículo 49 de TFUE. Ahora bien, estas mismas dudas se pueden suscitar ante el Tribunal Constitucional por las implicaciones para el mercado interior nacional, por infracción de lo dispuesto en el artículos 38 y 139.2 de CE, pues no se debe olvidar de un lado que en la construcción de un mercado único, nacional o europeo, rigen los mismos principios cimentadores, la libertad de establecimiento entre ellos. Y además se debe de tener en cuenta que cualquier limitación a la libertad de establecimiento en el mercado interior nacional, supone la correlativa restricción del mercado único europeo del que aquél forma parte. En definitiva puede excluirse el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si se llega a una interpreta-

---

<sup>12</sup> La Sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, afirma en su parágrafo 80 que “*A este respecto, debe observarse que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente invocados por el Reino de España*”. Sin embargo, el TJUE añade que dichas razones no pueden operar en ese caso como justificación debido a que no se explican los parámetros de oportunidad y de proporcionalidad de la restricción (apartados 81 a 84).

ción conforme, por la que la restricción que representa el IGEC para la libertad de establecimiento se justifique por razones de interés general de carácter extrafiscal, cuando como hemos avanzado son las externalidades negativas sujetas a gravamen lo que fundamenta la diferenciación de esta figura con otros impuestos con similitudes en la configuración de su hecho imponible. Coincidimos con el voto particular analizado en que la elusión del planteamiento de la cuestión prejudicial europea presenta mayores dificultades, por la vigencia de la doctrina CILFIT<sup>13</sup>, de modo que sólo cuando el Tribunal nacional descarte otra interpretación posible, al punto de considerarla una posibilidad unívoca que adoptaría cualquier Tribunal en idéntico supuesto, es posible omitir el planteamiento de la cuestión prejudicial.

En base a lo anterior se podría concluir que la imposición de gravámenes fiscales específicos para un determinado grupo de empresas puede representar una vulneración del principio de libertad de establecimiento, si no se justifica suficientemente que esta restricción de origen fiscal obedece a razones imperiosas de interés general relacionadas con la consecución de fines extrafiscales de los relacionados en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

Ahora bien, la posibilidad de limitar el principio de libre establecimiento con base a razones justificadas de interés general, no soluciona el problema que plantea la diferencia de trato fiscal que para las grandes superficies comerciales existe en nuestro mercado interior, como consecuencia de la existencia de impuestos autonómicos que inciden de modo directo en la libre determinación del empresario para seleccionar el emplazamiento de su actividad. Solo para el caso de que los fines extrafiscales perseguidos con este gravamen se puedan catalogar como especificidades regionales, se justificaría esta diferencia de tratamiento fiscal en las distintas Comunidades Autónomas.

Por lo tanto, la cuestión que se somete a debate por esta mesa redonda es la de la viabilidad constitucional de impuestos autonómicos que generan un trato diferencial no justificado en especificidades regionales, como el IGEC, que grava externalidades negativas comunes a todos los territorios, y consecuentemente comprometen la construcción de un mercado interior único y una regulación mínimamente uniforme, de forma desproporcionada e injustificada, con posible infracción de lo dispuesto

---

<sup>13</sup> La Sentencia TJCE de 6 de octubre de 1982, CILFIT y otros, declaró que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, debe plantear la cuestión, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna –acto claro o aclarado– (véase igualmente la Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Intermodal Transports).

en los artículos 14 y 139.2 de CE, en el sentido que vienen interpretados por el Tribunal Constitucional en Sentencias como la 64/1990, de 5 de abril y 88/1986, de 1 de julio<sup>14</sup>, pues aparentemente se genera una desigualdad en el tratamiento fiscal que dificulta el ejercicio de un derecho constitucional en determinados territorios, quebrantando el principio de igualdad de trato de todos los españoles, y sin que esta diferenciación responda a un especificidad territorial, deviniendo esta falta de uniformidad regulatoria en desproporcionada por la gravedad del quebranto que supone para la unidad de nuestro sistema económico, cuestión ésta, que como ya se ha expuesto no se ha llegado a someter ante el Tribunal Constitucional, ni tampoco ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con estas controvertidas figuras impositivas.

---

<sup>14</sup> La STC 88/1986, de 1 de julio, citada por la posterior Sentencia 64/1990, de fecha 5 de abril, afirma que “*de la Constitución se deriva la unicidad del mercado económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único. Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios, mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica. Tal unidad no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre unidad económica de la nación y diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios*”. Y añade a continuación: “[...] *que esa regulación –la autonómica– en cuanto que introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles*”.

## LEGISLACIÓN DE CRISIS Y DERECHO PENAL

**José Manuel Delgado Utrera**

*Cuerpo Superior de Administradores*

*Letrado en el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN. II. QUÉ ES LA LEGISLACIÓN DE CRISIS. III. LEGISLACIÓN DE CRISIS Y DERECHO PENAL. IV. LEGISLACIÓN DE CRISIS Y DELITO FISCAL. 1. El nuevo tipo agravado. 2. El tipo privilegiado. 3. La nueva regularización. 4. La continuación del procedimiento tributario. V. CONCLUSIÓN.

### I. JUSTIFICACIÓN

El programa de las XVI Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía dedicadas a la “Legislación de crisis y su incidencia en el Estado de las Autonomías” contiene un apartado referido a la incidencia de ésta en los derechos y libertades de los ciudadanos, epígrafe que nos da pie para estudiar las manifestaciones que tal legislación ha tenido en el Derecho penal por la obvia e intensa repercusión que este sector normativo tiene sobre los derechos individuales.

### II. QUÉ ES LA LEGISLACIÓN DE CRISIS

Su concepto nos permite saber si la norma que es objeto de estos comentarios puede integrarse en esta categoría.

Sin definición doctrinal a la que recurrir, entendemos como legislación de crisis el conjunto de normas que tratan de dar respuesta a la crisis económica padecida desde el año 2008 que tiene como objeto de regulación la intervención sobre los

más diversos sectores de la actividad económica, extendiéndose también a la esfera institucional de nuestro país, y que se soportan sobre tres premisas de orden político: la consolidación fiscal, las reformas competitivas y la estabilidad financiera<sup>1</sup>.

Ese conjunto normativo es extenso y heterogéneo, tanto en contenido como en naturaleza, hasta el punto de que algún autor ha calificada la situación que se padece desde el año 2010 como de estado de “shock” legislativo<sup>2</sup>.

Los instrumentos utilizados son de lo más variado, desde la reforma constitucional –reforma del artículo 135 de septiembre de 2011– hasta la normativa reglamentaria de desarrollo, pasando por leyes ordinarias, decretos-leyes –cuyo uso es sobresaliente– y, como en el caso que nos ocupará, por la ley orgánica<sup>3</sup>.

El recurso a este rango, que obviamente obedece a exigencias constitucionales, no es excepcional: la de Estabilidad Presupuestaria de 2012 o la de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal de 2013, son buenos ejemplos de ello. No puede considerarse, por tanto, un instrumento normativo residual de la legislación de crisis.

En este marco se encuadra la norma que comentamos, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en Materia de Transparencia y lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social.

### III. LEGISLACIÓN DE CRISIS Y DERECHO PENAL

No ha escapado el Derecho Penal a la legislación de crisis; el legislador no ha podido resistirse a tratar de garantizar mediante la intimidación de la sanción la satisfacción de sus objetivos económicos. La contradicción entre las medidas económicas, coyunturales por naturaleza, y las normas penales, cuya estabilidad es presupuesto

---

<sup>1</sup> En el siguiente documento se exponen las reformas proyectadas y ejecutadas por el Gobierno de la X Legislatura: *“Las reformas del Gobierno de España; determinación frente a la crisis”*, Madrid, septiembre de 2012, disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/Documents/lasreformasdelgobiernodeespa%C3%B1aespa%C3%B1olcongr%C3%A1ficos.pdf>.

<sup>2</sup> HUERGO LORA, A.: “Legislación de la crisis y crisis de la legislación” en <http://www.lne.es/opinion/2011/03/27/legislacion-crisis-crisis-legislacion/1051977.html>.

<sup>3</sup> Sobre la crisis económica desde 2008 y sus respuestas a nivel legislativo: Carmona Contreras, Ana María *“El decreto-ley en tiempos de crisis”* p. 154: *“A la luz de los datos expuestos, se dibuja un panorama que en sí mismo no resulta novedoso con respecto a la experiencia constitucional precedente, a saber, la neta prevalencia del decreto-ley para afrontar las crisis económicas”*.

de seguridad jurídica, no ha sido obstáculo para que el legislador recurra a éstas en el marco de la normativa anticrisis. Y no puede sorprender esta incursión en el campo del Derecho penal cuando su estabilidad no parece que sea preocupación de nuestros legisladores si observamos el panorama sencillamente patético que presenta el Código Penal vigente que ha padecido 27 reformas desde su publicación en 1995<sup>4</sup>.

Dentro de esta característica producción normativa se encuentra la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en vigor desde el día 17 de enero de 2013. No es la única reforma de nuestro Código desde el inicio de la coyuntura económica en la que todavía estamos inmersos (entre 2010 y 2011 sufrió tres modificaciones) pero sí es la que desde el campo del Derecho Penal trata de dar respuesta a ésta<sup>5</sup>.

La finalidad que anuncia en su preámbulo: “...la mejora de la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público, que se revela como un elemento imprescindible del conjunto de medidas adoptadas con motivo de la crisis económica”, que no puede ser más típica de la legislación anticrisis, se traduce –en lo que interesa a estos comentarios– en una revisión, puntual pero intensa, de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y en la introducción de un nuevo tipo de malversación.

Aunque la Exposición de Motivos denomine estas innovaciones como objetivos, más bien podríamos denominarlos medidas o medios para conseguir objetivos de política económica asumidos por el Gobierno de España en la lucha contra la crisis económica; entre ellos se encontraba una anunciada reforma del Código Penal como medida de lucha contra el fraude fiscal<sup>6</sup>, cuya traducción normativa –que ahora estudiamos– se ha decantado por un fortalecimiento de la función recaudadora estatal. Fin éste que la redacción de la nueva norma no puede disimular porque, al margen de

<sup>4</sup> Como legislación líquida se define por Serrano Gómez la actual coyuntura de nuestro Derecho penal; SERRANO GÓMEZ, A., “Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal y Legislación Líquida”, *Diario La Ley*, núm. 8204, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2013, Año XXXIV.

<sup>5</sup> En la Ley Orgánica 5/2010 también encontramos una tímida iniciativa anticrisis –que después analizaremos– cuando prevé que los jueces y tribunales recaben el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil.

<sup>6</sup> Documento “*Las reformas del Gobierno de España; determinación frente a la crisis*”, ya citado. En él se proclama como medida adoptada por el Gobierno: *Perseguir las conductas fraudulentas con la Hacienda Pública y con la Seguridad Social, particularmente las derivadas de la economía sumergida, como otra de las prioridades de la política económica del Gobierno*; se definía ya como medida contra el fraude fiscal (p. 10) el proyecto de modificación del Código Penal, del que se subrayaba como finalidad básica la de “*endurecer las penas contra las conductas más graves*”. sin dejar de ocultar –como lógica de la situación– la de aumentar la recaudación: “*Este conjunto de medidas persigue reducir la economía sumergida, elevar el número de contribuyentes que cumplen con sus obligaciones tributarias y aumentar la recaudación,...*”.

su función preventiva –que parece solo expresarse en el agravamiento de las penas– es ésta, la recaudación, la que se configura como objetivo directo de la Ley.

Los cambios más sustanciales que la Ley Orgánica 7/2012 introduce el Código Penal, al margen de los que afectan a los delitos contra la Hacienda Pública sobre los que nos detendremos a continuación, son los siguientes:

- En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículo 31.bis) se incluye a partidos políticos y sindicatos dentro de su régimen general, sujetos que en la inicial regulación de aquélla introducida por la Ley Orgánica 5/2010, resultaban excluidos.
- En los delitos contra la Hacienda Comunitaria se prevé la condena como delito de las pequeñas defraudaciones desde 4.000 euros que no alcancen los 50.000 euros, desapareciendo su tipificación como falta en los artículos 627 y 628 que se derogan.
- En los delitos contra la Seguridad Social (artículo 307) se reduce a 50.000 euros la cuantía del elemento objetivo del tipo delictivo al tiempo que, paralelamente al delito fiscal, se introduce un nuevo régimen para la regularización, la exacción de la deuda en vía administrativa, un subtipo atenuado o privilegiado en caso de confesión y un tipo agravado.

Se crea un nuevo delito de fraude a las prestaciones de la Seguridad Social (artículo 307.ter) cuando se obtengan mediante la simulación o tergiversación u ocultación consciente de hechos de los que se tenía el deber de informar.

- En el delito de fraude de ayudas o subvenciones de las Administraciones Públicas o de la Seguridad Social (artículo 308) se modifica la penalidad para conductas agravadas y se da también, acorde con la nueva redacción del artículo 305, un novedoso tratamiento a la regularización.
- Se tipifica un nuevo delito contra los derechos de los trabajadores (artículo 311) castigando a quienes den ocupación simultáneamente a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo.
- En materia de falsedad, se da nueva redacción del artículo 398 para restringir su aplicación a la falsedad de certificados de menor trascendencia excluyendo los relativos a la Seguridad Social y a la Hacienda Pública.

- Por último, con el fin de incrementar la transparencia del sector público y fortalecer la confianza en las instituciones públicas, se introduce un nuevo delito de malversación de caudales públicos en el artículo 433.bis, castigando a la autoridad o funcionario público que falsee la contabilidad, documentos o información que deban reflejar la situación económica de Administraciones y entidades públicas<sup>7</sup>.

Como se ve, son medidas que, bien por su calado económico (represión fraude de fondos o derechos públicos) o institucional (responsabilidad de partidos políticos y sindicatos, transparencia del sector público), participan de la finalidad de la legislación anticrisis.

#### IV. LEGISLACIÓN DE CRISIS Y DELITO FISCAL

Nos centramos ahora en las innovaciones que la reforma introduce en el delito fiscal tipificado hasta ahora en el artículo 305 y que se desdobra al introducir la reforma uno nuevo, el 305.bis.

Las de mayor entidad, si seguimos el preámbulo de la propia Ley, suponen la creación de un tipo agravado, de un tipo privilegiado, un nuevo tratamiento de la regularización y la posibilidad de continuar con el procedimiento tributario al margen del procedimiento penal.

Otras novedades que se incorporan parece que tienen menos interés como la posibilidad de la persecución de las tramas organizadas de fraude fiscal mediante la habilitación de la denuncia inmediata una vez alcanzada la cantidad mínima de defraudación [artículo 305.2.a)] lógica desde la óptica del aumento de la eficacia en la persecución de este tipo de delincuencia, aunque todo hace pensar que carece de efectos preventivos; o las referencias a la forma de determinar la cuantía objeto de defraudación y la adición del inciso relativo a la presentación de declaraciones como no eximentes del delito.

---

<sup>7</sup> Sobre las dificultades prácticas de su aplicación: ÁLVAREZ MARTÍN, J. A. en “La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012 ¿afectará a los fondos y cuentas públicas?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013.

## 1. El nuevo tipo agravado.

Se crea el artículo 305.bis<sup>8</sup> como sede de un nuevo tipo agravado para sancionar las defraudaciones de especial entidad que son así calificadas cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: cuantía defraudada superior a 600,000 euros; que se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminal; o con ocultamiento a través de persona interpuesta, negocios fiduciarios o paraísos fiscales que impidan la actividad investigadora de la Administración Tributaria.

La creación del nuevo tipo, que hereda la agravación de la pena que antes se preveía como subtipo en el propio 305, supone aumentar la pena hasta un máximo de 6 años de prisión lo que se traduce en que el plazo de prescripción se extienda hasta los 10 años posibilitando así la represión de esta delincuencia que en muchas ocasiones se beneficiaba del reducido plazo de prescripción anterior de 5 años. Esta extensión del plazo de prescripción es un objetivo abiertamente declarado en el Preámbulo.

Facilitara sin duda la persecución de estos delitos, y también el ingreso de las cantidades defraudadas, pues la Administración Tributaria, aun cuando siga sometida al plazo de prescripción administrativo de 4 años, podrá trasladar el tanto de culpa a los Tribunales al ser consolidada la Jurisprudencia que estima independientes los plazos de prescripción tributaria y penal<sup>9</sup>. En definitiva, que la prescripción en vía administrativa no impide la persecución y condena en vía penal con sus correspondientes responsabilidades económicas. Responsabilidades económicas que, como veremos, la reforma se encarga de facilitar su recaudación.

Por otra parte, se aplaude la fijación de un límite objetivo a la defraudación acorde con el principio de legalidad al suponer una mejora en seguridad jurídica frente al

<sup>8</sup> Queda redactado del siguiente modo:

*“1. El delito contra la Hacienda Pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

*a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.*  
*b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.*  
*c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito.*

*2. A los supuestos descritos en el presente artículo les serán de aplicación todas las restantes previsiones contenidas en el artículo 305.*

*En estos casos, además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de cuatro a ocho años”.*

<sup>9</sup> Sentencias Tribunal Supremo de 15/07/2004, 336/2004, RJ 5627; y de 03/02/2005, 17/2005, RJ 6665.

concepto indeterminado de la “*especial trascendencia y gravedad atendiendo al importe de lo defraudado*” que contemplaba la agravación del artículo 305 en la redacción anterior a la reforma. La fijación de la cuota de 600.000 euros coincide con la postura a la que había llegado el Tribunal Supremo para la aplicación de esta agravante<sup>10</sup>.

## 2. El tipo privilegiado.

Se introduce un nuevo tipo privilegiado, o una atenuante privilegiada, basada en la regularización extemporánea o en la colaboración con la investigación tributaria<sup>11</sup>.

La redacción es compleja pues comprende diferentes conductas –satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos– y distintos sujetos –obligado tributario, autor, partícipes– además de un límite temporal para su eficacia. La rebaja de la pena en uno o dos grados –aun siendo potestativa para el Tribunal– la equipara con una atenuante muy calificada si atendemos a las reglas de aplicación de las penas del artículo 66.2 del Código Penal.

En la línea de favorecer la recaudación tributaria, resulta significativo, por una parte, que se exige –al igual que en la regularización– no solo el pago de la cuota defraudada sino de la totalidad de la deuda tributaria y, por otra, que requiere no exclusivamente el pago, sino también el reconocimiento de los hechos; esta exigencia de reconocimiento no tiene otra finalidad que la de evitar futuras reclamaciones<sup>12</sup>.

La rebaja de la pena en uno o dos grados hace que, incluso en el supuesto de defraudación de especial gravedad –al que le resulta aplicable por remisión directa del artículo 305.bis–, la pena de prisión siempre será inferior a los dos años de exten-

<sup>10</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo (Sección 1.ª) de 19/01/2012, n.º 31, Recurso 568/2011, RJ 2057, concluye en esta cifra después de efectuar un cálculo estadístico sobre los diferentes recursos en materia de delitos fiscales de que ha conocido la Sala desde el año 1990.

<sup>11</sup> Se incorpora el punto 6 del artículo 305:

*“Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito”.*

<sup>12</sup> Muñoz Cuesta critica que se exija el reconocimiento por ser contrario al carácter objetivo de la reparación del daño como atenuante. MUÑOZ CUESTA, F. J.: “La reforma del delito fiscal operada por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2013.

sión abriendo paso a la posibilidad de suspensión de la condena de forma que, de seguir aplicándose con cierto automatismo el régimen previsto en los artículos 80 y siguientes del Código Penal para la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, se desactivaría el efecto de prevención o conminatorio de la norma. No obstante, somos de la opinión de que el actual el estado de cosas no se va a prolongar por mucho tiempo<sup>13</sup>.

### 3. La nueva regularización.

La regularización, el mecanismo por el que el defraudador elude su responsabilidad penal mediante el cumplimiento extemporáneo de sus obligaciones tributarias, no es una novedad que incorpore la reforma que estudiamos pues es una institución con cierta tradición en el delito contra la Hacienda Pública pues ya se introdujo en 1995 antes de la promulgación del Código actual<sup>14</sup>. Lo genuino de la Ley Orgánica 7/2012 es su pretensión de otorgarle una distinta naturaleza jurídica.

La Ley reforma el punto 4 del artículo 305 conservando prácticamente la redacción anterior pero suprimiendo una expresión esencial que contenía ésta: “*quedará exento de responsabilidad criminal...*”<sup>15</sup>; La eliminación de esos términos plantea un problema de enorme trascendencia como es el de determinar su naturaleza jurídica ¿es un elemento negativo del tipo o continúa siendo una excusa absolutoria? Las consecuencias, como se verá, son relevantes.

<sup>13</sup> Todo hace pensar que la suspensión de la ejecución de la pena va ser sometida a una profunda revisión, por lo menos en su aplicación práctica. Así parece, la situación de crisis también ha influido en la actitud de los Tribunales ante el delito fiscal y empiezan a mostrarse rigurosos en la concesión del beneficio; ver sobre ello el artículo: “*Los ingresos en prisión por delito fiscal aumentan un 63% desde 2012*” en [http://economia.elpais.com/economia/2014/10/05/actualidad/1412528446\\_760625.html](http://economia.elpais.com/economia/2014/10/05/actualidad/1412528446_760625.html).

<sup>14</sup> La Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, aborda una profunda reforma en los delitos contra la Hacienda Pública otorgando tratamiento penal a las regularizaciones tributarias previstas en la normativa fiscal que, hasta entonces, no se contemplaban en el Código; distorsión que había generado importantes dudas sobre sus efectos penales.

<sup>15</sup> La norma queda así redactada:

*4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.*

Que la intención del legislador ha sido la de eliminar su configuración como excusa absoluta es evidente: se deduce no solo de la exposición de motivos sino, especialmente, de la eliminación de aquella expresión a la que nos acabamos de referir<sup>16</sup>. Y así se ha entendido en una primera aproximación por MUÑOZ CUESTA para quien la regularización, en virtud de la reforma, deja de ser una excusa absoluta y pasa a ser un elemento del tipo eliminando por tanto la existencia de delito<sup>17</sup>.

En tal caso, considerada elemento negativo del tipo, se plantean problemas en orden a la consumación del delito y, en consecuencia, a su prescripción. Cuestión ésta recurrente en todo procedimiento penal en el que se ventile este tipo delictivo y que añade un punto más de inseguridad a una cuestión ya criticada<sup>18</sup>; si no fuera suficiente la polémica entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre la identificación del acto judicial de imputación interruptor de la prescripción ahora se le puede añadir otro, la indeterminación del “*dies a quo*”.

Pues bien, aunque del preámbulo se evidencie la voluntad del legislador de considerarla elemento del delito, la doctrina sigue considerando que se trata de una excusa absoluta.

Ya se planteó la naturaleza de la regularización en la redacción originaria del Código de 1995 y la Fiscalía General del Estado, con ocasión de una consulta sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal, rechazó considerarla como elemento integrante del tipo<sup>19</sup>. Precisamente por sus consecuencias en orden a la prescripción fue objeto de crítica por el Consejo General del Poder Judicial en el informe que elaboró al anteproyecto<sup>20</sup>. Estimaba más adecuado que siguiera considerándose como una excusa absoluta, y criticaba que prolongaba artificialmente el momento inicial de la prescripción, haciéndolo depender de un acontecimiento futuro ajeno a la conducta del sujeto infractor (la denuncia); y por-

<sup>16</sup> El propio preámbulo lo dice: “*se complementa con la del apartado 4 relativa a la regularización suprimiendo las menciones que la conceptuaban como una excusa absoluta*”.

<sup>17</sup> Muñoz Cuesta, Francisco Javier, obra citada.

<sup>18</sup> ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: “La prescripción del delito fiscal: del «caso Estevill» al «caso Fabra»”, *Diario La Ley*, núm. 8398, Sección Doctrina, 14 de octubre de 2014, Año XXXV.

<sup>19</sup> Consulta 4/1997, de 19 de febrero: “*La tesis de que el delito todavía no se ha consumado cuando el sujeto regulariza plantea enormes problemas: se dejaría la consumación al albur de un hecho ajeno al sujeto activo cual es la producción de cualquiera de los supuestos que cierran la posibilidad de una regularización y se haría imposible la prescripción del delito fiscal al no consumarse hasta que las actuaciones se dirigieran contra el culpable*”.

<sup>20</sup> Informe de 28 de junio de 2012, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal->

que, en los casos de denuncia, ésta suponía tanto el “*dies a quo*” de la prescripción como momento de su interrupción.

Para Bacigalupo Zapater<sup>21</sup>, la regularización continúa siendo una excusa absolutoria y al mismo tiempo un presupuesto procesal para la persecución del delito, por lo que la nueva dicción legal no tendrá efectos sobre la prescripción pues ésta se consumará cuando se ejecuten los elementos del tipo.

Para este autor, la reforma está fuertemente vinculada con la amnistía fiscal previa a ella. En efecto, la norma que estudiamos se dicta a continuación del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo<sup>22</sup>, que articulaba la llamada Declaración Tributaria Especial, conocida vulgarmente como amnistía fiscal, con el objeto de regularizar bienes o derechos ocultados por los contribuyentes. Por tanto, la redacción polémica obedecería al objeto de ofrecer cierta seguridad al defraudador que optaba por la regularización: si se regularizaba con la amnistía, nada aseguraba al regularizador, ante la posibilidad de considerar el delito fiscal como antecedente del delito de blanqueo, que no se le iba a perseguir por este último. Para ello el legislador, en lugar de solucionar la controversia sobre el concurso entre delito fiscal y el de blanqueo, opta por “*redefinir*” la naturaleza de la regularización forzándola hasta el punto de constituir la en el elemento negativo del tipo. De forma que, si se recurre a ella, no exista delito fiscal y, por tanto, no haya delito antecedente del blanqueo.

Ciertamente, la cuestión de la consideración del delito contra la Hacienda Pública como antecedente del delito de blanqueo de capitales no estaba, ni está, resuelta.

A nivel doctrinal y desde la perspectiva tributaria para Fernández Junquera<sup>23</sup> no es posible considerar al delito fiscal como antecedente del blanqueo al no responder aquél al delito básico de blanqueo puesto que, en la inmensa mayoría de los casos, los fondos del delito fiscal no proceden de una actividad ilícita. Postura que no deja de tener fundamento pues el elemento esencial del delito de blanqueo es el origen delictivo de los fondos transformados. Si bien tiene como ventaja que permite prescindir

<sup>21</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La reforma del delito fiscal por la Ley Orgánica 7/2007”, *Diario La Ley*, núm. 8076, Sección Tribuna, 6 de mayo 2013.

<sup>22</sup> A ella se refiere expresamente la propia disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2012: “*Efectos de la declaración tributaria especial. Se entenderán declaradas dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo respecto de cada período impositivo en el que deban imputarse, las rentas inicialmente no declaradas regularizadas a través de la declaración tributaria especial prevista en la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas Medidas Tributarias y Administrativas dirigidas a la Reducción del Déficit Público*”. El plazo para la presentación de las declaraciones y su ingreso finalizaba el 30 de noviembre de 2012.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: “Defraudación fiscal, blanqueo de capitales y regularización fiscal”, *Civitas Revista española de Derecho Financiero*, núm. 155/2012.

dir de la polémica sobre los actos de agotamiento del delito tiene como inconveniente que irremediablemente conduce a la solución por caso concreto: no es lo mismo el disfrute de fondos obtenidos lícitamente (por ejemplo, de una actividad profesional) que disponer de una subvención obtenida de forma delictiva aunque en ambos casos nos encontraremos con el mismo obstáculo de la fungibilidad del dinero.

En la misma línea, Muñoz Cuesta<sup>24</sup> para quién precisamente la redacción del delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012, con la regularización como elemento del tipo, favorece esa interpretación.

La Jurisprudencia no está definida. El Tribunal Supremo solo se ha pronunciado afirmativamente y de forma expresa en la Sentencia de 05/12/2012, si bien consta de un voto particular de notable entidad. Implícitamente parece que sigue esta línea la Sentencia de 11/03/2014<sup>25</sup>, que acepta la tesis del delito fiscal como antecedente del blanqueo (posiblemente por no haber sido cuestionada en el recurso o plantearse en motivos posteriores al que estima) si bien casa la sentencia por una defectuosa motivación: sencillamente por no concretarse qué cuotas y de qué ejercicios tributarios fueron objeto de blanqueo, ni identificarse en qué fueron invertidas<sup>26</sup>.

Así las cosas ante la indefinición de la cuestión, no es descartable –como afirma el autor citado– que los términos de la regularización se redactaran de esa forma para evitar la persecución por el delito de blanqueo. Quien regularizaba eliminaba el delito fiscal y los fondos regularizados –entre los que se incluía la cuota defraudada– ya no procedían de un delito<sup>27</sup>.

Tras esta pequeña digresión sobre el concurso del delito fiscal y blanqueo, volvemos a las opiniones doctrinales sobre la regularización.

<sup>24</sup> MUÑOZ CUESTA, J.: “El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del artículo 301 por Ley Orgánica 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013.

<sup>25</sup> Respectivamente, n.º 974/2012, Pte. Berdugo Gómez de la Torre y n.º 182/2014, Pte. Monterde Ferrer.

<sup>26</sup> Así se expresa en el FJ 11.º. Ciertamente aplicando con rigor los presupuestos a que se refiere la Sentencia se ve difícil que en la práctica pueda imputarse por blanqueo la reinversión de cuotas defraudadas ante la intrínseca dificultad de identificar en qué se ha invertido el importe de la cuota defraudada dado su carácter fungible.

<sup>27</sup> En contra de ello juega el argumento cronológico puesto que el plazo de regularización extraordinaria concluyó antes de la entrada en vigor, e incluso de la promulgación, de la reforma del Código Penal. En efecto, la Ley Orgánica 7/2012 entra en vigor el 17 enero 2013, una vez agotado el plazo excepcional de regularización del Real Decreto-Ley 12/2012 que terminó el 30 de noviembre de 2012. No obstante, el proyecto de Ley Orgánica entró en el Congreso de los Diputados el 3 de agosto de 2012, lo que permitía al defraudador dispuesto a realizar la declaración extraordinaria conocer el nuevo carácter que se le pretendía dar a la regularización en el Código Penal.

Con argumentos técnicos, Díez Lirio<sup>28</sup> sigue considerándola, a pesar de la reforma, como excusa absolutoria ante lo que considera contradicción entre la exposición de motivos y el texto de la norma. Incluso defiende su postura desde la lógica: la reparación no puede formar parte del tipo penal pues solo puede repararse lo previamente dañado.

Por su parte, Serrano y Merino<sup>29</sup> entienden que a pesar de la pretensión de cambio de naturaleza por parte del legislador en realidad nada ha cambiado, la regularización debe seguir siendo considerada una excusa absolutoria: la conducta anterior a ella es plenamente típica y antijurídica por lo que el momento de inicio de la prescripción habrá que referirlo al momento de la defraudación. Añaden estos autores un motivo más de crítica y es que –razonando además lo innecesario de acudir al cambio de naturaleza jurídica de la regularización si se pretendía evitar la intervención de los Tribunales cuando a través del artículo 180.2 de la Ley General Tributaria<sup>30</sup>, ya queda en manos de la Administración Tributaria trasladar o no el tanto de culpa– se incrementa la discrecionalidad de ésta puesto que queda en su mano *criminalizar* cualquier discrepancia sobre el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria<sup>31</sup>.

A falta de pronunciamientos judiciales sobre la cuestión, todo hace presagiar que el cómputo de la prescripción del delito fiscal se iniciará cuando se consume la defraudación; es decir, cuando concluya el plazo de declaración o liquidación del correspondiente impuesto. Con independencia de que se proceda o no a la regularización que contempla al precepto.

<sup>28</sup> DÍEZ LIRIO, L. C. en “La naturaleza jurídica de la regularización tributaria tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012”, El Derecho 19-09-2013.

[http://www.elderecho.com/penal/Naturaleza\\_juridica-regularizacion\\_tributaria-fraude\\_fiscal-fraude\\_a\\_la\\_seguridad\\_social\\_11\\_594055003.html](http://www.elderecho.com/penal/Naturaleza_juridica-regularizacion_tributaria-fraude_fiscal-fraude_a_la_seguridad_social_11_594055003.html).

<sup>29</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I.: “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal”, *Diario La Ley*, núm. 8052, Sección Doctrina, 27 de marzo de 2013, Año XXXIV.

<sup>30</sup> La disposición final 1.ª del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, introduce un apartado 2 en el artículo 180 de la Ley General Tributaria:

*“Si la Administración Tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal”.*

<sup>31</sup> El Anteproyecto de Reforma de la Ley General Tributaria que en la actualidad tramita el Gobierno introduce un nuevo título que trata de reglar esta facultad. El artículo 252 dentro del Título VI del anteproyecto contempla el supuesto de regularización voluntaria sin que, por el momento, prevea trámite alguno para resolver la posible discrepancia en torno a ese completo reconocimiento y pago.

#### 4. La continuación del procedimiento tributario.

La otra novedad apuntada es la posibilidad de continuar sustanciando el procedimiento administrativo para la liquidación de la deuda, e incluso su cobro, de forma paralela a la tramitación del procedimiento penal. Así se autoriza en el apartado 5 del nuevo artículo 305<sup>32</sup>.

Se trata, sin duda, de una facultad largamente anhelada por la Administración Tributaria –rechazada siempre por la Jurisprudencia<sup>33</sup>– pues ha sido pretendida en diversos proyectos de modificación del Código Penal hasta que por fin –quizás justificada por la excepcionalidad del momento– se ha visto reconocida en esta reforma. Evidencia ello que la norma que analizamos, la Ley Orgánica 7/2012, es una genuina manifestación de la legislación de crisis en la que el afán recaudatorio toma protagonismo.

Supone, sencillamente, eliminar la prejudicialidad penal. En el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública la determinación de la cuota defraudada ha sido una materia reservada a los Tribunales como cuestión prejudicial no devolutiva que, conforme al artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe resolver el órgano jurisdiccional penal. A partir de ahora, la Administración va a poder liquidar la deuda, e incluso cobrarla, aun cuando esté *sub iudice* la declaración de que la misma sea o no constitutiva de un delito fiscal. Y esto se hace además limitando las facultades de las que dispone el Juez penal para suspender el procedimiento de cobro de la deuda pues, su posible intervención acordando al suspensión, se condiciona, salvo lo excepcional de producir daños de imposible o difícil reparación, a la prestación de garantía.

<sup>32</sup> En su dicción literal, El nuevo apartado 5 del artículo 305 dispone:

*“5. Cuando la Administración Tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la Hacienda Pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública.*

*La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.*

*La existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el Juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación”.*

<sup>33</sup> STS de 05/12/2002 y 13/05/2010, iniciado el procedimiento penal la Administración pierde sus facultades de autotutela.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la crítica más acerva es la de Calvo Vérguez<sup>34</sup> para quién la reforma en este extremo implica, aparte de conculcar el principio constitucional de división de poderes y el de la prejudicialidad penal, infringir el derecho a la presunción de inocencia.

Es obvio el objetivo de la nueva norma de beneficiar la recaudación. Su justificación no está exenta de razón al pretender evitar la situación privilegiada en la que se encuentran los imputados por delitos fiscal frente a los simples infractores tributarios: estos se ven obligados a pagar la deuda o garantizarla para suspender el procedimiento mientras aquellos se beneficiaban de la suspensión del procedimiento sin más y —de no adoptarse medida cautelar por la autoridad judicial— podrían alzarse con su patrimonio<sup>35</sup>.

Sin embargo, siendo esa su finalidad, la norma plantea algunos problemas. Por una parte, su contradicción con el artículo 180.1 de la Ley General Tributaria que sigue ordenando la paralización del procedimiento, por otra, la dificultad práctica de determinar qué elementos, y cuáles no, están vinculados al delito fiscal que permitan a la Administración liquidar unos y otros y, en último término, qué respuesta se debe dar a los ajustes que deban hacerse si la resolución penal es contradictoria con la administrativa<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> CALVO VÉRGEZ, J.: “La reforma del artículo 305 del Código Penal y su incidencia sobre la separación constitucional de poderes”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 854/2012:

*“A nuestro juicio cabe plantearse al respecto hasta qué punto la citada reforma atenta contra la división constitucional de poderes, así como contra el derecho a la presunción de inocencia, el principio de prejudicialidad penal y, en suma, los derechos de los ciudadanos. Adviértase que se está hablando de un delito y no de un acto administrativo sancionador de naturaleza económica. Así las cosas el hecho de que se permite que la Administración Tributaria pueda exigir la recaudación de un asunto sub iudice, adelantándose a cobrar lo que constituye responsabilidad civil derivada del delito (la cuota más los intereses de demora) sin que el delito se haya siquiera enjuiciado, pudiendo concluir, tras el correspondiente juicio con todas las garantías, en sobreseimiento, absolución o en la determinación de una cuota defraudada menor a la previamente recaudada por la Administración, incluso por la vía de apremio, podría vulnerar los citados derechos”.*

<sup>35</sup> En esta línea de facilitar la recaudación, la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal, ya apuntaba a la posibilidad de que los jueces y tribunales recabaran el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil. La reforma que estudiamos parece que no ha esperado a comprobar los resultados de tal previsión y simplemente se desentiende de la acción recaudadora de la Administración de Justicia.

<sup>36</sup> En el informe del CGPJ al anteproyecto, ya mencionado, se denunciaba esta contradicción: *“Esto significa que sin la reforma de las normas correspondientes de la legislación tributaria, de manera que la Administración pueda establecer la deuda tributaria también en estos supuestos para poder proceder a su liquidación y cobro (la propuesta se refiere al «cobro de la deuda tributaria»), a modo de una, actualmente inexistente, «liquidación provisional de deuda tributaria a expensas de lo que resuelva el juez penal», el modelo diseñado en el Anteproyecto es legalmente inviable...”.*

Tampoco tenemos respuesta judicial a este tema. Su solución pasará por la necesaria adaptación de la Ley General Tributaria cuya futura reforma se tramita como anteproyecto por el Gobierno<sup>37</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Si la legislación de crisis se caracteriza por tratar de ofrecer respuesta a la situación económica que se padece desde el año 2008 con un doble objetivo de reducir los gastos e incrementar los ingresos públicos, dentro de este segundo objetivo la política de recaudación no podía quedar al margen de aquella.

Aun cuando en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2012 se advierte de la vocación preventiva de la reforma, lo cierto es que su plasmación positiva –especialmente en las novedades comentadas– avanza un paso más por el camino de convertir la recaudación en el fin prioritario del delito fiscal. El legislador no se habría dado por satisfecho con la protección del patrimonio público mediante la intimidación de la norma sino que instrumentaliza el Derecho penal para asegurar la efectividad de los ingresos públicos: a cambio de evitar la iniciación del procedimiento penal garantiza la recaudación mediante la regularización; iniciado éste garantiza la recaudación despojando a la Administración de Justicia de esa facultad<sup>38</sup>.

Son respuestas a las dilaciones propias del procedimiento penal y de la menor agilidad de la Administración de Justicia en la ejecución de las responsabilidades civiles derivadas de los delitos que favorecen al defraudador profesional al ofrecerle la posibilidad de eludir la ejecución de las condenas y que, en definitiva, ponen a la recaudación en el centro de la política criminal y permiten cuestionar cuál sea el objeto de la protección del delito fiscal en la actualidad: el patrimonio de la Hacienda Pública o la recaudación de sus derechos.

Es obvio que a estas alturas el bien jurídico protegido en el delito contra la Hacienda Pública no puede quedarse en conceptos genéricos en torno a la necesidad de protección del patrimonio estatal o del deber de lealtad con la Administración Tributaria sino que debe extenderse a garantizar el ingreso de los derechos públicos. No solo

---

<sup>37</sup> Actualmente en trámite de anteproyecto, el Gobierno plantea la modificación de la Ley General Tributaria para introducir un nuevo Título VI que adecue la actuación de la Administración Tributaria en la aplicación de los tributos en supuestos de delitos contra la Hacienda Pública.

<sup>38</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I.: “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho penal”, *Diario La Ley*, núm. 8052, Sección Doctrina, 27 de marzo de 2013, Año XXXIV.

por razones de justicia material sino por exigencias de eficacia del ordenamiento jurídico pues la expectativa de una expeditiva reacción sobre el patrimonio del potencial defraudador incrementará sin duda el efecto intimidatorio de la norma penal.

La reforma avanzaría en esa consideración que tiene antecedentes doctrinales y jurisprudenciales.

Para Morales Prats<sup>39</sup>, aparte de significar la diversidad de protección en función de los diferentes tipos de delitos contra la Hacienda Pública, el bien jurídico protegido en el delito del artículo 305 estaría constituido por la Hacienda Pública en su faceta de recaudación tributaria. Por su parte, Bacigalupo<sup>40</sup>, después de identificar la recaudación como objetivo prioritario de esta reforma, admite sin dificultad que aquélla se constituya en el bien jurídico protegido por estos delitos.

También la Jurisprudencia ha aceptado la incorporación de la recaudación al círculo de protección de la norma; así la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2006, para rechazar la naturaleza del delito fiscal como delito estrictamente patrimonial y excluir la continuidad delictiva, la eleva a la categoría bien jurídico directamente protegido por el artículo 305 llegando a afirmar que *“el bien jurídico protegido no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo...”*<sup>41</sup>.

Si no podemos, por tanto, discutir la legitimidad de utilizar el delito fiscal como medio recaudatorio no dejamos, sin embargo, de plantearnos en qué medida la reforma afecta a la finalidad preventiva de la norma penal. La atenuación de la pena por el ingreso de la deuda o la regularización en los términos en que se ofrece nos tememos que desincentivan al potencial defraudador para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones fiscales<sup>42</sup>.

Solo nos queda preguntarnos si esta nueva regulación, producto de la crisis, se prolongará más allá de la actual coyuntura económica o si, una vez felizmente superada ésta, asistiremos a la enésima reforma del Código Penal.

---

<sup>39</sup> MORALES PRATS, F. y otros: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Thomson Aranzadi, 4.º edición, 2005, Cizur Menor (Navarra).

<sup>40</sup> *“Una vez admitida la legitimidad del empleo del derecho penal para sancionar el delito fiscal, las objeciones sobre la facultad del legislador para erigir la recaudación fiscal en el bien jurídico protegido no parece cuestionable”* Bacigalupo Zapater, Enrique, obra citada.

<sup>41</sup> STS 06/10/2006, 952/2006, RJ 8006.

<sup>42</sup> En este sentido, SERRANO y MERINO, obra citada, *“De acuerdo con el cálculo coste-beneficio, el fraude verdaderamente puede resultar rentable existiendo la esperanza fundada de que el coste penal resulte tan exiguo”*.

## **INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS EN LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS CIUDADANOS. ENERGÍA Y MEDIO AMBIENTE**

**Rosa Elena Martínez Díaz**

*Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias*

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR. II. PRIMER HITO. III. SEGUNDO HITO. IV. TERCER HITO. V. CUARTO HITO. VI. QUINTO HITO.

### **I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La preocupación por el medio ambiente es uno de los signos de nuestro tiempo. La misión del Derecho Ambiental de ordenar las relaciones humanas en su proyección hacia la naturaleza, de responder como elemento esencial de su definición a la protección del medio ambiente, no ha dejado de generar conflictos porque plantea el problema jurídico y también social de hasta qué punto el objetivo de la protección ambiental puede servir de legitimación suficiente para restringir derechos, incluso, los garantizados constitucionalmente.

Este problema se agrava sustancialmente si introducimos otra variable que es cuando el propio Derecho Ambiental habilita a la Administración con potestades discrecionales sin limitaciones expresas suficientes, permitiéndole, bien limitar en exceso las condiciones de ejercicio de los derechos bajo el pretexto de una genérica protección del medio ambiente, o bien, en sentido contrario, adoptando decisiones que suponen atropello a bienes y valores ambientales.

Este tradicional conflicto entre las exigencias que impone la protección del medio ambiente y el desarrollo de actividades económicas con impacto ambiental significativo ha tenido, y mantiene en la actualidad, un exponente mayúsculo en el ámbito

territorial de Canarias con ocasión de las actividades de investigación y exploración de hidrocarburos, a desarrollar en aguas próximas a las costas canarias, autorizadas por la Administración del Estado a la compañía Repsol.

Antes de entrar en el análisis de este conflicto, que enfrenta dos bienes constitucionalmente protegidos: el medio ambiente y el desarrollo económico en cuanto las actividades de investigación y exploración de recursos naturales propios, hidrocarburos, no puede obviarse, representa *a priori* y por concepto una actividad atractiva en el sector energético nacional, y, por tanto, en el conjunto de la economía nacional, queremos precisar:

- a) La trascendencia del presente conflicto, que ha conducido a posiciones públicas enfrentadas. En efecto, las prospecciones petrolíferas autorizadas en Canarias han dado lugar a una confrontación radical entre las Administraciones Públicas implicadas. Administración del Estado, por un lado, frente a la Administración autonómica, de otro, junto a las Administraciones insulares (Cabildos de Lanzarote y Fuerteventura). Teniendo en cuenta que las respectivas posiciones se amparan y fundamentan, cada una de ellas, en la invocación de intereses generales que todas están llamadas a servir, nos da una idea de la dimensión del conflicto que excede ya de la mera confrontación entre un interés público y un interés privado.
- b) A su vez, el conflicto, no podemos obviarlo, ha alcanzado una dimensión social sin precedentes, al menos, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Canarias. Y esta circunstancia, por lo que se refiere a las exigencias derivadas del Derecho Ambiental, no puede considerarse como mera anécdota.

Podemos afirmar que el Derecho Ambiental está basado, de un lado, en el nivel de conocimientos existentes en cada momento respecto de las actividades y sus impactos ambientales, y de otro, en la conciencia ambiental de los ciudadanos. La gran influencia de los ciudadanos se traduce en la obligación de facilitar información y asegurar su participación en los procedimientos administrativos en los que se decide sobre actividades con incidencia o impacto ambiental (con carácter general, Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los Derechos de Acceso a la Información, de Participación Pública y de Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente). En esta participación late la idea, no sólo tratar de evitar dañar el medio ambiente, sino de contribuir también con la participación de los ciudadanos a que los sujetos públicos tomen las decisiones más adecuadas para la conservación.

La apreciación y valoración que los ciudadanos hacen de los impactos ambientales y de su propia responsabilidad individual y colectiva no puede pasar desapercibida, en buena hipótesis, para la Administración responsable de determinar los peligros –capacidad de producir un daño– y de evaluar los riesgos –probabilidad de que el daño se produzca– porque esta operación está condicionada por criterios sociales.

La protección ambiental ha pasado a formar parte, cada vez con mayor intensidad e importancia, de los requisitos de la calidad de vida. Rechazamos cualquier circunstancia que pueda provocarnos un daño y queremos que el Estado nos cubra frente a cualquier riesgo.

c) Por otro lado, la oposición a la realización de actividades de investigación y exploración de hidrocarburos en las costas canarias por parte de la Administración autonómica en los términos autorizados por el Estado debe comprenderse como una manifestación de la obligación que, como poder público, tiene esta Administración autonómica de velar por la protección y defensa de la naturaleza y del medio ambiente. Junto a este interés público, la Administración autonómica debe velar igualmente por el bienestar de la población canaria, por la consecución del pleno empleo y el desarrollo económico del archipiélago. Y en la combinación de estos intereses generales, por lo que al sector energético se refiere, la Administración autonómica de Canarias ha venido haciendo un gran esfuerzo para potenciar formas energéticas sostenibles y compatibles con el medio ambiente: las energías renovables limpias frente a las fuentes energéticas de combustibles fósiles, que se han revelado como la causa cierta y directa del cambio climático.

La historia de cualquiera de las islas –en general, de cualquier territorio– evidencia que medio ambiente y socioeconomía no son núcleos independientes y sujetos con exclusividad a un territorio sino que están interconectados de modo que cualquier afección en uno de ellos acaba condicionando el medio, las tareas productivas y la socioeconomía de cualquiera de las restantes. En este sentido, las islas presentan importantes adaptaciones ecológicas y socioeconómicas (formas de hábitat, pautas tecnológicas y organizacionales de la producción, opciones laborales,...) específicas ante ciertos problemas ambientales (escasez de agua, insolación, pendiente...). El conjunto del archipiélago, también las islas de Lanzarote y Fuerteventura, han aportado por un modelo económico de desarrollo sostenible, potenciando la conservación del medio ambiente, su uso sostenible, la incorporación progresiva de energías renovables. La economía canaria está basada principalmente en el sector turístico, orientándolo hacia un turismo responsable y respetuoso con el medio.

La importancia del turismo es clave en la economía canaria. El principal motor de nuestra economía y que, en el momento presente de crisis económica mundial, se constituye como el sector que en Canarias repunta a mayor ritmo que cualquier otro es el turístico.

En la actualidad, el turismo representa la principal fuente de riqueza, de actividad y de empleo de las Islas Canarias. Los resultados del Estudio IMPACTUR Canarias 2013 (último informe disponible) así lo confirman y ponen de manifiesto la mayor especialización turística de la economía canaria en relación al resto de España. También

se evidencia, observando la diferencia entre lo que supone el turismo en términos de gasto público y de recaudación de impuestos, que el turismo está permitiendo financiar otras políticas públicas como la Sanidad y la Educación en las Islas Canarias.

### Peso del turismo en la economía canaria

	%	Valor
<b>PIB</b>	31,2%	12.583 mill. €
<b>Empleo</b> (puestos de trabajo)	35,2%	251.480
<b>Gasto Público</b>	9,0%	871 mill. €
<b>Recaudación de impuestos</b>	33,4%	1.724 mill. €

Fuente: IMACTUR 2013 (Exceltur)

### Canarias vs. España

	Canarias	España
<b>PIB</b>	31,2%	10,9%
<b>Empleo</b>	35,2%	11,9%

Fuente: IMACTUR 2013 (Exceltur)

En 2013 Canarias recibió 12,1 millones de turistas. De ellos, 10,6 millones eran extranjeros y 1,5 millones peninsulares. Según el ISTAC, la estancia media de los turistas fue de 9,6 días y el gasto medio diario por turista 125,6 euros, con lo que el volumen de negocio generado por el sector turístico canario ascendió a 12.983 millones de euros.

Con este punto de partida, debe destacarse que entre las cuatro primeras razones por las que los 12 millones de turistas que visitan Canarias nos eligen como destino se relacionan con elementos que una actividad petrolífera pondría en riesgo: esas cuatro razones que más pesan en nuestros mercados de referencia son el clima/sol, playas, paisajes y tranquilidad. También figura de modo expreso entre las razones de la elección de Canarias la calidad del entorno medioambiental, con mayor puntuación que otras como el ambiente nocturno/diversión, compras, parques de ocio u oferta cultural o deportiva.

Es igualmente relevante que los turistas que visitan Canarias otorgan su puntuación más elevada a los valores/factores ambientales, por encima de los factores alojativos, de restauración, las actividades de ocio y las infraestructuras. Factores ambientales que tienen una especial incidencia en el elevado índice de repetición de nuestros turistas, fidelidad que se vería debilitada caso de darse alguna situación no deseada a raíz de las actividades autorizadas.

Existen antecedentes que demuestran con datos/hechos objetivos que los mercados turísticos se resienten de manera significativa cuando sobrevienen incidentes medioambientales. Un mercado, como el turístico, que tiene en los elementos de calidad medioambiental un creciente referente recibiría una actividad petrolífera como un factor de desprestigio del destino y de la marca Canarias.

El medio ambiente es una preocupación creciente en el mundo civilizado y los turistas, cada vez más, eligen los destinos por sus valores medioambientales y el grado de compromiso para su conservación y mejora y su preocupación por garantizar su sostenibilidad a largo plazo. Cada vez están más atentos a noticias de ésta índole y son más activos en la defensa de la conservación del planeta, por lo que una simple “amenaza” o “posible riesgo” para el medio ambiente les lleva a, no solo cambiar el destino de vacaciones sino a ejercer de manera activa una labor de desprestigio de los lugares en “riesgo” (opinando en las redes sociales, manifestaciones, etc.). De hecho, son numerosos los foros en los que ya se está hablando del riesgo de las prospecciones de Repsol en aguas canarias y de la posible amenaza de vertidos, fugas, etc. sobre el medio ambiente de las islas (recordemos, su mayor baza).

En aras a mostrar la importancia de una correcta valoración de riesgos-beneficios y vulnerabilidad, los investigadores reconocen, al menos, dos cuestiones que hacen a la actividad turística altamente vulnerable. De una parte la fuerte competencia entre destinos que, con relativamente poco esfuerzo, pueden ajustar su oferta y, en su caso, sustituir o redirigir la oferta turística en los mercados (efecto desplazamiento). De otra, la incertidumbre frente a riesgos naturales (huracanes, terremotos, temporales, etc.) o provocados por el ser humano (terrorismo, guerras, desastres medioambientales, etc.). Ambas debilidades se sustentan en que la actividad turística es en gran medida dependiente de las percepciones de sus usuarios-clientes. Desde el momento en que los potenciales turistas se informan directa o indirectamente sobre los entornos de destino valoran los riesgos (seguridad/inseguridad percibida) y las posibilidades de disfrute (sensaciones/experiencias) que este ofrece. Una balanza riesgo-experiencia que varía según segmentos de población y tipos de turismo.

Desde principios de la década de los 90 del pasado siglo, correspondiéndose con un contexto social de preocupación y crisis medioambiental, se producen modificaciones sustanciales en la demanda turística, diferenciándose entre otras cuestiones por un aumento de la exigencia en términos de servicios y de calidad ambiental percibidos a través de la información del destino (imagen proyectada, prensa, redes sociales, etc.), pasando la percepción a ser un valor decisivo en la elección.

La afección a las actividades principales de los turistas en caso de algún suceso accidental (especialmente, pero no de manera exclusiva, el blowout) sería desastrosa tanto para tales actividades como para la contratación hotelera y la elección del

destino. Evidentemente, en caso de vertido de diesel o derrame de crudo, no hay un impacto físico directo sobre las infraestructuras hoteleras o, en general, turísticas (como podría darse en casos de circunstancias naturales como terremotos o huracanes), pero sí está constatado un cambio importante en la percepción del riesgo por parte del consumidor y, con ello, en los patrones de la demanda sobre el destino. Es más, tal como se demuestra y contrasta en bibliografía especializada, la percepción de riesgo una vez realizada la limpieza del vertido lleva a una disminución (y no recuperación) de la demanda, incluyendo áreas geográficas colindantes no afectadas. La zona queda así marcada como “impura” dentro de los patrones del consumidor, sin que se haya podido determinar el tiempo que debe transcurrir para que tal efecto se vuelva no apreciable (recuperación de tendencias).

Además, la percepción de los turistas que visitan Lanzarote y Fuerteventura está marcada en gran medida por su caracterización como entornos medioambientalmente responsables, con importantes extensiones protegidas o con algún tipo de declaración que las singulariza, además de la preocupación institucional que logra la categoría de Reserva de la Biosfera para ambas islas. Las tareas de conservación y protección medioambiental que desde las instituciones y la sociedad civil se están llevando a cabo en Lanzarote y Fuerteventura, junto con los cambios apreciados en la imagen proyectada de las islas y la paulatina modificación de las demandas de los turistas, conducen a la conclusión de que es posible realizar un desarrollo responsable y sostenible del turismo de sol y playa, o turismo de masas. Esta característica, la capacidad de la actividad turística de llegar a una población muy amplia que va más allá de las fronteras del destino, convierte al turismo en un importante motor de concienciación sobre la lucha contra el cambio climático o la posibilidad de producción de energías renovables y la disminución en los consumos energéticos, entre otras cuestiones.

Frente a otros ejemplos de compatibilidad de la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos con el sector turístico, se debe poner de manifiesto que las industrias petroleras instaladas, por ejemplo, en las costas americanas de California, son anteriores en el tiempo al desarrollo turístico de la zona –la búsqueda de petróleo se remonta a finales del siglo XIX–, por lo que existe, desde luego, una tolerancia y concienciación social hacia ese sector energético que en Canarias es nula, amén de ser de sobra conocido que los poderes públicos en ese país y continente tienen menor sensibilidad medioambiental que la que existe en nuestro territorio (véase las reticencias de EEUU respecto al Protocolo de Kyoto).

En cuanto a las plataformas petrolíferas del norte de Europa (Noruega) no resultaría comparable la situación se trata de zonas menos pobladas y en ningún caso de destinos de sol y playa, donde las playas limpias y transparentes juegan una baza muy importante en el imaginario del turista.

El que existan otros destinos turísticos que acojan la industria petrolífera no nos libera del riesgo que corre nuestro sector, pues el turista que visita nuestras islas proviene fundamentalmente del centro y norte de Europa, que es justamente donde la población está más sensibilizada en cuanto a temas medioambientales. Además, Canarias “vende” seguridad en su significado más amplio: climática, medioambiental, jurídica, seguridad personal y política, además de sus valores naturales y su extraordinaria biodiversidad. Está sometida, además, a una competencia muy alta por parte de otros destinos, lo que hace que la evolución de este sector se caracterice por una gran inestabilidad, lo cual significa que pequeñas diferencias pueden provocar desvíos importantes entre unos destinos y otros.

Al tratarse, la que nos ocupa, de una actividad económica muy sensible a las percepciones de los consumidores, el simple riesgo asociado a la instalación de plataformas puede resultar disuasorio para los turistas, en particular, aquellos más comprometidos con el medio ambiente en su toma de decisiones.

El sector pesquero, si bien no tan destacado en el conjunto de la economía canaria como el representado por la industria turística, es un sector tradicional que se desarrolla en aguas canarias y que tiene la finalidad fundamental del abastecimiento en fresco.

La actividad de acuicultura en Canarias es de especial interés si tenemos en cuenta que nuestra comunidad autónoma se posiciona entre las tres primeras de todo el estado español en cuanto a producción de especies acuícolas.

En Canarias, por carecer de flujos continuos naturales de agua, el abastecimiento tiene su origen, principalmente, en el agua de mar, el agua salobre y el agua de los embalses; asumiendo la desalinización un papel cada vez más importante en las islas.

En la actualidad, se estima que más del 70% del agua para consumo humano en Canarias proviene de plantas desaladoras/desalinizadoras.

La primera planta desaladora de agua de mar que se instaló en todo el territorio del Estado Español, lo hizo en la isla de Lanzarote en el año 1964 con una capacidad de producción de 2.500 m<sup>3</sup>/día de agua potable.

El crecimiento económico experimentado, principalmente en las islas orientales (Lanzarote y Fuerteventura), desde mediados de los años 60 no se hubiese producido sin la desalación de agua de mar, gracias a ello, el agua deja de ser un factor limitativo en el desarrollo de las mismas.

Teniendo en cuenta el consumo estimado de agua potable, se tiene que la desalación de agua de mar constituye una importantísima fuente de aportación del agua total

que se consume en cada isla, con especial relevancia en las islas orientales donde en casos como en las islas de Lanzarote y Fuerteventura el agua obtenida por desalación representa casi el 100% del agua que se consume en ambas islas, llegando en Gran Canaria a significar casi el 75% de sus recursos hídricos.

d) Otra cuestión previa relevante: al hilo de lo anterior, no ha sustentado su oposición la Administración autonómica en cuestiones competenciales. Las prospecciones petrolíferas se realizan en aguas de jurisdicción españolas por lo que de acuerdo a la legislación de hidrocarburos, la competencia para su autorización corresponde a la Administración del Estado.

Las competencias exclusivas de esta Comunidad Autónoma en materia de pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura (artículo 30.5 del EAC), en materia de aguas (artículo 30.6 del EAC), en materia de espacios naturales protegidos (artículo 30.16 EAC), en materia de deporte, ocio y esparcimiento (artículo 30.20 EAC), en materia de turismo (artículo 30.21 EAC), en materia de puertos (artículo 30.22 EAC), de energía (artículo 30.26 EAC): las también exclusivas, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria y crediticia estatal, en materia de industria (artículo 31.2 EAC), en materia de defensa del consumidor y usuario (artículo 31.3 EAC) y en materia de ordenación y planificación de la actividad económica regional en el ejercicio de sus competencias (artículo 31.4 EAC); las competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de régimen energético y minero (artículo 32.9 EAC), en materia de protección del medio ambiente incluido los vertidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (artículo 32.12 EAC) y en materia de ordenación del sector pesquero (artículo 32.16 EAC), son las que han servido para justificar sobradamente el interés público, la extraordinaria preocupación que tiene esta Administración en los efectos que hayan de derivarse de las actividades permitidas y su repercusión en el ámbito territorial de esta Comunidad Autónoma de Canarias.

Hechas estas consideraciones preliminares, corresponde ya abordar resumidamente los distintos hitos acaecidos en relación con el asunto del “petróleo en canarias”, adelantando que la presente exposición se limitará a trasladar el reflejo judicial, y la posición de la Comunidad Autónoma de Canarias, que toda la actividad de las prospecciones petrolíferas en aguas próximas a las costas canarias ha tenido, puesto que es cierto que el conflicto Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias se ha trasladado al ámbito judicial.

## II. PRIMER HITO

Nos tenemos que remontar al año 2001, cuando el Consejo de Ministros, por Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, otorga a Repsol los permisos de investigación de hidrocarburos denominados “Canarias 1”, “Canarias 2”, “Canarias 3”, “Canarias 4”, “Canarias 5”, “Canarias 6”, “Canarias 7”, “Canarias 8” y “Canarias 9”, situados en el Océano Atlántico frente a las Costas de Fuerteventura y Lanzarote.

1. Este Real Decreto 1462/2001 fue impugnado ante el TS por el Cabildo de Lanzarote y por la Agrupación Insular del Partido Socialista Canario en Lanzarote, terminando con la Sentencia de 24 de febrero de 2004 que acuerda estimar en parte los recursos (acumulados) y anula el referido Real Decreto 1462/2001, en cuanto se refiere a la autorización otorgada a las labores de investigación proyectadas correspondientes a los años tercero a sexto de su programa.

La razón de la anulación estribó en la ausencia de cumplimiento, por parte de Repsol, de su obligación legal [artículo 16.2 apartado c) de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos] de presentar medidas de protección medioambientales y plan de restauración (y el correlativo incumplimiento de la Administración estatal de comprobar la existencia de aquella documentación).

El referido Real Decreto 1462/2001 otorgaba a Repsol Investigaciones Petrolíferas, Sociedad Anónima, por un periodo de seis años, los permisos de investigación de hidrocarburos en las áreas descritas en función de sus coordenadas geográficas e identificados como “CANARIAS 1”, “CANARIAS 2”, “CANARIAS 3”, “CANARIAS 4”, “CANARIAS 5”, “CANARIAS 6”, “CANARIAS 7”, “CANARIAS 8” Y “CANARIAS 9”.

Los permisos fueron otorgados en función de un programa de trabajo e inversiones propuesto por el solicitante que distinguía entre el primer año, el segundo año, el tercer año y finalmente, las actuaciones a realizar durante el cuarto, quinto y sexto año.

La Sentencia del Tribunal Supremo confirma la legalidad del Real Decreto por lo que se refiere a las labores del primer y segundo año (“fase inicial” de adquisición de datos, en palabras del Tribunal Supremo). Teniendo en cuenta las razones que, con posterioridad, le llevan a anular las labores del resto del periodo total concedido, entiende la Sentencia que la recogida de datos sísmicos mediante diversos procedimientos, para su ulterior tratamiento e interpretación, presenta unos riesgos medioambientales cualitativamente distintos de las labores de perforación del subsuelo marino. En base a la escasa incidencia medioambiental de las labores de los dos años iniciales (apreciando el Tribunal Supremo que se trata de labores ya culminadas en este momento) y con invocación del principio de proporcionalidad, queda

fuera de la declaración de no ser conforme a Derecho la parte del Real Decreto referida a este periodo inicial.

Sin embargo, el Tribunal Supremo es explícito cuando destaca la extraordinaria importancia que para las labores correspondientes a los siguientes años –labores de perforación en el subsuelo marino– presentan las medidas de protección medioambientales, hasta el punto de calificarlo como un grave defecto que impide considerar conforme a derecho la autorización. Para el Tribunal Supremo, la ausencia de las medidas de protección específicamente referidas a aquellas actividades autorizadas susceptibles de tener mayor incidencia en el medio ambiente, hace que aquel acuerdo no pueda considerarse conforme con el ordenamiento jurídico.

2. En el mismo año 2004, en mayo, a requerimiento de la Subdirección General de Hidrocarburos, Repsol aportó los documentos que, habiendo omitido en el procedimiento autorizatorio, consideró que respondían a las exigencias de la ley. Documentos titulados “Protección del Medio Ambiente en la Perforación de Sondeos Exploratorios Marinos” y “Protección del Medio Ambiente en Operaciones de Adquisición de Sísmica Marina”: sobre estos documentos volveremos más adelante.

3. A partir de este momento, se produce una inactividad de la Administración del Estado (lo único que se producen son sucesivos informes de la Abogacía del Estado que intentan determinar la posibilidad de convalidar el acto anulado). Sólo un intento de Repsol, preocupada por la extinción por caducidad de sus permisos, en el año 2006, próximo a expirar los seis años de vigencia de los permisos, asumiendo que como consecuencia de la suspensión de las labores de investigación efectuada por el Tribunal Supremo, se ha visto imposibilitada de realizar ningún tipo de trabajo desde el 24 de enero de 2004, solicitando a la Administración del Estado la suspensión del transcurso de aquellos plazos.

4. Por Resolución de fecha 12 de junio de 2006 de la Dirección General de Política Energética y Minas se deniega tal solicitud de suspensión, frente a lo que recurre Repsol ante el TSJ de Madrid, que dicta Sentencia de 30 de septiembre de 2009 (firme), desestimando la pretensión, y ello sobre la base de entender que:

*La tan citada Sentencia (se refiere a la del TS de fecha 24 de febrero de 2004) –meramente declarativa e insusceptible de ejecución en sí misma– “anulaba la autorización otorgada a las labores de investigación correspondientes a los años tercero a sexto de su programa”, luego, desde la fecha de dicha Sentencia, la autorización de las labores de investigación correspondientes a los años tercero a sexto desaparecen y, consiguientemente, cesan todas las obligaciones que la mercantil actora tenía como consecuencia de esa autorización anulada, sin que, a nuestro juicio, de la Sentencia se deduzca la obligación de la Administración de dictar un nuevo Real*

*Decreto de convalidación de la autorización anulada. Por consiguiente, insistimos, desde la fecha de la Sentencia, desaparece del mundo jurídico la autorización inicialmente otorgada respecto de las labores de investigación correspondientes a los años tercero a sexto, y, con ella, todas las obligaciones ligadas a esa autorización anulada desaparecen también.*

Esta Sentencia, recurrida en casación por Repsol, adquiere firmeza en noviembre de 2012, por desistimiento de Repsol.

### III. SEGUNDO HITO

Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se convalida el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos denominados “Canarias-1”, “Canarias-2”, “Canarias-3”, “Canarias-4”, “Canarias-5”, “Canarias-6”, “Canarias-7”, “Canarias-8” y “Canarias-9”, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de marzo de 2012.

Real Decreto que convalida el anterior, con cita expresa del artículo 67 de la Ley 30/1992, y que además lo modifica, ampliando las facultades de los titulares de los permisos de investigación, al eliminar la limitación cuantitativa de perforaciones de pozos exploratorios existente. El texto original limitaba a dos las perforaciones de pozos exploratorios, una en el tercer año y otra en el cuarto, quinto y sexto. El texto modificado contempla para el tercer, cuarto, quinto y sexto año que se perforarán “al menos dos” pozos exploratorios.

La flexibilización de los compromisos viene dada porque elimina la secuencia anual establecida para la perforación de pozos de explotación y la inversión. En el texto original los titulares de los permisos tenían que realizar una perforación de pozo exploratorio en el tercer año con una inversión mínima de diez millones de euros y otra en el cuarto, quinto y sexto año con otra inversión mínima de diez millones de euros. En el texto modificado las perforaciones, dos o más, y la inversión de al menos veinte millones de euros pueden realizarse de forma simultánea o secuenciada en el tercer, cuarto, quinto y sexto año.

En la exposición de motivos el Real Decreto 547/2012, indica que con estas modificaciones “flexibilizan en (sic) programa de trabajos”, pero las valora en el sentido de que “no constituye en ningún caso una modificación relevante” arguyendo para ello que “al mantenerse invariables tanto las obligaciones materiales como las inversiones”. Esta valoración no considera, por tanto, “relevante” que se amplíe de manera indefinida el número de perforaciones de sondeos marinos con la inclusión

de la expresión “al menos” dos pozos exploratorios y que se permita la realización simultánea de dichos pozos al eliminar la secuencia de un año entre un pozo en el tercer año y otro en el período comprendido entre el cuarto y el sexto año inclusives. Parece que sólo considera relevante el quantum de las inversiones mínimas. Cuando difícilmente puede defenderse que no es relevante que se otorgue a los titulares de los permisos la facultad de realizar no ya dos pozos exploratorios, sino todos cuantos desee, y todos ellos de forma simultánea.

La introducción de condicionantes de protección medioambiental al establecer en un artículo nuevo, el 2.bis: medidas de protección medioambientales (que se hacen coincidir con los dos documentos presentados por Repsol en el año 2004).

En suma, el Real Decreto 547/2012 tiene como objeto el otorgamiento efectivo de los permisos de investigación Canarias 1 a 9 a través de la modificación del Programa de investigación extractiva de hidrocarburos para ampliar las facultades de sus titulares, flexibilizar sus compromisos y establecer condiciones medioambientales con las que convalidar el Real Decreto 1462/2001 que fue anulado por Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004.

Ya el informe de la Abogacía del Estado de fecha 19 de mayo de 2005 puso de manifiesto –constatado que no se produjo la convalidación del acto con la inmediatez requerida en su inicial informe de 16 de marzo de 2004– que no era posible modificar el contenido del acto mediante su convalidación: *la convalidación para suplir las deficiencias apreciadas por el Tribunal Supremo no puede introducir modificaciones relevantes en el contenido de los programas más allá de la subsanación de los defectos que hubieran dado lugar a la anulación, pues en caso contrario las novedades introducidas supondrían una modificación ajena a la causa convalidatoria que alteraría los presupuestos por las que se concedió y, por ende, sería tanto como conceder una nueva autorización, pero en este caso omitiendo los trámites procedimentales establecidos al efecto en el Capítulo Segundo del Título Segundo de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, como por ejemplo, la publicidad de ofertas en competencia.*

*Por ello si se modifican sustancialmente las condiciones del permiso, deberá iniciarse la tramitación del procedimiento para la concesión de uno nuevo con los trámites que ello implica.*

La publicación de este Real Decreto 547/2012 dio lugar a las siguientes reacciones por parte del Gobierno de Canarias: demanda de nulidad e interposición de recurso contencioso-administrativo con petición de medida cautelar.

## **Demanda de nulidad.**

1. En fecha 29 de marzo de 2012, se promovió demanda de nulidad del referido Real Decreto con fundamento en el artículo 103 de la LJCA: 4. Serán nulos de pleno Derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

Hablábamos de la *insinceridad de la desobediencia disimulada*, que brinda a la Administración condenada la posibilidad de burlar la ejecución dictando nuevos actos que contradigan lo ejecutoriado (en una de las modalidades que puede revestir la insinceridad de la desobediencia disimulada a que se refiere la STC 167/1987 en los términos que pasamos a reproducir a continuación), denunciando que la Administración dispone en principio de la posibilidad de reproducir el acto anulado, bajo formas más o menos encubiertas, y de esta forma obligar al particular a iniciar un nuevo proceso. Invocando la doctrina del TC al respecto, justificábamos que era este incidente del 103.4 el cauce adecuado para corregir esta desviación de la Administración respecto del fallo de la Sentencia de 24 de febrero de 2004.

Fundamentábamos la legitimación de esta Administración, pese a no haber sido parte en el proceso de instancia, en nuestra condición de “persona afectada” del artículo 104.2 sobre la ejecución forzosa de sentencias firmes puesto que el acto dictado afectaba directamente a nuestras competencias (legitimación que nos fue reconocida por el TS, pese a las objeciones opuestas por Repsol). Decíamos así que ... *Evidente resulta que las peculiaridades del archipiélago canario, en este caso, consistentes en unas excepcionales condiciones climatológicas, en la calidad y riqueza de sus recursos naturales, islas, playas y paisajes de su territorio, en su inclusión, como archipiélago oceánico próximo al Banco Canario-Sahariano, en un área considerada como una de las de afloramiento más importantes y ricas del mundo, con unas condiciones ambientales, de alta productividad de las aguas y abundante disponibilidad de alimento, que han propiciado ser hábitat de importantes poblaciones de cetáceos y otras especies, muchas de ellas protegidas, con ecosistemas marinos que han merecido la declaración de Zonas Especiales de Conservación integradas en la Red Natura 2000, así como la de Zonas de Especial Protección para las Aves (también Red Natura 2000), por ofrecer estas zonas marinas extraordinarias condiciones para la cría de aves marinas amenazadas, con la existencia de numerosos Espacios Naturales Protegidos para preservar los extraordinarios valores naturales que poseen las aguas y las costas de esta zona marina, reconocidos, por lo demás, a nivel internacional cuando la OMI declaró las aguas en torno a las Islas Canarias como Zona Marina Especialmente Sensible..., unido, todo ello, a la importancia que para el desarrollo de su economía tiene la industria turística, sustentada en los valores naturales del archipiélago, han de justificar sobradamente el interés que ostenta mi representada en que la*

*Sentencia de 24 de febrero de 2004, que anuló unos permisos de investigación de hidrocarburos que autorizaban la realización de actividades de investigación y exploración en las aguas próximas a sus costas, sea fiel y exactamente cumplida por la Administración condenada.*

En cuanto al fondo, sosteníamos que el Real Decreto venía a convalidar un acto que ya no existía, en la medida en que fue expulsado del ordenamiento jurídico por la Sentencia de 24 de febrero de 2004. El Real Decreto convalidatorio se basaba expresamente en el artículo 67 de la Ley 30/1992 y defendimos, en primer término, que no era posible convalidar un vicio de nulidad pues ello era tanto como degradar el grave defecto apreciado en la Sentencia del Tribunal Supremo al carácter de mero vicio formal susceptible de subsanación mediante la simple incorporación de las previsiones omitidas en el acto anulado.

Subsidiariamente, aún apreciando que el defecto apreciado por el Tribunal Supremo fuera de mera anulabilidad –si tenemos en cuenta lo argumentado en el fundamento de derecho sexto de la Sentencia de 24 de febrero de 2004, que rechaza la concurrencia de causa de nulidad de pleno derecho, si bien lo hace exclusivamente en relación con la causa establecida en la letra e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre–, sosteníamos que si bien el artículo 67 del mismo texto legal permite la convalidación de actos administrativos, lo refiere únicamente a los actos “anulables”, y no a los actos anulados, como ocurre en el presente caso en que existe un pronunciamiento judicial que anula el Real Decreto 1462/2001.

La doctrina y la jurisprudencia es pacífica al considerar que la convalidación, como acto administrativo que subsana los defectos de un acto anterior anulable –no los nulos de pleno derecho– no podrá tener lugar cuando el acto deviene inatacable: la convalidación únicamente tendrá sentido cuando no han transcurrido los plazos para revisar el acto, de oficio o a instancia de parte, o cuando habiéndose incoado alguna vía de revisión, está todavía pendiente un posible pronunciamiento de anulación. Una vez anulado el acto, ya no será posible la convalidación. En palabras del propio Tribunal Supremo: un acto anulado no es un acto anulable, sino que ya no es un acto, y no se puede convalidar lo que no es.

En la STS de 4 de febrero de 2004 (RJ 2004/828), se dice de forma tajante: *la posibilidad de que la Administración convalide los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, deja de operar, en sí misma, una vez que el acto ha sido anulado jurisdiccionalmente.*

En la STS de 9 de octubre de 2007 (RJ 2007/7740), confirma el Tribunal Supremo el Auto del Tribunal de instancia que se pronunciaba en los siguientes términos:

*“La distinción entre nulidad absoluta y anulabilidad tiene importancia antes de que haya recaído resolución al respecto, pues hacen referencia a las causas motivadoras y a las posibilidades de supervivencia del acto de que se trate, que son nulas en el primer caso, no así en el segundo; pero una vez declarada la nulidad la distinción desaparece, y tan nulos son los acuerdos que adolecieran de una como de la otra clase de vicio, o dicho con otras palabras, una vez declarada no hay nulidades duras y nulidades suaves; en el presente caso, la licencia de 8 de noviembre de 1996 fue anulada por la Sentencia que rige esta ejecutoria, y a partir de su firmeza ya no se puede convalidar pues lo que es nulo no es convalidable; lo que sí se podrá, en su caso, es otorgar nueva licencia, y esto no es un mero juego de palabras, sino que se requiere la incoación y tramitación con audiencia de los interesados del oportuno expediente de legalización que permita ir en su día a una declaración de inejecutabilidad de la Sentencia, a falta de cuya aprobación –que indiscutiblemente no estará exenta de control jurisdiccional– la edificación está huérfana de licencia y abocada a su demolición”.*

2. El Tribunal Supremo, en Auto de 4 de junio de 2012, vino a decir:

- a) Que en la STS de 2004 no anularon el acto en su integridad: *Nos limitamos a anular la parte de él que incluía la autorización otorgada a las labores de investigación proyectadas correspondientes a los años tercero a sexto de su programa. Y la razón de ser de esta declaración era que se habían omitido –respecto de unas determinadas labores de investigación previstas para un específico periodo temporal– las medidas de protección medioambiental obligadas en virtud de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. El resto del contenido del Real Decreto 1462/2001 quedaba incólume desde el punto de vista jurídico.*
- b) Que difícilmente puede admitirse, a la vista de lo expuesto, que el Real Decreto 547/2012 trate de eludir la Sentencia cuando, en realidad, tiene como objeto y designio precisamente el de incorporar al proyecto de investigación y al programa de trabajos las medidas medioambientales cuya falta pusimos de relieve. Podrá discutirse si dichas medidas son suficientes o insuficientes, acertadas o no, pero no cabe duda de que con ellas el Consejo de Ministros ha tratado no de eludir sino de dar cumplimiento a la Sentencia corrigiendo la omisión por nosotros destacada. La pretensión de nulidad del nuevo Real Decreto basada en este argumento teleológico (el artículo 103.4 de la Ley Jurisdiccional sanciona los actos que se dicten con la “finalidad” de eludir el cumplimiento de las resoluciones judiciales) carece, pues, de fundamento.
- c) Que las partes (también el Cabildo de Lanzarote presentó demanda de nulidad que se resolvió acumuladamente con la nuestra) hemos *impregnado de una buena dosis de nominalismo jurídico el debate*, al hacerlo girar sobre la posibilidad o

*imposibilidad de convalidar actos administrativos, según se trate de actos nulos de pleno derecho, anulables o ya anulados jurisdiccionalmente. Con fragmentos de unas y otras sentencias de esta Sala, con la aportación de un dictamen forense y con muy elaborados razonamientos y citas doctrinales en un sentido o en otro, los promotores del incidente sostienen la inviabilidad de convalidar un acto que se anuló en su día y sus oponentes defienden lo contrario.*

*A este planteamiento ha contribuido sin duda el hecho de que el Gobierno haya invocado en el preámbulo del Real Decreto 547/2012 el artículo 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como base jurídica de su contenido. Aquel precepto legal, según es bien sabido, permite que la Administración convalide los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.*

*Pues bien, hemos de reiterar que el Real Decreto 1462/2001 no fue declarado nulo en su totalidad sino del modo parcial antes referido. Ello significa que gozaban de plena validez y eficacia, tras nuestra Sentencia de 24 de febrero de 2004, el resto de sus determinaciones a excepción de las específicamente aplicables a la autorización otorgada a las labores de investigación correspondientes a los años tercero a sexto del programa. Resto de determinaciones, por consiguiente, válidas en sí mismas (pues nunca fueron anuladas) y no requeridas de convalidación ni subsanación alguna.*

*En lo que se refiere a las medidas medioambientales inicialmente omitidas el Real Decreto 547/2012 lo que hace es no ya convalidar sino modificar el texto anterior. La parte esencial de aquel Real Decreto (lo que constituye propiamente su objeto y se inserta como artículo único) es la que atañe a la modificación del Real Decreto 1462/2001, por el que se otorgaron los permisos de investigación “Canarias” 1 a 9 situados en el Océano Atlántico frente a las costas de las Islas de Fuerteventura y Lanzarote, modificación que se concreta en la sustitución de los apartados c) y d) de su artículo 2, por un único apartado c), y en la adición de un nuevo artículo 2.bis, precisamente dedicado a las medidas de protección medioambientales.*

*Es cierto que el nuevo Real Decreto 547/2012 contiene una disposición final primera a tenor de la cual queda “convalidado expresamente el Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, en todo aquello que no resulte modificado por el presente Real Decreto”. Pero, insistimos, esta expresión no puede referirse –en estrictos términos técnico-jurídicos– a la parte del Real Decreto 1462/2001 cuya validez no fue puesta en cuestión por la Sala. Más que de “convalidación”, propiamente hablando, se trataría de una especie de ratificación o corroboración ulterior de algo que nunca perdió su validez.*

*Tenemos, pues, que en cuanto a lo propiamente anulado por nuestra Sentencia de 24 de febrero de 2004, el Real Decreto 547/2012 lo que hace es modificar –no convalidar– el Real Decreto 1462/2001 a fin de incorporar a su contenido las medidas medioambientales correspondientes que habían sido inicialmente omitidas. Modificación que no pretende eludir el contenido de la Sentencia, como acabamos de exponer, ni contraviene el fallo según acto seguido analizaremos.*

d) Y en cuanto las modificaciones que introduce el Real Decreto difiere su análisis al recurso principal.

Nos desestima nuestras pretensiones de nulidad. Nos condena en costas.

3. Recurrimos en reposición contra dicho Auto, que nos fue desestimado por Auto de 17 de julio de 2014, con costas, pero que, al menos, nos sirvió para obtener del Tribunal Supremo el expreso pronunciamiento de que sólo se había pronunciado sobre si el acto se dictó para eludir el cumplimiento de la Sentencia, pero que ello no supone que haya habido confirmación de la legalidad del acto, que se decidirá en el recurso directo.

### **Recurso contencioso-administrativo.**

1. Se interpone ante el TS recurso contencioso-administrativo en fecha 18 de abril de 2012 contra el Real Decreto 547/2012 (también los Cabildos de Lanzarote, Fuerteventura y otros colectivos y organizaciones).

Se solicita en el mismo escrito de interposición medida cautelar de suspensión de efectos, con valoración circunstanciada de los intereses en conflicto y justificando la pérdida de la finalidad legítima del recurso, con invocación de la apariencia de buen derecho.

2. Mediante Auto de 5 de junio de 2012 se desestima nuestra petición de medida cautelar. Dice el TS que no hay pérdida de finalidad legítima del recurso, puesto que no cabe sostener que, con carácter inmediato, hayan de producirse perjuicios irreparables o irreversibles al medio ambiente, ya que las actuaciones que amparan los permisos requerirán de la tramitación y obtención de las autorizaciones correspondientes.

También dice que siendo incuestionable el valor ecológico de las Islas Canarias y la relevancia del sector turístico, pesquero y portuario para su desarrollo, no cabe eludir que la producción y explotación de hidrocarburos representa un factor económico de especial significación para definir la riqueza de un país, que requiere promover la investigación de yacimientos de esta clase de recursos en áreas concretas.

Presume la suficiencia de las medidas de protección medioambientales exigidas en el Real Decreto 547/2012 a efectos de descartar la aplicación del principio de precaución en el incidente cautelar y niega también que pueda sustentar la suspensión la apariencia de buen derecho toda vez que en su Auto de 4 de junio de 2012 –el que resolvió el incidente de ejecución– ya dijo que tal acto se dictaba en ejecución de la STS de 24 de febrero de 2004.

3. Se formaliza la demanda, en la que se invocaban, sucintamente, dos líneas argumentales, distinguiendo los vicios de Derecho interno y los de Derecho Comunitario y partiendo de que la Sala no había anticipado ningún juicio de validez del acto impugnado.

Con anterioridad, se solicitó por dos veces ampliación del expediente administrativo. Infructuosa.

De derecho interno:

- a) Imposibilidad de convalidación, modificación o subsanación del Real Decreto 1462/2001. Distinguimos entre validez del acto y eficacia, destacando que el acto de 2001 ya había agotado sus efectos en el año 2012. Desgranamos el pronunciamiento de la STS de 2004, que nada dijo sobre la suspensión de sus efectos ni sobre la posibilidad de subsanación. Que de existir esta posibilidad, debía quedar sometida a idéntico plazo que tiene la Administración para revisar sus actos (artículo 106 y cuatro años) pues no es admisible jurídicamente mantener “vivo” un permiso indefinidamente en el tiempo. Aludíamos a los actos propios de la Administración (informes de la Abogacía del estado o el carácter urgente con el que se requirió a Repsol en 2004 que completara la documentación). Y a los actos de Repsol, que reconoció la caducidad de sus permisos cuando solicitó de forma expresa la suspensión de los plazos y que hizo que acudiera al TSJ de Madrid, que responde como ya adelantamos. O la inexistencia de solicitud de ejecución de la Sentencia, asumiendo que ningún derecho le reconocía.
- b) Caducidad de los avales presentados por Repsol en el año 2000, con vigencia que expiraba a 31 de octubre de 2010. Ejemplo de la actuación de la Administración del Estado. En dos ocasiones solicitamos documentación sobre la suficiencia de estas garantías: solo al tiempo de contestar a la demanda se aportan resguardos de unas presentadas en el año 2003, sin informe interno que analizara su suficiencia.
- c) Insuficiencia de las medidas de protección medioambiental y del plan de restauración presentadas por Repsol en el año 2004. Ningún informe técnico en el expediente que valorara aquellas medidas y su suficiencia en el año 2012 carácter de guía, documento estándar: ninguna mención a Canarias.

- d) Incumplimiento de los artículos 17 y 18 de la Ley 34/1998 en cuanto a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.
- e) Sobre el alcance de la modificación del Real Decreto, con omisión del procedimiento establecido (sin presentación de ofertas en competencia). Ningún informe sobre la razón de estas modificaciones.

De Derecho comunitario: cuestión prejudicial ante el TJUE

- a) La aplicación de la Directiva 94/22/CE sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos, en cuanto garantiza el acceso no discriminatorio a estas actividades, a los permisos de investigación de hidrocarburos convalidados por el Real Decreto 547/2012.

En particular, se hace necesario un pronunciamiento del TJUE sobre si el permiso de investigación cuestionado debía considerarse una “autorización” a los efectos del artículo 1.3 de la referida Directiva y si, en consecuencia, la solicitud presentada por Repsol debió ser objeto de publicación mediante anuncio insertado en el Diario Oficial de la Unión Europea para facilitar la concurrencia. Con la elevación de esta cuestión se hubiera dado al TJUE la oportunidad de pronunciarse sobre la efectividad y ajuste a tal Directiva del anuncio de áreas disponibles de fecha 27 de octubre de 1995 realizada por el Gobierno de España con sujeción a normativa anterior a la Ley 34/1998. Hubiera igualmente podido pronunciarse sobre si el acto convalidatorio de 2012 –que modificó sustancialmente el inicial permiso, alterando el programa de investigación y los compromisos asumidos– era o no una nueva autorización necesitada de la debida publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. En definitiva, hubiera tenido la opción el TJUE de pronunciarse sobre si el ordenamiento jurídico interno se encuentra correctamente adaptado a las exigencias de la citada Directiva 94/22/CE.

- b) La aplicación de la Directiva 2001/42/CE relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente a los permisos de investigación de hidrocarburos convalidados por el Real Decreto 547/2012.

En particular, se hace necesario un pronunciamiento expreso del TJUE sobre una actividad como la cuestionada por esta Administración tiene o no la condición de plan o programa a efectos de esta Directiva a efectos de exigir en su adopción la correspondiente evaluación de impacto ambiental. El alcance y significado del artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, del artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –como dice el Voto particular de la Sentencia

de 25 de junio de 2014— aconsejan, demandan más bien, que sea el TJUE el que interprete el alcance de la Directiva en relación con unos permisos de investigación de hidrocarburos como los cuestionados, lo que, por otro lado, habrá de servir para favorecer la más correcta interpretación de la Ley 21/2013.

c) La aplicación de la Directiva Marco 2008/56/CE de Estrategia Marina y de la Directiva 2011/92/CE de la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente a los permisos convalidados por el Real Decreto 547/2012.

En particular, se hace necesario un pronunciamiento del TJUE sobre si el otorgamiento de permisos de investigación de hidrocarburos constituye “decisión principal” a los efectos de dicha Directiva y la consiguiente obligación de ser objeto de evaluación medioambiental. Del mismo modo, se demanda una interpretación de los efectos que las exigencias contempladas en la Directiva de estrategia marina han de producir en unas actividades de investigación de hidrocarburos a realizar a más de 3.000 metros de profundidad en las aguas próximas a las costas canarias.

d) La incidencia de las Directivas 2009/147/CE relativa a la conservación de las aves y de la Directiva Hábitats 92/43/CE, que también exige el sometimiento de cualquier plan o proyecto a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, aún sin tener relación directa con el lugar o sin ser necesario para la misma.

Resulta imprescindible que el TJUE se pronuncie sobre la necesidad de evaluar las repercusiones de un permiso de investigación de hidrocarburos como el otorgado por el Real Decreto 547/2012, que cuenta con Zonas de Especial Conservación próximas que pueden verse afectadas por la actividad autorizada, incluidos Lugares de Importancia Comunitaria ya declarados y otros, muy próximos, en proceso de ser declarados.

Justificábamos la pertinencia de elevar cuestión prejudicial al TJUE.

Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE: Los Tratados constitutivos establecen que “el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión «cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo»”.

El Tratado también establece que *“cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal”*.

En el presente caso se discute la validez de un acto del Gobierno español con argumentos de Derecho de la Unión Europea. Para que el órgano jurisdiccional nacional pueda decidir sobre la validez del acto recurrido ha de interpretar el Derecho de la Unión Europea y aplicarlo al caso que se somete a su decisión.

El Tribunal Supremo necesita interpretar las normas de adaptación del Derecho interno a las Directiva de evaluación ambiental estratégica, Directiva hábitats, y la Directiva aves, así como las de adaptación de la Directiva marco del agua y la Directiva marco de estrategia marina, para decidir si el Programa de investigación de hidrocarburos aprobado por Real Decreto 547/2012 debió someterse a una evaluación ambiental y si dicha omisión invalida la adopción del Programa de investigación y por ende el Real Decreto impugnado.

El Tribunal Supremo también necesita interpretar la norma de adaptación nacional a la Directiva de autorización de hidrocarburos para decidir si las autorizaciones de investigación de hidrocarburos otorgada por Real Decreto 547/2012 debieron ser objeto del procedimiento establecido en dicha Directiva y si dicha omisión invalida las referidas autorizaciones y por ende el Real Decreto impugnado.

4. Sentencia de 25 de junio de 2014. Desestimatoria. Sin costas. Voto particular al que se adhiere una Magistrada.

A lo largo de sus ocho fundamentos de derecho, el TS analiza los motivos de impugnación alegados por el Gobierno de Canarias a los que da respuesta, prácticamente a todos, mediante la remisión a su Sentencia, también de fecha de 25 de junio de 2014, dictada en el Recurso 353/2012 interpuesto por el Cabildo de Fuerteventura y que fue notificada a las partes el mismo día 25 de junio, siendo ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona.

En relación con esta remisión a su anterior Sentencia dictada en el Recurso 353/2012 cabe realizar las siguientes observaciones:

- a) El Recurso interpuesto por el Cabildo de Fuerteventura al que da respuesta esa Sentencia no es coincidente con el interpuesto por el Gobierno de Canarias: si bien cabe deducir que la mayoría de los motivos de impugnación fueron sustancialmente semejantes, no existe identidad –como es natural– en cuanto a los argumentos y la actividad procesal desplegada.

Es por ello por lo que, al dar respuesta a nuestras alegaciones con remisión a su anterior pronunciamiento –que se dictó en el seno de un proceso distinto en que las alegaciones y la línea argumental seguida, de suyo, fueron diferentes a las vertidas y tratadas en este proceso–, se produce un cierto grado de insatisfacción procesal al no analizar la sentencia y combatir, en su caso, las concretas alegaciones vertidas por esta parte en el proceso.

No obstante, es cierto que en líneas generales da respuesta a nuestras alegaciones –si bien no con el carácter directo e individualizado deseado– lo que impide que podamos hablar de incongruencia o falta de motivación en la resolución judicial.

b) La remisión a la anterior Sentencia –de la que tenemos conocimiento por haberla facilitado el propio Cabildo– no es completa. Queremos decir con ello que la Sentencia que nos ocupa, al ir analizando ordenadamente los motivos de impugnación opuestos por esta parte (que se estructuraban, como recoge la Sentencia, en función de si el vicio denunciado lo era de Derecho interno o de Derecho Comunitario), los va desestimando uno a uno acudiendo a su anterior Sentencia, salvo en el caso recogido en su Fundamento de Derecho Tercero referido a la caducidad de los avales.

Pero en esta labor de remisión, acompañada siempre de transcripción literal de esa anterior Sentencia, no incluye todos sus pronunciamientos como el contemplado en el FD 4.º de la primera en el que el TS, inusualmente, recuerda que su función jurisdiccional es estrictamente revisora de la legalidad del acto administrativo sometido a enjuiciamiento, alejada de *la mayor o menor oportunidad, conveniencia y acierto de autorizar las prospecciones de hidrocarburos en las aguas del Atlántico más o menos próximas a las Islas Canarias*, lo cual *pertenece al legítimo campo del debate público en el que todas las opiniones son por principio admisibles y cada uno ha de asumir sus propias responsabilidades. La Sala, pues, cuando resuelve sobre la validez del acto impugnado no “respalda” la decisión adoptada, en un caso, ni la “desautoriza”, en el caso opuesto, sino desde la muy limitada perspectiva jurídica de su adecuación a las normas aplicables.*

Tampoco se contempla en la Sentencia que resuelve el Recurso del Gobierno de Canarias la remisión expresa que hizo en la anterior a la Declaración de Impacto Ambiental de 29 de mayo de 2014, con expresa mención a su publicación en el *BOE* el mismo día en que se iniciaban las deliberaciones de estos recursos (10 de junio de 2014). Alude a su carácter favorable y justifica su mención en su notoria existencia, una vez publicada oficialmente en el *BOE* y no por haberla aportado el Abogado del Estado al proceso. Justifica no haber dado traslado de ella a las partes por no tener incidencia en el presente pleito (*¿entonces, por qué su cita?*) *sino, eventualmente, en la hipótesis futura de que, a partir de la declaración de impacto, el órgano sustantivo decida dar la autorización final a los tres sondeos exploratorios singulares.*

No obstante haber omitido en nuestra Sentencia este pronunciamiento, si alude –nuevamente, por remisión al correspondiente Fundamento De Derecho de la anterior Sentencia al tratar de la posible infracción a la Directiva 2008/56 CE marco sobre la estrategia marina (FD Octavo de nuestra Sentencia)– a la previa evaluación de impacto ambiental de las específicas actividades prospectivas señalando que el Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino *ha procedido ya de hecho* a su realización.

Por lo que se refiere a los argumentos de la Sentencia:

1.º Sobre la imposibilidad de convalidar el Real Decreto 547/2012.

Desestima el motivo por remisión, con transcripción literal, a la anterior Sentencia.

Construye una teoría que parte de la validez del Real Decreto 1462/2001 incluso tras la STS de 24 de febrero de 2004 que anulaba los permisos en los años tercero a sexto. Parte de entender que lo procedente era “integrar su contenido” lo que se hizo con el artículo 2.bis del Real Decreto 547/2012.

Mantiene que el Real Decreto 547/2012 no convalida –a pesar de que así se califica por el Consejo de Ministros–: sostiene que el Real Decreto 1462/2001 se mantuvo incólume y lo único que hace el Real Decreto 547/2012 es *reafirmar lo ya decidido y nunca anulado*.

Respecto al periodo de tiempo transcurrido desde que se dictó la Sentencia de 2004 *declaratoria de nulidad de sólo parte del Real Decreto 1462/2001 hasta que se aprobó el Real Decreto 547/2012*, sostiene el TS que este proceder no es imputable al titular de los proyectos *que nunca fueron invalidados en cuanto tales* y que *no se tradujo en ningún pronunciamiento de caducidad de aquéllos*. En consecuencia, sostiene que no concurre ninguna causa de extinción de los permisos de las previstas en el artículo 34 de la Ley del Sector de Hidrocarburos. Prescinde de la STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2009, cuyas alegaciones no le resultan vinculantes, sostiene. Sentencia que había dicho:

La tan citada Sentencia (se refiere a la del TS de fecha 24 de febrero de 2004) –meramente declarativa e insusceptible de ejecución en si misma– “anulaba la autorización otorgada a las labores de investigación correspondientes a los años tercero a sexto de su programa”, luego, desde la fecha de dicha Sentencia, la autorización de las labores de investigación correspondientes a los años tercero a sexto desaparecen y, consiguientemente, cesan todas las obligaciones que la mercantil actora tenía como consecuencia de esa autorización anulada, sin que, a nuestro juicio, de la Sentencia se deduzca la obligación de la Administración de dictar un nuevo Real Decreto

de convalidación de la autorización anulada. Por consiguiente, insistimos, desde la fecha de la Sentencia, desaparece del mundo jurídico la autorización inicialmente otorgada respecto de las labores de investigación correspondientes a los años tercero a sexto, y, con ella, todas las obligaciones ligadas a esa autorización anulada desaparecen también, sin que quepa pronunciamiento alguno –dado el petitum de la demanda– respecto de esa reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en el segundo de los escritos que la actora presentó en su día.

Continúa señalando el TS que no es posible hablar de agotamiento de los efectos de los permisos otorgados: insiste en que sus efectos subsistían en 2012 en todo su contenido (!!!!) así como las razones que justificaron su concesión en 2001.

En definitiva, el TS minimiza los efectos anulatorios de su anterior Sentencia de 2004 y construye una sorprendente teoría en cuya virtud los permisos otorgados de 2001, a pesar de aquella anulación parcial, se han mantenido vivos y con toda su eficacia subsistente, con independencia del periodo de tiempo transcurrido. Es decir, el Consejo de Ministros venía obligado a integrar en aquellos permisos las medidas de protección medioambiental cuya ausencia determinó la declaración de nulidad de 2004: y parece que, en opinión del TS, esa actividad podía realizarla en cualquier momento, ocho años después de la Sentencia, o diez, o quince ...Desconoce los límites temporales a los derechos y facultades derivados del Ley del Sector de Hidrocarburos otorgando a los iniciales permisos una suerte de vigencia indefinida a resultas de la actividad administrativa que, libre y arbitrariamente, podrá tener lugar, ha podido tener lugar, cuando la autoridad correspondiente así lo decida.

Ningún reproche le ha merecido el transcurso del tiempo, ni los actos propios de la Administración (que en las fechas inmediatamente posteriores a la STS de 2004 manifestó la necesidad “urgente” de convalidar el Real Decreto 1462/2001) ni de la propia REPSOL, que también advirtió al Estado en su momento la necesidad de convalidar de urgencia estando los permisos próximos a su finalización.

En este punto, la circunstancia de que este motivo se lo haya despachado la Sentencia por remisión a la anterior nos ocasiona una especial indefensión pues se echa en falta un más contundente rechazo a nuestras alegaciones que, en este punto, fueron especialmente intensas.

Sobre este punto, el voto particular dedica su fundamento de derecho primero en unos términos que analizaremos después. Para el voto particular, el Real Decreto 547/2012 sí era un acto convalidatorio pero, sorprendentemente, tampoco cuestiona que pueda realizarse en cualquier momento.

2.º Sobre la modificación del alcance de los permisos operada por el Real Decreto 547/2012 respecto a los iniciales.

Remisión a la anterior Sentencia.

Nada que objetar, en opinión del TS. Las modificaciones *son poco relevantes, al mantenerse invariables tanto las obligaciones materiales como las inversiones.*

Sostiene que si en esas modificaciones hay conformidad con el titular de los permisos, nada que objetar. Ningún obstáculo legal a modificar los permisos iniciales, modificación que no es relevante pues no altera sustancialmente el programa de trabajos autorizados. Que no se hayan acomodado las inversiones mínimas a esas modificaciones no le resulta preocupante al TS. Formalmente sostiene que caben modificaciones: su alcance y efectos materiales no le resultan dignos de valoración. Que no lo haya hecho la Administración tampoco le merece reproche alguno.

Poco más alega el TS lo cual, nuevamente, nos coloca en una situación de insatisfacción procesal, a la vista de nuestras alegaciones vertidas en la demanda que no encuentran mayor respuesta. Pero, insistimos, la escasa justificación de la decisión no es determinante de incongruencia o falta de motivación que podamos considerar lesiva a la tutela judicial efectiva.

3.º Sobre la caducidad de los avales.

El TS acude a los documentos que presentó el Abogado del Estado al contestar la demanda (no se aportaron con el expediente administrativo habiendo esta representación solicitado por dos veces ampliación del mismo a estos efectos, y otros) y sin más digresión, sin responder a nuestra alegación relativa a la falta de comprobación por la Administración de su suficiencia, afirma que consta la presentación de garantías en sustitución de las anteriores.

Y nada más. No le mereció argumentación añadida nuestra denuncia sobre la insuficiencia de esas garantías presentadas en el año 2003. Hay constancia documental se da cumplimiento formal a las exigencias legales y nada más. Si esas garantías son o no suficientes o válidas no reviste interés para el TS.

4.º Sobre la insuficiencia de las medidas de protección medioambientales presentadas por REPSOL en 2004.

Remisión a su anterior Sentencia.

Para el TS, teniendo en cuenta la fase del procedimiento al que se refiere, los documentos presentados por REPSOL en el año 2004 cumplen con las exigencias legales.

Dice que es cierto que hay manuales aportados por Repsol generalistas y programáticos. Pero acude a dos documentos singulares que, a su juicio, concretan con un grado de precisión suficiente las medidas específicas con las que el titular se propone afrontar la protección del medio ambiente. El nivel de concreción exigible en esta fase no es comparable con el debido ulteriormente para cada una de las labores de sísmica o perforación singulares.

Menciona el resultado de las pruebas periciales (las practicadas en el Recurso del Cabildo de Fuerteventura) que no le hacen cambiar de opinión.

En nuestro Recurso hubo una específica práctica de prueba (perito de Repsol, con un resultado que, a mi juicio, nos resultaba muy favorable: quizás haya influenciado en el voto particular elaborado por nuestro ponente, presente en su práctica, pues sus consideraciones en el voto particular sí son coincidentes con nuestras alegaciones formuladas en conclusiones).

Nuevamente el TS acude a un criterio formalista: ya constan en el expediente las medidas exigidas en el artículo 16.2 de la Ley del Sector de Hidrocarburos cuya omisión determinó la anulación de los permisos en la STS de 2004. Su contenido y nivel de detalle lo da por suficiente.

El Voto particular discrepa de este razonamiento en términos que compartimos íntegramente. Luego volveremos.

#### 5.º Sobre el Real Decreto 547/2012 y la omisión de un procedimiento que garantice la concurrencia de ofertas en competencia.

Remisión a la Sentencia anterior.

Sostiene que los permisos ya fueron otorgados en el año 2001, con lo que queda zanjado el debate sobre presentación de ofertas en concurrencia.

En cuanto a la Directiva 94/22 CE de autorización de hidrocarburos, sostiene que se cumple, que ha habido anuncio oficial por el Reino de España (de octubre de 1995) indicando las zonas del territorio disponibles que dispensan del procedimiento competitivo. Reconoce que los cambios legislativos operados con posterioridad “aconsejan” actualizar dicho anuncio pero de ello no deduce que deba invalidarse el Real Decreto 547/2012 por falta de publicidad la oferta de Repsol.

Acude a la respuesta de la Comisión Europea de 29 de agosto de 2013 que descarta vulneración de esta Directiva.

Así, dice que no tiene dudas en relación a la cuestión prejudicial que se le solicitaba (por el cabildo de Fuerteventura y por nosotros).

6.º Sobre la falta de motivación del Real Decreto 547/2012.

La Sentencia reproduce fundamentos de la anterior, aquí con apreciable incongruencia puesto que en nuestra demanda no articulábamos como motivo específico la falta de motivación del acto administrativo en cuanto a las respuestas dadas en trámites de alegaciones.

Sí reiterábamos, al tratar de cada vicio denunciado, la ausencia de informes justificativos en el expediente que avalaran la decisión administrativa final: ya en cuanto a la modificación de los permisos, en cuanto a la suficiencia de garantías, en cuanto a la suficiencia de las medidas de protección medioambiental,...

No se corresponde, por tanto, la respuesta que nos ofrece en este punto por remisión a la anterior Sentencia. Aquí parece combatir la insuficiencia en las respuestas dadas en el trámite de alegaciones –que se corresponderá con lo alegado por el Cabildo de Fuerteventura– pero no da respuesta a nuestra denuncia en cuanto a la omisión absoluta de informes técnicos que sustentaran la decisión administrativa. Esto ha quedado sin respuesta en la Sentencia.

Me surge la duda sobre si esta ausencia absoluta de respuesta pudiera entenderse como lesión al derecho a la tutela judicial efectiva. Se valorará al tiempo de promover incidente de nulidad.

7.º Sobre la infracción de la Directiva 2001/42 CE sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas.

Remisión a la Sentencia anterior.

El TS sostiene que no se vulnera esta Directiva que, de ser aplicable, hubiera exigido una evaluación ambiental estratégica.

Argumenta por qué no le ofrece dudas la inaplicación de esta Directiva para justificar el no planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE solicitada también por el Gobierno de Canarias. Entiende que los permisos en cuestión son proyecto singulares y niega su carácter de planes y programas.

El Voto particular se refiere a esta cuestión: si bien sostiene que comparte el razonamiento de la Sentencia desde la perspectiva técnico jurídica de que el Real Decreto 547/2012 no puede considerarse un plan o programa a los efectos de la aplicación de esta Directiva 2001/42 CE, entiendo que no es posible devaluar ni eludir el artículo 174 del Tratado constitutivo que inspiró la citada Directiva en cuanto a la política de la CE en el ámbito del medio ambiente, con la exigencia de los requisitos de protección medioambiental deben integrarse en las políticas y actividades comunitarias.

Por lo demás, a diferencia de la Sentencia del Cabildo de Fuerteventura, en esta que resuelve nuestro Recurso no se contempla ninguna alusión a la infracción de la Directiva 85/337 CE sobre evaluación de determinados proyectos públicos y privados que también alegábamos en nuestra demanda. Si se refiere a ella el voto particular.

Conocemos el criterio del TS, a la luz de la Sentencia del Cabildo de Fuerteventura: tampoco la considera vulnerada entendiendo que ni es exigible en este momento procedimental la evaluación de impacto ambiental allí requerida. Se remite a su STS de 24 de febrero de 2004.

No justifica por qué no le ofrece dudas la inaplicación de esta Directiva, a diferencia de los supuestos anteriores.

8.º Sobre la infracción de la Directiva 2000/60 CE por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

Remisión a la Sentencia anterior.

Sostiene que esta Directiva no es de aplicación a las aguas marinas mar adentro. En cualquier caso, respecto a la incidencia de las labores en las aguas costeras, lo difiere a un momento posterior.

9.º Sobre la infracción de la Directiva 2008/56 CE por la que se establece un marco de acción comunitaria para la política del medio marino (Directiva marco sobre estrategia marina).

Remisión a la Sentencia anterior.

Sostiene el TS que ni esta Directiva, ni la Convención sobre el Derecho del Mar exigen realizar una evaluación en un momento determinado. Basta con que se realice antes de la autorización final. Aquí es donde menciona que ya la DIA ha sido emitida.

También descarta la infracción de la Directiva Aves ni de la Directiva Hábitats, si quiera indirectamente.

Sobre los LIC, su eventual declaración no llevaría aparejada la nulidad del Real Decreto 547/2012, dice que están en fase de aprobación, reconoce el retraso del espacio que afecta a Lanzarote y Fuerteventura, lo que no le merece mayor comentario.

Reconoce su valor ecológico para justificar su calificación como LIC pero de ello no se deriva la anulación del Real Decreto 547/2012, la afectación a un posible LIC tendrá lugar, nuevamente, en el acto posterior. Añade que la inclusión de un espacio en esta red no impide a priori las prospecciones, lo que no dispensa de evaluar los posibles efectos o impactos negativos, y que ello se permite siempre que concurran razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica.

En conclusión, rechaza todos los motivos de impugnación y aprecia que no resulta procedente el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión europea al no suscitarse dudas en el supuesto enjuiciado sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión europea, en relación con la adaptación al derecho interno a las Directivas de evaluación de impacto ambiental, la Directiva hábitats, la Directiva aves, La Directiva marco del agua y la Directiva marco de estrategia marina (omite la Directiva de Hidrocarburos).

Por lo que se refiere al voto particular:

Tres fundamentos que ofrece para discrepar del voto mayoritario.

Primero. Sobre la naturaleza del Real Decreto 547/2012.

Entiende que el Real Decreto 547/2012 concluye definitivamente el procedimiento de concesión de los permisos de investigación que se inició con la solicitud de REP-SOL de 2 de noviembre de 2000.

De no haberse producido la convalidación, las facultades derivadas de los permisos afectadas por la declaración de invalidez parcial de la STS de 24 de febrero de 2004, habrían agotado sus efectos y deberían considerarse extinguidas de conformidad con el artículo 34 de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

El Real Decreto 547/2012 corrige las deficiencias advertidas por el TS *evitando que los permisos de investigación de hidrocarburos originariamente autorizados fueran caducados y devinieran ineficaces para amparar su debido aprovechamiento.*

No se alcanza a comprender el alcance de este planteamiento, máxime cuando después dice que las autorizaciones, permisos y concesiones de la Ley del Sector de Hidrocarburos están limitados, por su carácter de bienes demaniales, a un periodo

máximo de duración. Sin embargo, no explica ni justifica que la convalidación pueda realizarse ocho años después de advertidas las deficiencias por el TS, ni cuándo habría que entender entonces caducados los permisos de no haber existido el acto convalidatorio.

Segundo. Sobre las medidas de protección medioambientales presentadas por Repsol.

Aquí el voto particular acoge nuestros razonamientos. Entiende que hubo de exigírsele a Repsol la presentación de un *estudio medioambiental pormenorizado, que recogiera un inventario de los bienes e intereses medioambientales afectados por la previsión de ejecutar perforaciones en el subsuelo marino próximo a las islas de Lanzarote y Fuerteventura, que identificara y clarificara los posibles impactos medioambientales que se pudieran producir en un ámbito espacial cualificado por su alto valor ecológico y de especial sensibilidad medioambiental, que permitiera al Consejo de Ministros adoptar su decisión sobre la procedencia de autorizar o denegar los permisos de investigación con pleno conocimiento de los valores ambientales existentes, lo que resulta particularmente pertinente en el caso enjuiciado, atendiendo además al tiempo transcurrido entre el momento en que por la Dirección general de política Energética y minas se requirió a REPSOL para que remitiera medidas de protección medioambientales –26 de abril de 2004– y la adopción de la decisión gubernamental –16 de marzo de 2012– y las modificaciones de la legislación interna medioambiental y a nivel de la Comunidad Europea, que han incidido de forma determinante en la fijación de un grado más elevado e intenso de exigencia de los estándares de protección medioambiental, que resultan aplicables a la ejecución de proyectos que comprometan los ecosistemas marinos.*

Este defecto conduciría a la estimación parcial del Recurso interpuesto por el Gobierno de Canarias a los efectos de corregir estas deficiencias medioambientales que inciden de forma directa en la toma de decisión del Consejo de Ministros.

Este razonamiento responde a la perfección a nuestras alegaciones.

Tercero. Sobre la cuestión prejudicial.

Entiende que la Sala, antes de resolver, debió plantear cuestión prejudicial al TJUE con el objeto de que se pronunciara respecto si una legislación nacional que difiere la evaluación de impacto ambiental de un programa de labores relativas a investigación de hidrocarburos al momento en que se prevé la realización efectiva de trabajos de perforación de pozos es acorde con las obligaciones de protección medioambiental que a los EM les incumbe por la directiva 2008/56 CE sobre estrategia marina y Directiva 2011/92 CE sobre evaluación de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

Plantea otra cuestión referida a esta Directiva 2011/92 sobre si la extracción de petróleo y gas natural con fines comerciales cuando la cantidad extraída sea superior a 500 toneladas por día en el caso del petróleo excluye que los EM puedan someter los trabajos y labores preparatorias de dicha actividad a una evaluación preliminar de impacto ambiental.

Destaca las exigencias de protección medioambientales del Derecho Comunitario, abriendo incluso la posibilidad de que también pudiera ser necesario el planteamiento de la cuestión respecto de la Directiva 2001/42 de planes y programas (aunque comparta el criterio de la Sala, no lo hace en términos rotundos).

Propone reconsiderar su doctrina de la STS de 24 de febrero de 2004 que excluía la aplicación de la directiva Hábitats por no ser el momento procedimental oportuno.

Concluye en que existen dudas sobre la interpretación de las Directivas examinadas considerando procedente plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, tal y como demandábamos.

5. Contra esta Sentencia se promueve incidente de nulidad de actuaciones al amparo de lo dispuesto en los artículos 238 y 241 de la LOPJ y 225 y 228 de la LEC, por lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, así como al derecho al proceso debido y al juez ordinario predeterminado por la Ley del artículo 24.2 de la CE, por lo que a la lesión del artículo 24 de la CE se refiere, en el incumplimiento por el Tribunal Supremo de su obligación de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por ausencia de motivación determinante de indefensión al omitir dar respuesta a determinados argumentos en que apoyábamos nuestra pretensión de nulidad, argumentos de tal entidad que sí merecieron consideración expresa, favorable a nuestra acción impugnatoria, en el Voto Particular.

Ausencia de motivación, vulneración del derecho a obtener una resolución fundada en derecho, al omitir todo pronunciamiento a nuestras denuncias sobre la ausencia de informes técnicos que avalaran el dictado del acto administrativo impugnado.

Entendemos que la Sala ha realizado una valoración errónea de la prueba: el expediente administrativo debió ser analizado y valorado por el Tribunal, y no sólo en cuanto su contenido sino también en relación con la ausencia de contenido. No sólo debió valorar los documentos que lo conforman sino que le era igualmente debido al órgano judicial, dicho sea con todos los respetos, realizar un juicio de valoración respecto de los documentos que, debiendo conformar el expediente, no constaban en el mismo.

La Sentencia defiende la posibilidad de modificar el acto a convalidar pero no nos dice nada sobre la necesidad de que tal modificación deba responder a algún interés público del que exista constancia en el expediente.

Tampoco ofreció respuesta nuestra denuncia sobre la ausencia de valoración en relación con los efectos que la modificación llevada a cabo habría de tener en relación con la inversión exigida, que en nada se altera. Tampoco consideró necesario el Tribunal Supremo darnos respuesta a la ausencia de informe técnico que garantizara la suficiencia de los avales presentados.

Tampoco mereció contestación nuestra denuncia sobre la falta absoluta de un informe de la Administración sobre la suficiencia de las medidas de protección medioambientales presentadas por Repsol en el año 2004: ninguna respuesta recibió nuestra denuncia sobre la necesidad insoslayable de actualizar aquellos documentos de carácter medioambiental dado el tiempo transcurrido desde su elaboración y presentación ante la Administración (2004) y el momento en que se dicta el acto administrativo (2012).

Que estas denuncias efectuadas por esta representación tenían carácter relevante y determinante en el análisis de la legalidad del acto lo evidencia el hecho de que hayan sido tenidos en cuenta, al menos en parte, por el Voto Particular que acompaña a la Sentencia.

#### Sobre la negativa al planteamiento de cuestión prejudicial.

La trascendencia del presente litigio, en que se discutía si un acto por el que se convalidaban once años después permisos de investigación de hidrocarburos en aguas marinas próximas a Canarias, y la incidencia en aquel acto de numerosas Directivas Comunitarias, revestía una complejidad jurídica extrema que demandaba contar con criterios interpretativos rotundos que hubieran de dar tranquilidad y sosiego al juez nacional al tiempo de dictar sentencia.

Pero es que, además y por si fuera poco, el propio Tribunal Supremo, en el FJ 4.º de la Sentencia también de fecha 25 de junio de 2014, dictada en el Recurso 353/2012 interpuesto por el Cabildo de Fuerteventura (y a la que se remite en la Sentencia que nos afecta y cuya nulidad instamos), vino a poner expresamente de manifiesto la “*considerable controversia pública*” que el acto objeto de recurso ha dado lugar, así como que se trata de autorizar “*una determinada actividad (la investigación de hidrocarburos en aguas marinas) condicionada a un complejo proceso de evaluación de su impacto sobre el medio ambiente...*”. Continúa señalando el Tribunal Supremo que *En efecto, lo que es obligado –según las normas que ulteriormente analizaremos–, es que los poderes públicos titulares de las facultades de autorización evalúen los*

*impactos y riesgos de la actividad, los califiquen en función de su intensidad y, ponderando simultáneamente aquéllos y la utilidad general de dicha actividad, asuman la responsabilidad final de decidir acerca de su pertinencia. Les es exigible, pues, el respeto debido a un proceso de evaluación de riesgos e impactos caracterizado por su transparencia y su apertura a todas las opiniones seriamente fundadas. Concluido éste, la libertad de decisión inherente a la función administrativa de ponderar el conjunto de los factores, a los efectos autorizatorios, no puede ser desconocida.*

*Siendo todo ello así, insistimos, la mayor o menor oportunidad, conveniencia y acierto de autorizar las prospecciones de hidrocarburos en las aguas del Atlántico más o menos próximas a las Islas Canarias han de quedar fuera de la confrontación estrictamente jurisdiccional y pertenecen al legítimo campo del debate público en el que todas las opiniones son por principio admisibles y cada uno ha de asumir sus propias responsabilidades. La Sala, pues, cuando resuelve sobre la validez del acto impugnado ni “respalda” la decisión adoptada, en un caso, ni la “desautoriza”, en el caso opuesto, sino desde la muy limitada perspectiva jurídica de su adecuación a las normas aplicables.*

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la Sentencia *Cifit y otros*, de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81 (en el mismo sentido, la Sentencia de 18 de julio de 2013, asunto 136/12).

Son tan estrictas las condiciones que impone el Tribunal de Justicia para dispensar al órgano judicial nacional contra cuyas resoluciones no cabe ulterior recurso de plantear una cuestión prejudicial de interpretación que prácticamente esta dispensa se limita a los supuestos de que ya se hubiera resuelto una cuestión prejudicial materialmente idéntica o que la respuesta se derive de manera clara e indubitada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y a aquellos otros que la posibilidad queda reducida a normas que por su contenido no requieren tarea hermenéutica alguna.

Si estando obligado a ello, el juez nacional no acude a título prejudicial al Tribunal de Justicia, no habrá seguido los controles normativos previstos por el ordenamiento jurídico, desvinculándose del sistema de fuentes. Se produce, así, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE.

Pero es que, además, al actuar de esta forma el juez nacional, vulnera el derecho a un proceso debido del artículo 24.2 de la CE, en la medida en que al no plantearse la cuestión prejudicial, debiendo hacerlo, viola una de las garantías que lo conforman.

Al juez nacional le corresponde seleccionar la norma aplicable para resolver el litigio pero si esa selección pasa por soslayar una norma legal por su contradicción con el Derecho de la Unión, se hace ineludible el planteamiento de la cuestión prejudicial

salvo que se den las condiciones antes mencionadas derivadas de la Sentencia *Cilfit y otros*. Si, en estos casos, el juez no interroga al Tribunal de Justicia que es a quien le corresponde fijar la interpretación del derecho comunitario o controlar su validez, desconocerá una de las garantías que integran el proceso debido, colocando al interesado en una situación de efectiva indefensión (SSTC 58/2004, FJ 14; 194/2006 FJ 5 y 78/2010, FJ 7).

Y esta lesión se da aún cuando la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial no conduzca a la inaplicación de norma interna alguna. Porque, aún dándose ese supuesto, la violación de la garantía fundamental se produce desde el momento mismo en que el juez resuelva el litigio sin plantear la cuestión prejudicial estando implicado el derecho de la Unión Europea y siendo necesaria una interpretación del mismo, con independencia de que en la resolución final pase por aplicar o inaplicar una norma interna. En este punto, compartimos el pronunciamiento del voto particular de la STC 27/2013.

Finalmente, el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley del artículo 24.2 queda seriamente comprometido si, en ausencia de las condiciones de la doctrina *Cilfit*, el Derecho de la Unión es interpretado por quien no sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y es que el órgano predeterminado por la Ley para decidir sobre la interpretación y validez del ordenamiento de la Unión es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pues bien, defendíamos que en el presente caso, no es de aplicación la doctrina del acto claro, tal y como ha sido delimitada por el TJUE. Y ello, por dos órdenes de razones:

- 1.ª La primera de ellas, que por su evidencia manifiesta deviene prácticamente incontestable: es imposible que resulte de aplicación la doctrina del acto claro en una sentencia impuesta por un órgano judicial compuesto por cinco Magistrados en la que dos de ellos sostienen la necesidad de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.
- 2.ª Tampoco cabe aplicar la doctrina del acto claro –aún prescindiendo de lo anterior– si atendemos al contenido de la Sentencia y a las razones que ofrece para eludir su deber de plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

En ninguno de los casos contemplados en la Sentencia ha podido el Tribunal Supremo aportar jurisprudencia del TJUE ofreciendo pautas interpretativas sobre las normas de Derecho comunitario invocadas y su relación con el supuesto debatido. Sus conclusiones no son indubitadas y no garantizan que ésa sea la única interpretación a la que pudiera llegar cualquier órgano judicial de cualquier Estado miembro.

6. Se desestima nuestro incidente de nulidad por medio del Auto de 3 de octubre de 2014. Nos reprocha el indebido uso del incidente de nulidad de actuaciones, mantie-

ne que no existió duda sobre la no necesidad de elevar cuestión prejudicial, considera que el procedimiento de elaboración del Real Decreto no mereció reproche. Nada dice del Voto particular.

#### 7. Demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional, el pasado 14 de noviembre.

Con petición de suspensión al amparo del artículo 56 LOTC de la ejecución de las resoluciones judiciales recurridas en amparo, así como del acto administrativo que estas resoluciones confirman y del acto posterior autorizador de sondeos exploratorios.

Sólo la suspensión de los efectos de Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo –junto, claro está, de las resoluciones judiciales impugnadas–, y de la resolución de 11 de agosto de 2014 podrá impedir que la presente demanda de amparo pierda su finalidad legítima. El transcurso del tiempo previsto para que el Tribunal Constitucional resuelva sobre el fondo de la presente demanda hará perder el efecto útil del presente procedimiento, ocasionará un perjuicio irreparable a esta parte que se verá, aún con una sentencia que eventualmente le conceda el amparo solicitado, con su derecho a la tutela judicial efectiva frustrado y sin contenido, y con la evidencia de la producción de efectos de actos derivados del Real Decreto 547/2012 impugnado, dictados al margen de las exigencias medioambientales demandadas por el Derecho de la Unión Europea y con grave menoscabo al interés público medioambiental cuya protección ha presidido la acción impugnatoria ejercida por esta Administración Pública.

Solicitamos que ese Tribunal Constitucional adopte su decisión teniendo en cuenta el principio de cautela en materia de protección medioambiental.

### **IV. TERCER HITO**

Resolución de 11 de agosto de 2014 de la Dirección General de Política Energética y Minas, por la que se autoriza a Repsol Investigaciones Petrolíferas S.A. la ejecución de sondeos exploratorios en los permisos de investigación de hidrocarburos “Canarias 1” a “Canarias 9”, BOE núm. 196, de 13 de agosto.

Resolución de fecha 7 de octubre de 2014 del Subsecretario de Industria, Energía y Turismo por el que desestima el requerimiento previo formulado.

Resolución de 29 de mayo de 2014 de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente por la que se formula declaración de impacto ambiental del proyecto “Perforación de sondeos exploratorios en los Permisos de investigación de hidrocarburos denominados Canarias 1 a 9”, BOE núm. 140, de 10 de junio.

1. Se interpone Recurso contencioso-administrativo contra estos actos con petición de medida cautelar el pasado 4 de noviembre de 2014. Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, tramitado bajo el número 143/2014.

Competencia: artículo 10.1 letra i) actos de órganos de la Age con competencia en todo el territorio nacional con nivel orgánico inferior a Ministro o Secretario de Estado en materia de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

Fuero electivo artículo 14 regla segunda, en materia de responsabilidad patrimonial personal, propiedades especiales y sanciones.

Medida cautelar:

Pérdida de la finalidad legítima del recurso.

La Resolución de 11 de agosto de 2014, ya firme en vía administrativa por lo que a la posibilidad de acción judicial por esta Administración autonómica se refiere, autoriza, por un plazo de vigencia de tres años desde su publicación en el *BOE* –que tuvo lugar el 13 de agosto siguiente– a Repsol Investigaciones Petrolíferas S.A. la ejecución de los sondeos exploratorios denominados CHIRIMOYA-1X, situado en el permiso de investigación de hidrocarburos “Canarias 3”, y SANDIA-1X y ZANAHORIA-1, situados en el permiso de investigación de hidrocarburos “Canarias 4”.

La incidencia directa en el medio que ocasiona la realización de sondeos exploratorios, respecto de los cuales conocemos ya distintas variables que nos aproximan a su dimensión:

- a) En cuanto a su localización geográfica, por su cercanía a las costas canarias. Así, el sondeo exploratorio Sandía-1X se sitúa 55,5 Km de la costa, el de Chirimoya-1X, a 50,0 Km y el contingente Zanahoria-1 a 55,0 Km.
- b) En cuanto a sus dimensiones, tanto las referidas a las posibilidades de perforación –por autorizar con carácter cierto dos pozos, incluyendo uno tercero con carácter contingente– como a la profundidad de las mismas –por alcanzar, de forma estimada, 3.170, 3.000 y 6.900 metros bajo el nivel del mar y ser cierto que a mayor profundidad los factores de riesgo se multiplican–; y
- c) en cuanto a su importancia económica, por la inversión en clave de mínimos requerida –no menos de veinte millones de euros según el Real Decreto 547/2012–, sin perjuicio de los costes derivados de las medidas de aseguramiento que imponen los apartados segundo y tercero de la Resolución de 11 de agosto de 2014.

La magnitud de este acto administrativo, sus consecuencias en el entorno, exige que se procure, con la adopción de la medida cautelar, la mayor protección de los intereses medioambientales y ecológicos afectados, los cuales han de merecer especial consideración en atención al carácter irreparable de los daños en este concreto ámbito. Argumentábamos que en el momento actual, al objeto de prevenir daños irreparables al ecosistema, procede suspender la eficacia de la Resolución de 11 de agosto de 2014, que aparece así como una medida indispensable para lograr, mientras se resuelve sobre el fondo del asunto, el objetivo de mantener intactos y a disposición de las generaciones futuras los valores naturales existentes en las Islas Canarias que constituye, con gran diferencia, el territorio de la Unión Europea, y por tanto de España, con mayor biodiversidad, siendo uno de los puntos calientes de la biodiversidad del planeta y constituyendo una referencia mundial por sus valiosos recursos naturales de todo tipo.

A este interés general de toda la sociedad y de las generaciones futuras, derivado del valor que lo ambiental tiene en sí mismo, se suma el existente directamente en la sociedad canaria por la afección que una actividad como la autorizada haya de tener en sectores estratégicos de la economía canaria, como el turismo, la pesca o la desalación de aguas.

Precisamente, lo que se trata de evitar con la presente solicitud de medida cautelar es el daño irreparable que se produciría de permitir la realización de las labores de perforación en el fondo marino en aguas próximas a Canarias que, por sí mismas, producen afección en el medio marino, además de la existencia del riesgo cierto de producirse algún vertido o derrame de crudo y las consecuencias irremediables que ello produciría en el ecosistema y en la economía canaria, basada casi con carácter exclusivo en la actividad turística cuyo desarrollo, a su vez, se fundamenta en sus riquezas naturales.

Desde la otra perspectiva, de suspenderse los efectos del acto, ninguna perturbación grave a los intereses generales o de tercero podrá producirse, pues las razones que invoca la Administración demandada al tiempo de denegar la suspensión por esta Administración solicitada en vía administrativa en modo alguno justifican la perentoriedad de los sondeos, ni la necesidad de que se lleven a cabo con carácter inmediato. Lo que pudo esperar ocho años desde la anulación por el Tribunal Supremo de los iniciales permisos de investigación hasta la convalidación de los mismos por el Consejo de Ministros a través del Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, bien puede admitir una demora por el tiempo que requiera ese Tribunal para dilucidar sobre el fondo del asunto.

Por otro lado, la propia naturaleza de la actividad exploratoria a realizar –perforación del lecho marino a los efectos de investigar la existencia de hidrocarburo en

la cuenca, siendo el objetivo principal depósitos arenosos turbidíticos del terciario y cretácico, esto es, descubrir si existen o no hidrocarburos— pone de manifiesto la inexistencia de razones imperiosas de interés público de primer orden que aconsejen proceder sin dilación a su realización. A nadie se le escapa que, de existir hidrocarburos en la zona, no existe temor alguno en cuanto a tal existencia y posibilidad de explotación de demorarse su exploración.

Invocamos el principio de precaución y cautela como expresión positivizada en un documento jurídico del mayor rango aparece en el artículo 174.2 del Tratado CE, a tenor del cual “la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad”.

Poníamos en evidencia las deficiencias detectadas en la DIA, que no prevé las medidas de compensación territorial y/o ambiental de los espacios de la RED NATURA 2000 que pudieran verse afectados por las actuaciones previstas o en cuanto a la definición y acciones del proyecto, la ausencia de alternativa cero y de alternativas de diseño, de inventario patrimonial básico, de definición concreta de las medidas correctoras preventivas y compensatorias y del programa de vigilancia ambiental, a la ausencia de un inventario de cetáceos que no ha permitido la identificación y valoración de los impactos sobre este factor ambiental, la ausencia de valoración de los posibles efectos ambientales de carácter acumulativo y sinérgico con otras actividades exploratorias en el canal entre Canarias y África, etc. Así como otras deficiencias en cuanto al trámite de información pública.

Ponderamos los intereses en conflicto: el medioambiental, turístico, la incidencia en la pesca, aguas, puertos, considerando que la actuación cuestionada no está justificada en razones fundamentales para la economía de la Nación con posibles perjuicios económicos de muy difícil reparación, ni, desde luego, una medida suspensiva provocará gravísimos efectos perjudiciales. Y ello porque:

- a) La dinámica propia de la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos, aún encontrándose recursos, no ha de suponer necesariamente —la legislación de hidrocarburos es ilustrativa al respecto, claramente liberalizadora— un beneficio para la economía nacional puesto que el libre mercado lo imposibilita, ni están justificadas razones imperiosas de interés general para la economía de la Nación cuya satisfacción —en su caso— no pueda demorarse en el tiempo hasta tanto recaiga sentencia sobre el fondo.
- b) En ningún caso, la suspensión de la actividad provocará gravísimos efectos perjudiciales, ni para el eventual interés estatal ni para los intereses privados de las compañías petrolíferas, cuya inactividad durante ocho años por lo que a la reac-

tivación de estos permisos se refiere tampoco puede ser obviada, y que, en cualquier caso, un eventual retraso en el comienzo de las actividades de exploración autorizadas –hasta tanto ese órgano judicial se pronuncie sobre la conformidad o no a derecho del acto autorizador– no podrá ocasionarle gravísimos efectos perjudiciales. Al contrario, sí que se le ocasionarían de comenzar con las labores (recordemos que la inversión mínima prevista es de 20 millones de euros) y resultar a la postre que el acto que le daba cobertura resulta anulado judicialmente. Y sin perjuicio de las eventuales responsabilidades económicas que podrían corresponderle a la Administración del Estado, a costa del erario público al que contribuimos y del que nos beneficiamos todos los ciudadanos españoles.

Las deficiencias advertidas en la Declaración de Impacto Ambiental, no sólo en cuanto a su contenido claramente insuficiente por lo que a la concreción de las medidas correctoras medioambientales se refiere y a lo que debió exigírsele con carácter previo al promotor sino en lo referido a las irregularidades procedimentales apreciadas en su tramitación, destacando la incorrecta apertura del trámite de información pública y la sustracción al conocimiento general de importante documentación o su emisión anticipada, sin que el Ministerio de Medio Ambiente conociese informes sobre aspectos fundamentales del proyecto, es lo que justifica en gran medida la petición de suspensión de efectos que ahora se solicita. La insuficiencia y extemporaneidad, por otro lado, de los informes aportados por el promotor con posterioridad a la emisión de la DIA en cuanto a las medidas correctoras se refiere mantienen el interés en suspender la ejecutividad del acto. Asimismo, la circunstancia de que el acto autorizador se haya dictado con desconocimiento de las exigencias de la Directiva 92/43/CE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres y plasmadas en el artículo 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, puesto que los sondeos exploratorios afectan a especies prioritarias del Lugar de Importancia Comunitaria (LIC) “Espacio marino del Oriente y Sur de Lanzarote y Fuerteventura”, abundan aún más si cabe en la necesidad de suspender los efectos inmediatos de los actos impugnados.

## V. CUARTO HITO

Solicitud de consulta popular referendaria.

En febrero de 2014, el presidente del Gobierno, a instancias del parlamento autonómico, solicitó autorización para celebrar una consulta popular.

¿Está usted de acuerdo con las prospecciones de petróleo autorizadas a la multinacional Repsol frente a las costas de nuestras islas?

No se recibió respuesta expresa por parte de la Administración del Estado.

## VI. QUINTO HITO

Participación ciudadana.

1. Ley 5/2010, de 21 de junio, de Participación Ciudadana, en su artículo 20 permite al Gobierno, a instancias de su Presidente, recabar la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés general de competencia autonómica mediante sondeos, encuestas o cualquier otro instrumento de participación ciudadana.

2. Decreto 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC n.º 190, de 1 de octubre).

3. Decreto 107/2014, de 2 de octubre, del Presidente, por el que se convoca consulta ciudadana mediante pregunta directa.

¿Cree usted que Canarias debe cambiar su modelo medioambiental y turístico por las prospecciones de gas o petróleo?

BOE de 17 de noviembre de 2014 admite a trámite el TC y suspende los efectos 161.2 CE.

Se impugna con fundamento en el Título V de la LOTC, artículos 76 y ss. disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones de las CCAA.

*Con posterioridad a la ponencia impartida en las Jornadas Andaluzas, se han sucedido distintos hechos de relevancia:*

*A. En el Recurso contencioso-administrativo 143/2014, que identificábamos como “tercer hito”, ha recaído en la pieza separada de medidas cautelares Auto de 9 de diciembre de 2014 desestimando nuestra solicitud de suspensión. Medida acordada en Pleno, se declaró competente objetiva y territorialmente pero negó la existencia de pérdida de la finalidad legítima del recurso con un argumento francamente inaudito: el peligro de que la compañía viera rebasados los plazos concedidos en el permiso de investigación concedido en el año 2012. En cuanto a la ponderación de los intereses en conflicto, se basó en el anterior pronunciamiento del Tribunal Supremo en su Auto de 5 de junio de 2012, al que aludíamos*

*en nuestro “segundo hito”, pese a que en aquella ocasión el propio TS admitió que el acto entonces impugnado –permisos de investigación– no podía hacerse coincidir con los actos concretos de ejecución de sondeos exploratorios. Finalmente, considera que la apariencia de buen derecho está de parte de la Administración General del Estado.*

*Este Auto contó con un Voto Particular que fundamentó sobre el peligro de que el recurso perdiera su finalidad legítima y la certeza de que ya el mismo quedaría sin objeto cuando haya de dictarse una eventual sentencia estimatoria puesto que Repsol habrá terminado las prospecciones. Analiza pormenorizadamente la DIA, detecta sus insuficiencias y las omisiones de comprobación por parte del órgano ambiental. Destaca antecedentes en la propia actuación de la AGE, como en la tramitación del LIC Espacio marino del Oriente y Sur de Lanzarote y Fuerteventura. En la ponderación de intereses, concluye que los valores medioambientales serán puestos en peligro por la actuación de Repsol y están necesitados de amparo: aún reconociendo el interés nacional en conocer los recursos energéticos con los que cuenta su zona económica exclusiva, nada sugiere que sólo pueda ser satisfecho si se ejecutan de carácter inmediato los sondeos, tal y como le conviene a Repsol “que tiene mucha prisa por consolidar su situación en la zona ante la inminente declaración de la misma como lugar de importancia comunitario”, razona además que las pérdidas económicas alegadas por Repsol no serían sino una consecuencia de haberse querido imponer por la fuerza de los hechos a sabiendas de que el caso acabaría en los Tribunales. Concluye en que “una sosegada ponderación de los intereses en juego, sin enarbolar irreflexivamente la bandera del interés nacional y sin ceder a unas prisas que solo benefician a Repsol, debió optar por proteger de manera preferente los intereses medioambientales, el valiosísimo patrimonio natural que pertenece a toda la humanidad, que es puesto en peligro porque no hay seguridad de que la decisión de autorizar los sondeos haya sido tomada con la necesaria independencia y objetividad”.*

*Interpuesto recurso de reposición, es desestimado por Auto de 16 de enero de 2015, también con Voto Particular del mismo Magistrado. Está recurrido en casación ante el Tribunal Supremo en el que nos hemos personado en fecha 23 de febrero.*

*B. En relación con el “quinto hito”, mediante Auto del Tribunal Constitucional de 3 de marzo de 2015, Asunto 6415-2014, se mantiene la suspensión cautelar de los preceptos impugnados del Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias. En relación a la pregunta directa formulada por el Presidente del Gobierno de Canarias, en Auto de igual fecha, asunto 6416-2014, acuerda la desaparición sobrevenido del objeto del proceso puesto que la consulta estaba prevista para el día 23 de noviembre de 2014.*

C. Por lo que se refiere a las actividades de investigación y exploración de hidrocarburos autorizadas a Repsol, la compañía comunicó, en nota de prensa, a principios de enero, que se retiraba definitivamente de Canarias al no haber descubierto recursos energéticos explotables. Declaración que habrá de motivar la consiguiente actuación por la Administración autorizante, en los términos fijados en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburo, y de la que ninguna constancia tiene, hasta la fecha, la Administración autonómica.

## ¿CANTAREMOS TAMBIÉN “*FRACKING USA*”?: EL *FRACKING*, UN DILEMA EN LA CRISIS COMO DESAFÍO PARA EL DERECHO AMBIENTAL<sup>1</sup>.

*We'll all be planning that route, We're gonna take real soon.*  
Everybody's gone surfin', Surfin' U.S.A. (THE BEACH BOYS)

**Jesús Jordano Fraga**  
*Catedrático de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. EL IMPACTO DEL *FRACKING* EN EL MEDIO AMBIENTE Y EN LAS FUENTES ENERGÉTICAS. II. LA LEGISLACIÓN *ANTI-FRACKING*. EL *FRACKING* ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. La legislación *anti-fracking* en Europa y en la legislación autonómica. 2. El *fracking* ante el Tribunal constitucional. 3. *Status quaestionis* del *fracking* en la legislación ambiental estatal y de la Comunidad Autónoma de Andalucía. III. PERSPECTIVAS: RECOGIENDO EL GUANTE VERDE ARROJADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

### I. EL IMPACTO DEL *FRACKING* EN EL MEDIO AMBIENTE Y EN LAS FUENTES ENERGÉTICAS

El *fracking* –fracturación hidráulica o estimulación hidráulica–, constituye una técnica o método que realiza fracturas artificiales en la roca madre que permiten migrar para su posterior explotación el petróleo o el gas mediante la inyección a alta presión de agua, arena y sustancias químicas (*coalbed methane*, gas metano del carbón o

---

<sup>1</sup> Estudio realizado en el marco del Proyecto de excelencia Recursos Naturales y Energía, DER2013-48329-C2-1-P en el marco del Plan Estatal 2013-2016 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

metano del lecho de carbón, *shale gas* –gas pizarra o de esquisto–; gas hidrato –en el *permafrost*–; *tight gas* –gas en roca impermeable y piedra caliza no porosa o formaciones de arenisca–. Esta técnica se usa desde los años 40 en Texas, si bien a partir de 1990 ha alterado el mercado convirtiendo en exportador a Estados Unidos<sup>2</sup>. El *fracking* conlleva una alta polémica porque a él se le asocian importantes efectos ambientales adversos: 1) el consumo de agua estimado de entre 9.000 m<sup>3</sup> y 20.000 m<sup>3</sup> por pozo. El volumen del agua de retorno (“flowback”) recuperado puede variar entre el 25% y el 75% del agua inyectada; 2) la posible contaminación de acuíferos por la infiltración de los elementos químicos usados en la fractura 2-0,5% de productos químicos, tales como bactericidas, reductores de fricción, espesantes o por los propios hidrocarburos objeto de explotación. Particularmente problemáticos son los disruptores endocrinos, conocidos por su capacidad de causar anomalías latentes en niveles infinitesimalmente pequeños de exposición. 3) La posibilidad de derrames, fugas y vertidos ilegales; 4) la liberación de elementos radiactivos presentes en la roca fracturada como el gas Radón o Radio 226 que determinan la necesidad de control y posible radiactividad de las aguas de retorno; 5) la producción de microterremotos; 6) el ruido generado por las operaciones y el incremento de tráfico en las zonas de explotación incluido el trasiego de productos químicos necesarios; 7) la liberación no intencional de metano estimada entre un 4 y 8%; emisiones de polvo<sup>3</sup> y compuestos orgánicos volátiles junto con sustancias tóxicas del aire [sic], tales como benceno, etilbenceno y h-hexano<sup>4</sup>. Pero a favor se usan también argumentos de peso –en especial en un escenario de crisis con más de un 25% de personas en situación de desempleo: 1) la generación de puestos de trabajo directos e indirectos; 2) el incremento potencial del PIB– con una estimación en el caso de España de entre 33.000 millones y 44.000 millones de euros; 3) razones estratégicas de independencia en el abastecimiento energético frente a la dependencia de zonas inestables políticamente (oriente medio, Magreb, Rusia), se trata de reducir el enorme coste que supone para

---

<sup>2</sup> DANIEL TAILLANT, ROELOFFS & HEADEN, *Fracking Argentina Informe Técnico y Legal sobre la Fracturación Hidráulica en Argentina*, 24 de octubre, 2013, Centro de Derechos Humanos y Ambiente & ECOJURE, Córdoba, Argentina 2013, pp. 16-23 (disponible en <http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2013/10/Fracking-Report-CEDHA-final-24-oct-2013-SPANISH.pdf>).

<sup>3</sup> Describiendo estos efectos adversos véanse HEINBERG, *Fracking: el bálsamo milagroso: la falsa promesa del fracking hace peligrar nuestro futuro*, Icaria, Barcelona 2014; Al respecto, Holloway & Rudd, *Energy Sustainability: Fracking: The Operations and Environmental Consequences of Hydraulic Fracturing*, Somerset, NJ, USA: John Wiley & Sons, Salem, Massachusetts 2013. ProQuest ebrary. Web. 7 January 2015, pp. 63-84. DANIEL TAILLANT, ROELOFFS & HEADEN, *Fracking Argentina Informe Técnico y Legal sobre la Fracturación Hidráulica en Argentina*, *cit.*, pp. 30-47; ÚBEDA ARÉVALO, Informe técnico: “Fracturación hidráulica (Fracking) y sus potenciales consecuencias en el medio ambiente”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 33, octubre 2013, pp. 181-187.

<sup>4</sup> ESPOSITO, *Water Issues Set the Pace for Fracking Regulations and Global Shale Gas Extraction*, “Tulane Journal of International and Comparative Law”, núm. 22, Winter, 2013, p. 174.

los Estados la factura energética nacional –en España se importa el 99%– y generar un impacto positivo en la seguridad de su abastecimiento.

La ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION estima las reservas recuperables españolas en 8,4 tpc –trillones de pies cúbicos (en español billones) de gas de esquisto y 0,1 billones de barriles de petróleo de esquisto (en español 100 millones). España podría albergar recursos de gas equivalentes a casi 70 años de consumo actual, al contar con unos recursos prospectivos potenciales de gas de 2.500 bcm (2.500 millones de metros cúbicos), y que de ser explotados mediante “fracking” podrían permitir al país reducir su factura energética en 13.000 millones de euros al año (a precios actuales), así como recortar su alta dependencia del exterior en términos de energía<sup>5</sup>. Según el informe “*Gas no convencional en España, Una oportunidad de futuro*”, del Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas, se cifran en 41.000 Mm<sup>3</sup> –millones de metros cúbicos– el Inventario de metano en capa de carbón (CBM) (Fuente: IGME, 2004). Según estimaciones más recientes, sólo en el País Vasco hay reservas para cinco años del consumo de España o 60 del País Vasco 180 BCM –cada BCM son mil millones de metros cúbicos– de gas no convencional<sup>6</sup>. El informe del Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas señala que las cuencas carboníferas asturianas son las que presentan un mayor potencial y las principales áreas prospectivas se localizan en las cuencas Vasco-Cantábrica, Pirenaica, Ebro, Guadalquivir y Bética. Los potenciales objetivos identificados y sobre los cuales se está comenzando a desarrollar trabajos de investigación, se sitúan en edades del Paleógeno, del Cretácico superior e inferior (tal es el caso de la formación Valmaseda del País Vasco-Burgos), del Lías-Jurásico (como las margas toarcienses de Ayoluengo) y del Westfaliense-Estefaniense del Carbonífero (como son las formaciones Barcaliente y Fresnedo en la cuenca cantábrica). Se trata fundamentalmente de formaciones geológicas que tradicionalmente eran investigadas por su interés como potenciales rocas madre, generadoras de hidrocarburos<sup>7</sup>.

Las cifras que describen la eclosión del *fracking* en Estados Unidos son impactantes porque, según la fuente que consultemos hablan desde de un incremento del 16% en 1990 hasta el 50%; o del 11% en 2008 al 20% en 2010; y con previsión del 50% para 2035<sup>8</sup>. También se habla de una nueva burbuja por el crecimiento exponencial de los pozos. El derrumbe actual de los precios de petróleo puede obedecer al intento de

<sup>5</sup> <http://www.energiadiario.com/publicacion/spip.php?article23382>.

<sup>6</sup> [http://elpais.com/diario/2011/10/15/paisvasco/1318707602\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2011/10/15/paisvasco/1318707602_850215.html).

<sup>7</sup> VV.AA., *Gas no convencional en España. Una oportunidad de futuro*, Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas, dir. CÁMARA RASCÓN, Á. & PENDÁS FERNÁNDEZ, F., pp. 39-40, disponible en [http://ingenierosdeminas.org/documentos/130312\\_informe\\_gas.pdf](http://ingenierosdeminas.org/documentos/130312_informe_gas.pdf).

<sup>8</sup> <http://aboutnaturalgas.com/content/natural-gas/tight-and-shale-gas/>.

expulsión del mercado del petróleo y gas no convencional; a una decisión geopolítica llevada a cabo por Arabia Saudita y USA con ánimo político (perjudicar a Rusia, Venezuela); el colapso del crecimiento económico mundial y del consumo; la sobreoferta generada; o varios de estos factores en interacción. Es obvio que a 50 dólares el barril o menos no son rentables muchas de estas explotaciones: es la *break even* del *fracking* (el umbral de su rentabilidad) que está dando lugar a alguna suspensión de pagos de empresas del sector<sup>9</sup>. Pero esto sólo retrasa el problema, porque la escasez del recurso y el aumento de la demanda inevitablemente harán subir los precios y alejar este espejismo de *break even*. Un reciente estudio sugiere que para evitar el calentamiento global determinados recursos energéticos no debieran ser explotados. Los cálculos han sido realizados por un equipo liderado por Christopher McClade, del Instituto de Fuentes Sostenibles del University College London (UCL). El estudio, financiado por el Centro de Investigación de Energía de Reino Unido (*UK Energy Research Centre*), también señala las zonas del planeta que recomiendan que no sean explotados. En concreto, los autores de este trabajo proponen que, de aquí a 2050, un tercio de las reservas de petróleo, el 40% de las reservas de gas y alrededor del 80% del carbón que hay en todo el mundo en la actualidad no sean explotadas. Sólo así, sostienen, se podrá conseguir que la temperatura en el año 2100 no se incremente más de 2.º C respecto a los valores que había en la era preindustrial<sup>10</sup>.

## II. LA LEGISLACIÓN *ANTI-FRACKING*. EL *FRACKING* ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### 1. La legislación *anti-fracking* en Europa y en la legislación autonómica.

Diversos países han adoptado legislación *antifracking*, Holanda, Francia, Bulgaria e Irlanda del Norte lo han prohibido y 11 Estados europeos han aprobado moratorias<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Véase Break-Even Points for U.S. Shale Oil en <http://www.bloomberg.com/news/2014-10-17/oil-is-cheap-but-not-so-cheap-that-americans-won-t-profit-from-it.html>. El *break even* varía en cada sitio. Una reciente estimación es alrededor de \$ 55 a \$ 70 por barril. En Dakota del Norte Bakken Core es \$ 61-\$ 70, en el Eagle Ford en el sur de Texas es \$ 53-\$ 60, en Nuevo México es \$ 68. *Sorry Fracking Enthusiasts, Oil's Decline Is Wholly A Dollar Story* en <http://www.forbes.com/sites/johntammy/2014/11/05/sorry-fracking-enthusiasts-oils-decline-is-wholly-a-dollar-story/>.

<sup>10</sup> <http://www.independent.co.uk/environment/climate-scientists-beg-governments-to-leave-buried-fossil-fuel-reserves-in-the-ground-9963405.html>.

<sup>11</sup> Dando una amplia sobre las prohibiciones en países europeos, véase la información disponible en el Informe realizado por Juan Diego SÁNDEZ ARANA, *La fracturación hidráulica en la Unión Europea: estado de la cuestión*, documento Marco, 18/2014, 3 de noviembre de 2014 en [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_marco/2014/DIEEEM18-2014\\_FracturacionHidraulica\\_SandezArana.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2014/DIEEEM18-2014_FracturacionHidraulica_SandezArana.pdf).

Francia, mediante la *Loi* n.º 2011–835, de 13 de julio de 2011, por la que se prohíbe la exploración y la explotación de minas de hidrocarburos líquidos o gaseosos mediante fractura hidráulica y se derogan los permisos exclusivos de las prospecciones que comporten proyectos en los que se utilice esta técnica<sup>12</sup>. El *Conseil Constitutionnel* en su Decisión n.º 2013–346 *Question Prioritaire de Constitutionnalité* de 11 de octubre de 2013, declaró que la prohibición del *fracking* se ajusta a la Constitución francesa<sup>13</sup>.

Diversas leyes autonómicas han establecido prohibiciones siguiendo la estela de lo ocurrido en otros países. En concreto, de momento, han sido aprobadas por orden cronológico las siguientes normas por las Comunidades de Cantabria, La Rioja, Navarra y Cataluña<sup>14</sup>:

- Cantabria, mediante la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la Prohibición del *Fracking* en el Territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria como técnica de investigación y extracción de gas no convencional<sup>15</sup>. El empleo del *fracking*, al implicar un uso del suelo prohibido es considerado infracción urbanística (artículo 3) y la ley se aplica a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida en el artículo 1, tanto a los ya concedidos o en tramitación, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor (disposición transitoria única).
- La Rioja, mediante la Ley 7/2013, de 21 de junio, por la que se regula la Prohibición en el Territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de la fractura hidráulica (*fracking*) como técnica de investigación y extracción de gas no convencional<sup>16</sup>. La Ley de la Rioja además de establecer la prohibición de la técni-

---

<sup>12</sup> Véase analizando exhaustivamente la Ley 835/2011, de 13 de julio, MOREU CARBONELL, “Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (*fracking*)”, *Revista Catalana de Dret ambiental*, vol. III, núm. 2, 2012, pp. 16-26.

<sup>13</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/resoluciones/2013/decision-n-2013-346-qpc-de-11-de-octubre-de-2013.138597.html>. El Consejo Constitucional ha rechazado como irrelevantes las denuncias de violación de los derechos de propiedad en virtud del artículo 3 de la Ley de 13 de julio de 2011 (17). Este enfoque es coherente con las decisiones anteriores por las que el Consejo Constitucional se negó a considerar que las autorizaciones para operar servicios de transporte público de personas son tratadas como objetos de su propiedad titulares de la propiedad (*Décision n.º 82-150 DC du 30 décembre 1982, Loi d'orientation des transports intérieurs*, vid. [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013346QPCccc\\_346qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013346QPCccc_346qpc.pdf)).

<sup>14</sup> Para una exposición detallada del contenido de estas normas (Cantabria, Rioja, Navarra) y la evolución normativa en el País Vasco véase el brillante estudio de SANTAMARÍA ARINAS, “Las claves jurídicas del debate sobre el *fracking*”, *Revista Catalana de Dret ambiental*, vol. V, núm. 1, 2014, pp. 7-16.

<sup>15</sup> *BO* Cantabria de 25 de abril de 2013, núm. 78, p. 13733; *BOE* de 9 de mayo de 2013, núm. 111, p. 34846.

<sup>16</sup> *BO* La Rioja de 24 de junio de 2013, núm. 77, p. 13783; *BOE* de 9 de julio de 2013, núm. 163, p. 50954.

ca del *fracking*, tipifica su empleo como infracción administrativa ambiental y establece multas coercitivas para supuestos de no suspensión de la actividad o incumplimiento del deber de restauración (artículos 3 y 4, respectivamente). La Ley riojana, imitando el modelo cántabro, establecía su aplicación a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida en el artículo 1, tanto a los ya concedidos o en tramitación, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor (disposición transitoria única).

- Navarra, mediante la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, por la que se Prohíbe en el Territorio de la Comunidad Foral de Navarra, el uso de la fractura hidráulica como técnica de investigación y extracción de gas no convencional<sup>17</sup>.

La Ley Navarra, al igual que su modelo de Cantabria<sup>18</sup>, consideraba que el empleo del *fracking*, al implicar un uso del suelo prohibido en el territorio de la Comunidad Foral de acuerdo con lo establecido en el artículo 1, tendrá la consideración de infracción urbanística y con arreglo a lo previsto en la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre (LNA 2002, 387), de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y establece su aplicación a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida en el artículo 1, *tanto a los ya concedidos o en tramitación*, como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor. El TC dictó, TC (Pleno), la providencia núm. 9328/2014, de 9 septiembre. JUR 2014\227290 por la que suspende vigencia y aplicación de la Ley Foral 30/2013, de 15 de octubre, con efectos desde la fecha de interposición del recurso –28 de julio de 2014–, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros. La STC 208/2014, de 15 de diciembre, acaba de declarar inconstitucional la Ley Navarra.

- Cataluña, mediante la Ley 2/2014, de 27 de enero, de Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público<sup>19</sup>, cuyo artículo 167 *modificación de la Ley de Urbanismo* ha añadido un apartado, el 10, al artículo 47 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto<sup>20</sup>. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia núm. 11986/2014

<sup>17</sup> BO Navarra de 28 de octubre de 2013, núm. 208, p. 11309; BOE de 8 de noviembre de 2013, núm. 268, p. 90057.

<sup>18</sup> Cfr. artículo 3 y disposición transitoria única de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se Regula la Prohibición del *Fracking* en el Territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

<sup>19</sup> DOGC de 30 de enero de 2014; BOE de 21 de marzo de 2014.

<sup>20</sup> “10. En la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, en el caso de aprovechamiento de hidrocarburos, no está permitida la utilización de la tecnología de la fracturación hidráulica cuando pueda tener efectos negativos sobre las características geológicas, ambientales, paisajísticas o socioeconómicas de la zona, o en relación con otros ámbitos competenciales de la Generalidad”.

de 18 noviembre. JUR 2014\274083, ha acordado admitir a trámite el Recurso de Inconstitucionalidad 6513/2014, promovido por el Presidente del Gobierno, contra el artículo 167.1 y las disposiciones transitorias 5.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la Ley 2/2014, de 27 de enero, de Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público de Cataluña. Al haberse invocado por el Presidente del Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del Recurso –30 de octubre de 2014–, para las partes del proceso, y desde la publicación del correspondiente edicto en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros.

En Estados Unidos diversos Estados han prohibido (como Vermont) o adoptado moratorias relegando autorización a la realización de estudios ambientales (California, *Maryland* hasta 2104, *New York*, *New Jersey* –primero establece prohibición y el veto del Gobernador lo convierte en moratoria–; *North Carolina* ha ocurrido lo contrario la ley estatal que lo permite es vetada por el Gobernador)<sup>21</sup>. Debe destacarse que, al igual que ha ocurrido en Europa, los Estados que más petróleo y gas no convencional poseen ha sido reacios al establecimiento de prohibiciones. Polonia es nuestro Texas; el País Vasco es nuestro Texas.

## 2. El *fracking* ante el Tribunal constitucional.

La prohibición de la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*) contradice el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado sobre la ordenación del sector minero y energético (artículo 149.1.25 CE): La prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio de una Comunidad, contradice de manera radical e insalvable la legislación básica estatal que la autoriza y somete a evaluación ambiental<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BLIGH & WENDELBO, “Hydraulic fracturing: drilling into the issue”, *Natural Resources and Environment*, vol. 27, number 3, Winter 2013, pp. 8-9.

<sup>22</sup> Analizando esta jurisprudencia constitucional, véanse GARRIDO DE LAS HERAS & ANTÓN VEGA, “El reparto de competencias en materia de hidrocarburos: la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de la técnica de *fracking*”, *Diario La Ley*, núm. 8358, Sección Tribuna, 21 de julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, La Ley 4712/2014; ng “Diario La Ley”, ISSN 1138-9907, [núm. 8401, 2014](#); FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, “La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (*fracking*) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado”, *Diario La Ley*, núm. 8358, Sección Tribuna, 21 de julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, pp. 9-10 y “Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, mayo-diciembre, 2014, vol. 2, pp. 1.344-1.346; SANTAMARÍA ARINAS, *Las claves jurídicas del debate sobre el fracking*, cit., pp. 30-35.

De momento, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales las leyes de Cantabria, Rioja y Navarra en las SSTC 106/2014, de 24 de junio; 134/2014, de 22 de julio y la STC 208/2014, de 15 de diciembre. Las tres comparten la misma base argumental: La prohibición de la técnica de la fractura hidráulica (*fracking*) contradice lo establecido en la Ley 17/2013, que en el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado sobre la ordenación del sector minero y energético, modifica la Ley del Sector de Hidrocarburos (LSH), a fin de incluir dicha técnica como sistema de extracción de gas no convencional. El TC considera que, si bien la finalidad de las mencionadas leyes autonómicas es la protección del medio ambiente, no puede considerarse que sea complementaria a la legislación estatal al respecto, que precisamente para garantizar esa protección, exige la previa declaración de impacto medioambiental favorable. De esta forma, en el conflicto de competencia declara títulos prevalentes las Bases del régimen energético (artículo 149.1.25 CE) y las Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 CE)<sup>23</sup>: El TC concluye que «Con carácter general cabe pues concluir que «corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético, y dentro de éste el subsector gasístico, mediante la aprobación de la legislación básica; y a las Comunidades Autónomas corresponden las competencias de desarrollo normativo y ejecutiva, respetando las bases establecidas por el Estado» (SSTC 135/2012 (La Ley 93179/2012), FJ 2 y 8/2013 (La Ley 1622/2013), FJ 3)<sup>24</sup>.

En las sentencias son claves las normas estatales dictadas en relación con el *fracking* (siendo un supuesto de inconstitucionalidad mediata, la legislación básica de contraste es la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la Garantía del Suministro e Incremento de la Competencia en los Sistemas Eléctricos Insulares y Peninsulares; que ha añadido un apartado 5 al artículo 9 de la Ley del Sector de Hidrocarburos y asimismo un párrafo e) al grupo 2 del Anexo I del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, de proyectos aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero) –STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 6–<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 3.º; STC 134/2014, de 22 de julio, FJ 2.º; STC 208/2014, de 15 de diciembre, FJ 2.º.

<sup>24</sup> STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 4.º; STC 208/2014, de 15 de diciembre, FJ 2.º.

<sup>25</sup> Para el TC «La fijación por el Estado de unos criterios uniformes en cuanto a las técnicas que pueden ser utilizadas en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos constituye una norma básica, con arreglo al artículo 149.1.13 y 25 CE; se trata de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas que supongan la inclusión o exclusión de determinadas técnicas habituales en la industria para la investigación y extracción de hidrocarburos. Por otra parte, el interés que lleva consigo el aprovechamiento de hidrocarburos no convencionales por su contribución al abastecimiento energético, muy especialmente en países de acusada y crónica dependencia energética, como es notoriamente el caso de España, justifica también el carácter básico de la autorización de la fractura hidráulica, por las posibilidades que ofrece esta técnica de mejorar la producti-

De esta forma, la prohibición absoluta e incondicionada de la técnica de la fractura hidráulica en todo el territorio de la Comunidad, *contradice de manera radical e insalvable la legislación básica estatal que autoriza la mencionada técnica y somete a evaluación ambiental las actividades extractivas que conlleven su empleo*, de modo que la Administración que resulte competente en cada caso para autorizar los proyectos que impliquen la utilización de la técnica de la fractura hidráulica, ya sea el Estado o la Comunidad Autónoma, deberá llevar a cabo de forma previa la correspondiente evaluación de impacto ambiental de cada proyecto, en la que habrá de hacerse efectivo el principio de precaución [STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 8.a)], de suerte que, se podrá denegar la autorización del proyecto que suponga el empleo de la técnica del *fracking* si el resultado de la evaluación de impacto ambiental del mismo es negativo. El TC concluye de forma tajante que “La prohibición de la técnica del *fracking* que establece el artículo 1 de la Ley autonómica impugnada vulnera la competencia estatal *ex* artículo 149.1.13 y 25 CE, al excluir la eficacia en el territorio de Cantabria de la legislación básica que se dicta al amparo de los referidos títulos competenciales”.

Para el TC, la disposición transitoria única, que determina que lo establecido en esta Ley será de aplicación a los permisos y cualquier otro título habilitante de la actividad prohibida por el artículo 1, tanto a los ya concedidos o en tramitación como a las solicitudes que se formulen a partir de su entrada en vigor, sin especificar si se limita a los permisos y títulos habilitantes expedidos por la Comunidad Autónoma o si se extiende a cualesquiera otros que hubiera podido expedir el Estado, “incurre en la misma extralimitación competencial que el precitado artículo 1 y resulta por ello inconstitucional y nula” [FJ 8.c)]. Las restantes previsiones de la Ley –suspensión, régimen sancionador y multas coercitivas– tienen un carácter instrumental de la prohibición del empleo de la técnica de la fractura hidráulica y carecen de operatividad una vez expulsado del ordenamiento jurídico el artículo 1 de la Ley 1/2013, deben ser también declarados inconstitucionales y nulos pues “es doctrina constitucional consolidada que las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas como exclusivas por sus respectivos Estatutos lo son sin perjuicio de las que corresponden al Estado en virtud del artículo 149.1 CE” [FJ 8.c)].

Tampoco amparan la prohibición del *fracking* las competencias urbanísticas: para el TC, las competencias exclusivas que el Estatuto de Autonomía de Cantabria atribuye a esta Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda (artículo 24.3 EACant), que son las invocadas por la Ley autonómica impugnada para considerar el empleo de la técnica del *fracking* como

---

vidad de las explotaciones de los yacimientos de gas no convencional”. STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 6.º; STC 208/2014, de 15 de diciembre, FJ 2.º.

infracción urbanística (artículo 3) y ordenar a las autoridades y funcionarios de la Administración autonómica y de las Entidades locales de Cantabria que adopten las medidas oportunas para la paralización de las actividades que se realicen contraviniendo la prohibición del *fracking*, así como para reponer la situación alterada a su estado originario (artículo 2), *en modo alguno pueden prevalecer sobre las normas que el Estado ha dictado autorizando el empleo de la fractura hidráulica*, en ejercicio legítimo de sus competencias exclusivas sobre bases de régimen minero y energético (artículo 149.1.25 CE) y sobre ordenación general de la economía (artículo 149.1.13 CE (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica)).

En definitiva, para el TC estamos ante una normativa autonómica que resulta incompatible con la legislación básica estatal sobrevenida, lo que determina la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013, en su integridad a partir de la entrada en vigor de la legislación básica (por todas, SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9, 1/2003, de 16 de enero, FJ 9; y 162/2009, de 29 de junio, FJ 8)<sup>26</sup>. Adicionalmente el Tribunal Constitucional considera que la prohibición del *fracking* vulnera el artículo 128.1 CE que de acuerdo con su doctrina “supone que no pueden substraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considera de interés general, aduciendo otras finalidades como la protección del medio ambiente. Se trata de nuevo de armonizar la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos. Ello supone que, si bien la imposición de una carga adicional para la protección del medio ambiente no es en sí contraria a la Constitución ni al Estatuto, sí lo es la prohibición con carácter general de las actividades extractivas [...] de mayor importancia económica. [...] Cuestión distinta es que puedan prohibir la actividad minera en casos concretos, siempre que no exista un interés prioritario, pero el carácter general con la excepción citada, que prevé [...] la Ley impugnada, debe tacharse de inconstitucional [...] por substraer a la riqueza nacional posibles recursos mineros” (STC 64/1982, FJ 6). Esta doctrina se reitera, entre otras, en la STC 170/1989, de 19 de octubre (La Ley 127417-NS/0000), FJ 7, y la STC 102/1995, de 26 de junio (La Ley 13115/1995), FJ 4. Lo que le lleva a declarar que la prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma (FJ 8.º)<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 8; STC 208/2014, de 15 de diciembre, FJ 2.º.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ DE GATTA considera acertada la posición pues “el TC reitera una consolidada doctrina sobre las innegables competencias del Estado en esta materia, pero también en relación con las actitudes prohibicionistas con ciertas actividades de algunas CC.AA. sin base constitucional alguna, y afirma la importancia del mercado interior en una materia tan importante como la energía (aunque la filosofía constitucional de esta Sentencia es posible aplicarla a muchas otras materias (La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica” (*fracking*) cit., p. 10). También valoran positivamente esta Sentencia GARRIDO

Consideramos que las normas impugnadas incurren en un defecto no desdeñable de técnica jurídica no detectado por el TC. El preámbulo de la Ley 1/2013, de 15 de abril, por la que se regula la Prohibición del *Fracking* en el Territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria, invoca el principio de precaución y los interrogantes sobre la salud y la protección del medio ambiente. Sin embargo, este principio de cautela o precaución significa afirmar el principio *in dubio pro natura* en caso de incertidumbre científica<sup>28</sup>. Para su despliegue suelen exigirse los siguientes requisitos: 1. Incertidumbre científica; 2. *Proporcionalidad* y no discriminación; 3. Gravedad y urgencia; 3. *Carácter transitorio*; 4. *Desarrollo ulterior de investigaciones destinadas a una evaluación más objetiva del riesgo*; y, 5. Comunicación al público<sup>29</sup>. El despliegue del principio puede llevar a la prohibición temporal de una actividad o a

---

DE LAS HERAS, & ANTÓN VEGA, *quienes creen que* “los títulos competenciales invocados por la Ley de Cantabria para prohibir el uso del fracking (urbanismo y ordenación del territorio, protección del medio natural y régimen energético y minero) no permiten justificar una medida de tal calado, que impide realizar esas actividades en ese territorio” y que “sin duda, el Estado ha sabido defender sus intereses y competencias, y su estrategia aprobando las modificaciones de la LSH y el TRLEIA a través de la Ley 17/2013 ha tenido éxito. En el caso en que el recurso de inconstitucionalidad se hubiese interpuesto sin antes haber aprobado tales modificaciones, el resultado podría haber sido otro muy distinto” (*El reparto de competencias en materia de hidrocarburos: la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de la técnica de... cit.*, p. 7). Por el contrario, SANTAMARÍA ARINAS, que destaca la rapidez insólita del TC al resolver el recurso frente a las medias de 9-19 años, cree que la prohibición del *fracking* no pretende sustraer ningún recurso a la “riqueza” del país de forma irreversible. Lo que se prohíbe es el empleo de una determinada técnica para su aprovechamiento. Si realmente existen, los recursos seguirán estando ahí hasta que puedan aprovecharse, de ser necesario, en condiciones más favorables. De este modo, podría decirse que se incentiva la investigación científica y la innovación tecnológica. Pero, sobre todo, se integra en la reflexión el factor temporal que viene impuesto por el paradigma de la sostenibilidad para un desarrollo duradero o durable. SANTAMARÍA ARINAS cree que la STC de 24 de junio de 2014 ha tapado el debate verdaderamente importante que es el relativo a la sostenibilidad, en su triple dimensión ambiental, social y económica, del *fracking* (*Las claves jurídicas del debate sobre el fracking, cit.*, pp. 20, 24, 35-36. Discrepamos con nuestro buen amigo que solo sea la prohibición de una técnica, *pues es la única posible para la explotación del recurso*; y, desde luego, no es territorialmente limitada ni sobre un recurso ajeno al interés general protegido en el artículo 128 CE, dada nuestra dependencia energética del 99% en materia de hidrocarburos.

<sup>28</sup> Como dice SADELEER, este principio se inscribe dentro de una perspectiva dinámica y no estática. Las decisiones tomadas a su amparo deben ser consideradas revisables (debe poder prohibirse lo que se ha considerado autorizable o viceversa en función de la evolución de la información: “las decisiones de naturaleza irreversible están en las antípodas del principio de precaución” (“Le principe de précaution: du slogan à la règle de Droit”, *Droit de l’environnement*, núm. 77, avril 2000, p. 15). Aplicando esta última opción expresamente, CE de 22 de enero de 1999 (insecticida Gaucho) –la autorización sobre comercialización de un pesticida nunca es definitiva– ROMI, *Droit de la santé, droit de l’environnement: intégrations croisées*, en VV.AA., “Les principes généraux du Droit de l’environnement”, *Droit de l’environnement*, núm. 90 (numéro spécial), août 2001, p. 148. Sobre el principio de precaución véase, en especial, VV.AA., “Le principe de précaution”, número especial 2000 de la *Revue Juridique de l’environnement*.

<sup>29</sup> Véanse KROMAREK, “Le principe de précaution vu par l’industrie” en VV.AA., “Les principes généraux du Droit de l’environnement”, *Droit de l’environnement*, núm. 90 (numéro spécial), août 2001, pp. 189-191; ICARD, “L’articulation de l’ordre communautaire et des ordres nationaux dans l’application du principe de précaution”, en VV.AA., “Le principe de précaution”, número especial 2000 de la *Revue Juridique de l’environnement*, pp. 38-40.

la adopción de medidas efectivas y proporcionadas destinadas a prevenir un riesgo de daño al ambiente<sup>30</sup>. Por eso no creemos que para una prohibición absoluta *sine die* pueda invocarse el principio de precaución o cautela. El TC también se equivoca cuando dice que la EIA responde al principio de cautela –STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 8.º–: *Es obviamente el de prevención*.

Dada la imitación del modelo cántabro, riojano y Navarro lo previsible es que con idéntica argumentación sean declaradas inconstitucionales la ley Catalana. Obviamente la misma antijuridicidad debe predicarse de actos, acuerdos y Ordenanzas locales que prohíban el fracking<sup>31</sup>. En Estados Unidos, los tribunales en dos casos *Cooperstown Holstein Corp. v. Town of Middlefield*, 943 N.Y.S.2d 722, 724 (N.Y. Sup. Ct. 2012); *Anschutz Exploration Corp. v. Town of Dryden*, 940 N.Y.S.2d 458, 460 (N.Y. Sup. Ct. 2012), han respaldado la validez de *zoning ordinances* que prohíben el fracking<sup>32</sup>. Si bien parece que las autoridades locales en norteamérica, sin embargo, no cuentan actualmente con la autoridad reguladora, la capacidad, o la información necesaria para cerrar la brecha reguladora: “Actualmente las ciudades no tienen la autoridad reguladora para adoptar normas urbanas de calidad del aire para los contaminantes peligrosos del aire o de exigir compensaciones antes de permitir que fuentes adicionales se implanten en las zonas donde la calidad del aire ya están en el límite de esas normas”<sup>33</sup>. Si no tienen esta capacidad, no parece que puedan tener la capacidad mayor de prohibición. De hecho, algunos Estados de la Unión como Luisiana o *New York* han prohibido estableciendo una *express preemption* a cualquier agencia o subdivisión política del Estado –y aquí entran de pleno las autoridades locales– prohibir actividades de perforación autorizadas por el Estado<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> T. A. Amiens, 30 de junio de 1999, Cne de Noyon. Vid. apud. FERRU & CANS, “Les méandres du principe de précaution rectifiés par le juge administratif” en VV.AA., “Les principes généraux du Droit de l’environnement”, *Droit de l’environnement*, núm. 90 (numéro spécial), août 2001, p. 187.

<sup>31</sup> Al respecto, BOQUERA MATARREDONDA, “¿Puede el Fracking ser materia de acuerdo local?”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 33, octubre 2013, pp. 175-180. La STS de 19 de noviembre de 2014, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), RJ 2014/6194 ha declarado que los municipios no pueden celebrar consultas ciudadanas sobre el uso del ‘fracking’ para la extracción de hidrocarburos del subsuelo, al considerar que la regulación de esta técnica es una competencia estatal que escapa del ámbito de actuación de los ayuntamientos. El alto tribunal se ha pronunciado de esta forma a través de una sentencia que desestima un recurso contencioso-administrativo del Ayuntamiento de Kuartango (Álava) contra un acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el 30 de agosto de 2013, por el que se rechazó la autorización solicitada por el Ayuntamiento de Kuartango para celebrar una consulta sobre el uso del ‘fracking’ o fracturación hidráulica dentro de los límites territoriales del municipio.

<sup>32</sup> HOOKER, “Zoning out fracking: zoning authority under new york state’s oil, gas and solution mining law”, *Fordham Urban Law Journal*, December 2012, núm. 40, pp. 881-882.

<sup>33</sup> RAWLINS, “Planning for fracking on the barnett shale: urban air pollution, improving health based regulation, and the role of local governments”, *Virginia Environmental Law Journal*, núm. 31, 2013, pp. 229 y 302.

<sup>34</sup> HALL, *When do State oil and Gas Mining statutes preempt Local Regulations*, “Natural Resources and Environment”, vol. 27, number 3, Winter 2013, p. 13. HALL destaca dos ideas fuerzas comúnmente aceptadas:

### 3. *Status quaestionis* del fracking en la legislación ambiental estatal y de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Dadas las divergencias entre los Estados miembros, de momento no existen actos obligatorios ni legislación vinculante. La única referencia es la Recomendación 2014/70/UE de la Comisión, de 22 de enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen<sup>35</sup>.

La Recomendación 2014/70/UE pone el acento en los puntos neurálgicos de regulación y control del *fracking*:

3.1 y 11. EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA (EAE) Y EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA) para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos para la salud humana y el medio ambiente. Esa evaluación debe realizarse sobre la base de los requisitos de la Directiva 2001/42/CE y requisitos de la Directiva 2011/92/UE: énfasis en la vigilancia posterior – los operadores deben realizar un seguimiento periódico de la instalación, de la superficie circundante y del subsuelo que puedan verse afectados–.

Como veremos, de momento, sólo se ha establecido la obligación de sometimiento a EIA, pero no a EAE –obviamente sin perjuicio de su encaje en cláusulas de sujeción ya existentes, como, por ejemplo, lo sería la afección a espacios de la Red Natura 2000–. El resto de medidas previstas en la Recomendación 2014/70/UE *se relega a lo que pueda determinarse en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental*.

3.2. ZONAS DE EXCLUSIÓN normas claras sobre posibles restricciones de actividad, por ejemplo en zonas protegidas o expuestas a inundaciones o a sismos, *así como sobre las distancias mínimas entre las operaciones autorizadas y las zonas residenciales y las zonas de protección de las aguas*. Asimismo, deben establecer limitaciones en relación con la profundidad mínima entre la superficie que va a fracturarse y las aguas subterráneas.

---

los tribunales han declarado que los gobiernos locales no pueden inmunitar una ordenanza a través de su mera caracterización como *zoning ordinance* y la idea de los gobiernos locales sólo poseen la autoridad que se les ha delegado expresamente. Es fácil observar las similitudes en nuestros sistemas pues esas mismas ideas fuerza son las que han servido a nuestros tribunales para anular ordenanzas locales en materia de telefonía móvil. También revela que la escusa urbanística para interferir poderes legislativos es supranacional.

<sup>35</sup> DOUEL de 8 de febrero de 2014, La Ley 1382/2014. Para el análisis de los informes y Resoluciones previos producidos en el ámbito del Parlamento Europeo, Comisión, véase FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, "Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica", *Diario La Ley*, núm. 8336, Sección Doctrina, 19 de junio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, pp. 5-6.

5. SELECCIÓN DEL EMPLAZAMIENTO DE EXPLORACIÓN Y PRODUCCIÓN: Evaluación de los riesgos deben tomar las medidas necesarias **para garantizar la idoneidad de la formación geológica de un emplazamiento** para la exploración y producción de hidrocarburos utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen. **Deben velar por que los operadores realicen una caracterización y una evaluación de riesgos del emplazamiento potencial, de la superficie circundante y del subsuelo.** Esta evaluación de riesgos debe basarse en datos suficientes que permitan caracterizar la superficie potencial donde van a realizarse la exploración y la producción e identificar todas las posibles vías de exposición. De ese modo podrán evaluarse el **riesgo de fugas o migraciones de fluidos de perforación, fluidos de fracturación hidráulica, material en estado natural, hidrocarburos y gases desde el pozo o la formación objetivo, así como el riesgo de sismicidad inducida.** Un emplazamiento solo debe seleccionarse si la evaluación de riesgos realizada conforme a los puntos 5.1, 5.2 y 5.3 demuestra que la fracturación hidráulica de alto volumen no va a provocar un vertido directo de contaminantes a las aguas subterráneas ni va a causar daños a otras actividades que se realicen en las proximidades de la instalación.

6, 7 y 8. INVENTARIO AMBIENTAL Y PREVENCIÓN. se recomienda que se realice un informe sobre la situación de referencia (en relación con el estado medioambiental), que sirva de comparación en el seguimiento posterior o en caso de incidente; que la instalación esté construida de manera que impida las posibles fugas a la superficie y los derrames; y, que los operadores apliquen un planteamiento integrado al desarrollo de una zona de producción para prevenir y reducir los impactos y riesgos sanitarios y ambientales, y que, antes de comenzar la producción, se hayan establecido las condiciones adecuadas para el mantenimiento de la instalación.

9, 10, 11 y 15. B.A.T. –MEJOR TECNOLOGÍA DISPONIBLE–, REQUISITOS EN MATERIA DE SEGUIMIENTO Y MINIMIZACIÓN SUSTANCIAS QUÍMICAS obligación de utilización de las mejores técnicas disponibles, así como las buenas prácticas de la industria para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos; se recomienda que se minimice el uso de sustancias químicas en la fracturación, y que no sean peligrosas, *y se informe a la población sobre la composición del fluido utilizado.*

12 y 14. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD Y CONTROL EX POST. Se postula la aplicación de la legislación de responsabilidad y que el operador preste la correspondiente garantía financiera o equivalente que cubra las posibles responsabilidades potenciales por daños ambientales; se realice un estudio tras la clausura de cada instalación para comparar el estado ambiental del emplazamiento de la instalación, la superficie circundante y el subsuelo con el del inicio de las operaciones, descrito en el estudio de referencia.

Como hemos visto ya, el apartado 5 del artículo 9 LSH, añadido por la disposición final segunda de la Ley 17/2013, de 29 de octubre, establece que en el desarrollo de los trabajos de exploración, investigación y explotación de hidrocarburos “podrán aplicarse métodos geofísicos y geoquímicos de prospección, perforación de sondeos verticales o desviados con eventual aplicación de técnicas habituales en la industria, entre ellas, la fracturación hidráulica, la estimulación de pozo así como técnicas de recuperación secundaria y aquéllos otros métodos aéreos, marinos o terrestres que resulten necesarios para su objeto”. De la recomendación, como hemos dicho, tan sólo se ha “transpuesto” la obligatoriedad de EIA. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, somete a EIA ordinaria el *fracking* en los siguientes términos:

## ANEXO I

Proyectos sometidos a la evaluación ambiental ordinaria regulada en el Título II, Capítulo II, Sección

1.ª Grupo 2. Industria extractiva.

d) Los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO<sup>2</sup>, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que **requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica.**

No se incluyen en este apartado las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica.

En todos los apartados de este grupo se incluyen las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos.

La exposición de motivos de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, destaca la novedad de que “se han incorporado nuevas tipologías de proyectos para evaluar el uso de nuevas técnicas, como la fractura hidráulica”.

En nuestra Comunidad Autónoma, el Decreto-Ley 5/2014, de 22 de abril, de Medidas Normativas para Reducir las Trabas Administrativas para las Empresas<sup>36</sup>, en su artículo 7 “Modificación de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental (LGICA)”, somete a AAU (Autorización Ambiental Unificada), al dar una nueva redacción y sustituir el Anexo I de la LGICA por el Anexo III Categorías de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental en su apartado 1.8, que queda redactado en los siguientes términos:

#### Apartado 1.8

Proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO<sub>2</sub>, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica (3).

En todos los apartados de este grupo se incluyen las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos.

Más recientemente el Real Decreto 594/2014, de 11 de julio, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Segura<sup>37</sup>, en su artículo 60 “*Protección del Dominio Público Hidráulico*”, apartado 5, determina que “A los efectos de garantizar la compatibilidad ambiental de los proyectos o actuaciones que pudieran afectar al dominio público hidráulico, en los supuestos en los que la Confederación sea el órgano sustantivo se observará lo previsto en el artículo 98 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, en el resto de casos, emitirá el informe requerido por el artículo 37 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre (La Ley 19745/2013), de Evaluación Ambiental, en particular se deberá examinar las potenciales afecciones a los acuíferos para los permisos de investigación y potenciales concesiones posteriores con utilización de la tecnología de «fracking»”.

Además debe destacarse la Resolución de 19 de enero de 2010, de la Dirección General de Industria, por la que se publica la relación de normas europeas que han sido ratificadas durante el mes de diciembre de 2009 como normas españolas<sup>38</sup>. Ésta

---

<sup>36</sup> BOJA de 30 de abril de 2014, La Ley 6587/2014.

<sup>37</sup> BOE de 12 de julio de 2014, La Ley 11223/2014.

<sup>38</sup> BOE de 8 de febrero de 2010; La Ley 1184/2010. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11.º, apartado f), del Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre (La Ley 496/1996) (BOE de 6 de febrero de 1996), y vistas las normas elabora-

incluye la *EN ISO 13503-2: 2006/A1:2009* Industrias del petróleo y del gas natural. Fluidos de terminación y materiales. Parte 2: Medición de las propiedades de los agentes de sostén utilizados en operaciones de fracturación hidráulica y de llenado con grava. Modificación 1: Adición del Anexo B: Especificación de los agentes de sostén (ISO 13503-2:2006/Amd 1:2009); *EN ISO 13500: 2008/AC:2009* industrias del petróleo y del gas natural. Fluidos de perforación. Especificaciones y ensayos (ISO 13500:2008/Cor 1:2009); y la *EN ISO 17078-2: 2007/AC:2009* Industrias del petróleo y del gas natural. Equipos de perforación y producción. Parte 2: Dispositivos de control del flujo de los mandriles en la cavidad lateral. (ISO 17078-2:2007/Cor 1:2009).

### **III. PERSPECTIVAS: RECOGIENDO EL GUANTE VERDE ARROJADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Desde un punto de vista jurídico, el Tribunal Constitucional marca el escenario de lo posible, en tanto la legislación estatal no sea modificada. El debate de la posibilidad de prohibir el *fracking* mediante una ley autonómica ha sido cerrado por el momento. El TC considera que la prohibición impuesta por las leyes impugnadas no puede considerarse como una norma adicional de protección en materia medioambiental, conforme a la doctrina constitucional al respecto (por todas, SSTC 170/1989, FJ 2; 102/1995, FFJJ 8 y 9; 33/2005, FJ 6; y 69/2013, FJ 1). Creemos, no obstante, que el Tribunal Constitucional está haciendo una invitación al legislador autonómico al ejercicio de sus propias competencias que son las medidas adicionales de protección en materia de medio ambiente conforme al artículo 149.1.23 CE.

De acuerdo con la consolidada doctrina sobre la delimitación del alcance funcional de la competencia estatal ex artículo 149.1.23 CE, es claro que lo básico, como propio de la competencia estatal en la materia de medio ambiente, de carácter transversal, cumple una función de ordenación mediante mínimos; habrían de respetarse en todo caso, *pero que deben permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos* (SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 102/1995, de 26 de junio, FFJJ 8 y 9; 33/2005, de 17 de febrero, FJ 6; y 69/2013, de 14 de marzo, FJ 1, por todas). (STC 106/2014, de 24 de junio, FJ 6), pero

---

das por los Organismos Europeos de Normalización CEN, CENELEC, ETSI y cuya transposición nacional corresponde a la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), entidad designada por Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de febrero de 1986, de acuerdo con el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto (La Ley 2050/1985), y reconocida a estos efectos por la disposición adicional primera del citado Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre (La Ley 496/1996).

al propio tiempo el TC afirma que “De la doctrina constitucional *se infiere sin dificultad que, con la finalidad de protección del medio ambiente, la Comunidad Autónoma puede imponer requisitos y cargas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones no previstos por la legislación estatal, pero sin alterar el ordenamiento básico en materia de régimen minero y energético*”. Éste es pues el camino jurídicamente posible. Lo ideal es que esta regulación fuera “federal”<sup>39</sup>: pero no será la primera vez que la acción de una Comunidad Autónoma hace avanzar el Derecho ambiental estatal –precisamente, es ejemplo de esto la regulación de Cataluña sobre restauración de espacios afectados por actividades extractivas primero impugnada por el Estado y luego adoptada como norma básica estatal–.

Creemos que hubiera sido preferible la fijación de una moratoria sobre el *fracking* de 2-4 años (Moreu Carbonell, Galán Vioque), pero eso sólo podría establecerlo el Estado. Realmente no sólo es un tema de incertidumbre. *La cuestión central es si estamos preparados para el control de una actividad tan potencialmente peligrosa para el medio ambiente*. Si debe realizarse esta actividad debe serlo con todas las garantías, y ello requiere medios específicos humanos y materiales dedicados a la inspección y control de las empresas que realicen la explotación de los hidrocarburos no convencionales: ¿dónde están estos equipos humanos y materiales?, ¿dónde están las dotaciones presupuestarias dirigidas a este fin?, ¿tenemos experiencia y verdadera capacidad de vigilancia, inspección y control ya sea a través de medios públicos o de entidades colaboradoras de la Administración<sup>40</sup>? Ese despliegue de esta infraes-

<sup>39</sup> En la legislación de los estados Texas es considerada como la menos preocupada con el medio ambiente en comparación con otros estados como Nueva York, *Pennsylvania* y *Wyoming* estados que se consideran a la vanguardia del movimiento *fracking*. En este sentido de propugnar un regulación federal, aun renegando una de regulación “talla única” igual para todos, GHOSHRAY, “Charting the future trajectory for *fracking* regulation: from environmental democracy to cooperative federalism”, *Thurgood Marshall Law Review*, núm. 38, Spring 2013, pp. 224, 236-237. Decididamente partidario de una regulación federal, ESPOSITO, *Water Issues Set the Pace for *Fracking* Regulations and Global Shale Gas Extraction*, *cit.*, pp. 187 y 190. ESPOSITO cree que con el fin de garantizar la protección de las reservas de agua de los Estados Unidos, el gobierno federal debe crear normas de cemento de revestimiento que se apliquen en todos los Estados. Dichas normas se traducirían en una menor contaminación del agua en los Estados Unidos, así como servir de ejemplo para las naciones que aún están en la etapa de exploración de la extracción de gas de esquisto.

<sup>40</sup> Destacamos la siguiente recomendación realizada por el Informe del Instituto Geológico y Minero de España, enero 2014, “Recomendaciones ambientales en relación con las medidas preventivas y correctoras a considerar en proyectos relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos mediante técnicas de fractura hidráulica” que propugna el Establecimiento de una red de control y vigilancia de salvaguarda hidrogeológica, definida por un círculo comprendido entre 5 y 10 km de radio, con centro en el pozo de fracturación, donde se muestrearán todos los niveles permeables con posibilidad de sufrir una afección procedente del pozo o relacionada con este proceso. Dicha red de control detectará, mediante análisis periódicos, la presencia de lodos de perforación, fluidos de estimulación, agua de formación, metano o cualquier elemento que no forme parte de los que constituyen la “línea de base”, tanto de las aguas subterráneas como de las aguas superficiales. El periodo de toma de muestras se establecerá en función de la permeabilidad y del tiempo de permanencia del agua en los acuíferos. En este sentido, RAWLINS, valorando la experiencia norteamericana concluye: “un examen detallado de las disposiciones reguladoras federales y estatales relacionados con la información

estructura técnica y humana de vigilancia, inspección y control debe ser anterior al inicio de la explotación y desarrollo de la industria de la fracturación hidráulica, o como mínimo, simultánea.

En tanto que la legislación estatal no se despliegue estableciendo normas claras del control ambiental de la actividad, el camino que debe seguirse es la regulación efectiva del *fracking* no relegando a la declaración de impacto ambiental la fijación de condiciones ambientales. Debiera ser el Estado quien estableciera el mínimo común uniforme *ex* artículo 149.1.23 CE. El modelo actual de sometimiento a EIA es un modelo desregulado que deja todo en manos de las decisiones singulares proyecto a proyecto de la administración ambiental de prevención (sin la visión macro EAE). Creemos preferible el establecimiento de medidas adicionales de protección que contemplen y regulen expresamente imperativamente los siguientes aspectos:

- 1) Aspectos fiscales de *fracking* –impuestos medioambientales–. El *fracking* debe revertir directamente sobre las zonas de producción mejorando las condiciones sociales y ambientales de la población. Habrá que tener en cuenta las figuras tributarias en proceso de tramitación para no incurrir en doble imposición. El Ministerio de Hacienda está perfilando la creación de un nuevo impuesto de hidrocarburos que grave la posible producción de petróleo y gas en España, El Ministerio ve “razonable” el tipo del 8% propuesto por Industria el pasado verano, según la información de EL MUNDO que “faltan por cerrar algunos aspectos técnicos de carácter tributario”. La propuesta normativa que regulará el nuevo impuesto “avanza favorablemente” y verá la luz “pronto”. El borrador remitido por Industria contemplaba una figura tributaria muy parecida a la existente en otros países del entorno europeo, como Italia. **El 60% de la recaudación iría a parar a las corporaciones locales y el 40% al Estado**, aunque en el Gobierno insisten en que este punto no está cerrado<sup>41</sup>.
- 2) Determinación de estándares de calidad del aire específico para la fracturación hidráulica.
- 3) Establecimiento de la obligatoriedad de la Evaluación Ambiental Estratégica. Realización de un informe hidrogeológico integral, en el que se especifiquen y valoren las posibles afecciones a acuíferos superficiales y profundos, y cursos

---

química, la vigilancia, la divulgación, seguimiento y limpieza revelan un problema fundamental: los datos de monitoreo de la calidad de aguas subterráneas y superficiales son escasos. Sin datos y análisis adecuados, no podemos evaluar enteramente el impacto de las operaciones de la industria del gas” (“Planning for fracking on the barnett shale: soil and water contamination concerns, and the role of local government”, *Environmental Law Winter*, 2014, núm. 44, p. 194).

<sup>41</sup> <http://www.elmundo.es/economia/2014/10/29/544ff54522601d53028b4599.html>.

superficiales de agua, que puedan estar conectados hidráulicamente con la zona a fracturar<sup>42</sup> e imposición de la obligación de estudios sismográficos. Obligación de establecimiento red de sensores cercanos a la superficie o una red de sensores en sondeos. El Estado debiera establecer cláusulas de exoneración de responsabilidad administrativa para supuestos de fallas desconocidas para evitar la repetición del Castor.

- 4) Determinación de zonas de exclusión: siguiendo la Recomendación 2014/70/UE de la Comisión, de 22 de enero de 2014, ZONAS DE EXCLUSIÓN se deben establecer normas claras sobre restricciones de actividad en zonas protegidas o expuestas a inundaciones o a seísmos, así como sobre las distancias mínimas entre las operaciones autorizadas y las zonas residenciales y las zonas de protección de las aguas. Asimismo, deben establecer limitaciones en relación con la profundidad mínima entre la superficie que va a fracturarse y las aguas subterráneas. Debe recordarse que conforme a la jurisprudencia constitucional sí serían admisibles prohibiciones de carácter concreto. Para el Tribunal Constitucional son admisibles prohibiciones de carácter concreto, “siempre que no exista un interés prioritario” (FJ 6 STC 64/1982). La STC 170/1989, de 19 de octubre, ha vuelto a plantearse la constitucionalidad de estas prohibiciones, al examinar la constitucionalidad del artículo 14.2.c) de la Ley del Parlamento de la Comunidad Autónoma de Madrid, Ley 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, que prohibía con carácter general las actividades extractivas en las zonas de reserva natural, tanto integral como educativa. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no consideró contrario a la Constitución dicha prohibición y descartó que la doctrina establecida por la STC 64/1982 llevase “a la necesidad de declarar inconstitucional el precepto”<sup>43</sup>.
- 5) Regulación de la publicidad de los aditivos utilizados en el *fracking* y prohibición de alteradores endocrinos sin perjuicio de la obligación previa del promotor de incluir encada uno de los aditivos expresados mediante marca comercial, así como en el resto: el nombre químico, acrónimos (si lo hubiera), sinónimos, u

<sup>42</sup> Sugerencia que tomamos literalmente del Informe del Instituto Geológico y Minero de España, enero 2014, “Recomendaciones ambientales en relación con las medidas preventivas y correctoras a considerar en proyectos relacionados con la exploración y explotación de hidrocarburos mediante técnicas de fractura hidráulica”.

<sup>43</sup> La argumentación del Tribunal Constitucional fue la siguiente: “En el presente caso se trata de una prohibición limitada a unos **terrenos muy concretos** (los mencionados en los artículos 15.1 y 16.1 de la Ley impugnada) y destinada fundamentalmente a actividades extractivas enmarcables en las secciones A y B, «actividades extractivas, y de cantería, areneros, graveros, y similares». Al mismo tiempo, aún cuando la Ley impugnada no haga referencia expresa, a diferencia de la Ley Catalana, a la existencia de un interés público prioritario, el mismo ya resulta implícito también en la propia referencia contenida en la Ley estatal 4/1989, cuyo artículo 13.2 prevé la prohibición del aprovechamiento de los recursos naturales incompatibles con las finalidades que hayan justificado la creación del Parque” (FJ 7, STC 170/1989).

otros nombres recibidos por el producto, y fichas de seguridad de acuerdo con el Reglamento (CE) 1907/2006, del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 (REACH); se trataría de extender las obligaciones previstas en el Reglamento (CE) 1907/2006 a los operadores de fracturación hidráulica y la publicidad de los datos<sup>44</sup>. Debe requerirse la elaboración de informes destinados a una base de datos públicamente accesible de la presencia de productos químicos tóxicos y la cantidad utilizada en cada sitio, todos los métodos de tratamiento y eliminación de residuos, la eficacia de estos métodos, y la cantidad de los aditivos químicos tóxicos que son introducidos en el medio ambiente<sup>45</sup>. La experiencia normativa de los diferentes Estados en USA debe ser inspiradora de estas medidas adicionales de protección. Existen importantes iniciativas en este sentido, algunas fracasadas como la de Arkansas –imponiendo la obligación de revelar las sustancias químicas empleadas y el agua usada en cada operación–<sup>46</sup> y otras veces aprobadas.

- 6) Regulación de las condiciones de vertidos y tratamiento de los fluidos que regurgiten las actividades de *fracking* o fluidos de retorno. Siguiendo recomendación realizada por el Informe del Instituto Geológico y Minero de España, enero 2014, “Recomendaciones ambientales en relación con las medidas preventivas y correctoras a considerar en proyectos relacionados con la exploración y explotación de

---

<sup>44</sup> En Indiana se ha aprobado regulación requiriendo a todos los productores que usan la técnica de la fractura hidráulica información detallada sobre los tipos y volúmenes de fluidos y aditivos usados (Title 312 IAC Natural resources LSA doc#12-292 Emergency Rule. En febrero de 2012 las *Texas RailRoad Commission Rules* fueron enmendadas para requerir la difusión de los nombres de los productos y químicos empleados en el *fracking* y su número de código legal –Chemical Abstract Registry numbers– pero respetando secreto comercial al menos que el Fiscal General o un Tribunal determinen que la información no está bajo secreto industrial o comercial. Otros Estados han regulado la obligación de difusión como Oklahoma, Virginia, Wyoming (BLIGH & WENDELBO, *Hydraulic fracturing: drilling into the issue*, cit., p. 8-11).

<sup>45</sup> En Estados Unidos, según la información recabada por LEITER, organismos privados están desarrollando una labor en esta área que estimula políticas públicas. Por ejemplo, la industria ha desarrollado la entidad privada, *FracFocus* en colaboración con el Consejo de Protección del Agua Subterránea (GWPC o *Ground Water Protection Council*) y la Comisión Interestatal del Gas y Petróleo (IOGCC o *Interstate Oil and Gas Compact Commission*), que proporciona una plataforma web para las empresas para revelar información voluntariamente sobre sus prácticas de perforación. Según un observador de la industria, a partir de octubre de 2013, doce estados habían adoptado la página web como plataforma para la voluntaria (o, en algunos casos, obligatoria) en las normas de divulgación de fracturación hidráulica, y siete estados demás estaban en el proceso de hacerlo. LEITER aduce esto como ejemplo de que los esfuerzos de gobernanza privada pueden ejercer influencia sobre el desarrollo de las políticas públicas (“Fracking as a federalism case study”, *University of Colorado Law Review*, núm. 85. Fall, 2014, pp. 1.128-1.129). Dando cuenta de la obligación de difusión a través de *Fracfocus*, véase BLIGH & WENDELBO, *Hydraulic fracturing: drilling into the issue*, cit., p. 11. Estas muestras de “gobernanza privada” pueden verse también como el intento de adaptarse a lo inevitable. La regulación debiera ser obligatoria y “federal”, y en caso de inacción “estatal” (autonómica en nuestro caso). Hay Estados que ya han adoptado la obligación de revelar las sustancias y aditivos empleados.

<sup>46</sup> *Arkansas House Bill 1396* requería a los operadores revelar las sustancias empleadas y el agua utilizada por cada operación: la norma no fue aprobada. <https://legiscan.com/AR/bill/HB1396/2013>.

hidrocarburos mediante técnicas de fractura hidráulica” debe exigirse el establecimiento de una red de control y vigilancia de salvaguarda hidrogeológica, definida por un círculo comprendido entre 5 y 10 km de radio, con centro en el pozo de fracturación, donde se muestrearán todos los niveles permeables con posibilidad de sufrir una afección procedente del pozo o relacionada con este proceso. Debe establecerse la obligación de los operadores de realizar un seguimiento periódico de la instalación, de la superficie circundante y del subsuelo que puedan verse afectados. Debe considerarse la utilización de trazadores químicos no radiactivos para el control y seguimiento de la contaminación hídrica. Igualmente, respecto de la contaminación atmosférica, monitoreo de emisiones *in situ*, la información periódica, y el equipo de control de contaminación destinado a asegurar el cumplimiento de la regulación y las condiciones ambientales de la autorización.

- 7) Regulación técnica de las carcacas de cemento de los pozos: tema especialmente crítico al que se imputan los fallos producidos (el 1% según la industria, hasta el 15% según el *Environmental Defense Fund*<sup>47</sup>. Texas ha promulgado reglas que especifican exactamente donde el revestimiento del pozo deben erigirse, los materiales a utilizar, y cómo se cementa la carcaca y hacen pruebas de presión<sup>48</sup>.
- 8) Establecimiento de un régimen sancionador y de daños punitivos específico. Más allá de la clásica incautación de los beneficios obtenidos por la infracción, en fracturación hidráulica deben contemplarse sanciones ejemplares cifrables en millones de euros más allá de la preceptiva incautación del beneficio ilícitamente obtenido. La tolerancia debe ser cero con las empresas irresponsables. Esto último debiera ser acompañado por la modificación del Código Penal que no está manos de las Comunidades Autónomas. Resulta difícil pensar no sean calificados como delito ecológico incidentes relacionados con la industria del *fracking*.

La legislación más avanzada de los Estados de la Unión muestra que ésta es la dirección correcta tanto en las iniciativas aprobadas como en las fracasadas. Durante 2014, según la información rescatable a través de las bases de datos de la *National Conference of States Legislatures*<sup>49</sup>, se han aprobado las siguientes normas:

- Act No. CT S 237 14-200 de *Conneticut* por la que se prohíbe el almacenamiento o eliminación de residuos fracking en el Estado, prohíbe el almacenamiento o disposición en este estado de los materiales producidos como un subproducto de las actividades fracking, requiere que el Comisionado de Energía y Protección

---

<sup>47</sup> ESPOSITO, *Water Issues Set the Pace for Fracking Regulations and Global Shale Gas Extraction*, cit. p. 186.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> <http://www.ncsl.org/>.

Ambiental para hacer cumplir estas disposiciones y adoptar reglamentos, y establecerá un cronograma de las sanciones por violaciones.

Están pendientes de aprobación:

- NY S 3262014 de New York, que requiere un estudio de impacto sísmológico relacionado con la fractura hidráulica.
- NY A 2908 2014 de New York, por la que se prohíbe el uso de soluciones fracking tóxicos durante el fracturamiento hidráulico.
- NV BDR 438 2014 de Nevada, que revisa las disposiciones que regulan fracking para restringir fracking, requieren regulación de fracking únicamente por la División de Protección del Medio Ambiente, y hacer otros cambios.

Entre las que han fallado destacan –es fácil ver la larga mano de lobby industrial–:

- WV H 2066 2014 de *West Virginia*, que requería la publicación de las hojas de datos de material de seguridad y la documentación de los componentes del fluido de fracturamiento hidráulico.
- MA HD 652 2014 y 2015 de *Massachusetts*, relativa a las aguas residuales producidas en la fracturación hidráulica.
- MI S 1034 2014, 2015 y MI H 57742014, de Michigan que prohíben eliminación de los residuos radiactivos fracking en los vertederos.

El título del presente trabajo además de una malvada ironía sugiere que nos encontramos ante un dilema y a la vista de lo ya expuesto creo que debe clarificarse cuál es éste. Una sociedad con cinco millones de parados es una sociedad fallida en un Estado fallido. Tenemos la tormenta perfecta: un alto nivel de desempleo, un alto nivel de precariedad laboral y bajos salarios –*Price Water House Cooper* acaba de fijar 2030!!!! como la fecha en la que recuperaremos las tasas de empleo previas a la crisis–. Dos generaciones sin futuro. Jóvenes sin esperanza de inserción en el mercado laboral muchas veces con sobretitulación; mayores de 50 sin expectativa. ¿Quién va a contratar a un mayor de cincuenta en esta economía ciega ante las personas? Un Estado con cinco millones de parados es un Estado fallido. *Pero ello no justifica abatir los controles ambientales y sacrificar el medio ambiente.*

Es obvio que necesitamos de manera urgente revertir el desempleo y la situación de injusticia y abismo social al que avoca. Ante las circunstancias jurídicas y fácticas descritas, soy por ello partidario de esta industria sometida a férreos controles

ambientales y regulando zonas de exclusión. Esto dista mucho de cantar “*fracking USA*”, porque es cambiar totalmente la letra de canción. Quien sea partidario de su veto –obviamente en la legislación básica estatal pues como dice la STC 106/2014, de 24 de junio (FJ 8), la prohibición absoluta e incondicionada de una determinada técnica de investigación y explotación de hidrocarburos no puede decidirse por una Comunidad Autónoma–, debe proponer al propio tiempo las actividades alternativas que generen idéntico nivel empleo y seguridad energética. Porque los discursos de salón no reducen la lacra que el paro supone para nuestra sociedad ni otras posibles amenazas que se atisban en el horizonte que pueden comprometer la independencia energética de España –o lo que es lo mismo, la independencia de nuestra Nación–.

## **BREVE ESTUDIO DE PRINCIPALES ASPECTOS DE LA EFICIENCIA ENERGÉTICA**

**Luisa Wic Galván**

*Letrada de la Junta de Andalucía*

SUMARIO: I. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA: CONCEPTO. II. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA: VENTAJAS. III. EFICIENCIA ENERGÉTICA: TRANSVERSALIDAD. IV. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA Y EL TRANSPORTE. V. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA E INDUSTRIA. LAS AUDITORIAS ENERGÉTICAS, LOS SISTEMAS DE GESTIÓN Y LOS CERTIFICADOS ENERGÉTICOS. VI. LA EFICIENCIA Y LA EDIFICACIÓN. VII. LA EFICIENCIA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. VIII. CONCLUSIONES.

Las medidas de eficiencia energética se erigen como esenciales en la estrategia global de lucha contra el cambio climático, suponiendo una enorme reducción de las emisiones de gases de efectos invernadero, razón por la que se incluyen en el Plan Nacional y en la Estrategia autonómica andaluza, conforme a las pautas marcadas desde Bruselas. Desde este punto de vista, el carácter horizontal de este tipo de políticas supone el ineludible reto del entrecruzamiento administrativo convergiendo sobre las distintas materias afectadas por las directrices europeas, (conforme a los compromisos mundiales perfilados en el Protocolo de Kioto), las disposiciones desde instancias nacionales, autonómicas y locales [artículos 25 y 26.e) de la Ley 7/1985].

La complejidad del amplio elenco de materias afectadas por las políticas de eficiencia energética, supone que este fenómeno tome forma desde el diseño y planificación territorial y urbanística (urbanismo sostenible y movilidad sostenible), así como desde las estructuras de edificios y disposición de los mismos. En esta línea, tanto la edificación pública como privada viene siendo sometida a grandes medidas (Código de la Edificación, certificado de eficiencia energética, informe de evaluación de edificios), y hasta el año 2010 ha visto reducido el consumo de energía en 2.232 ktep/año. Desde el

ámbito público, como ejemplarizante, no solo el parque de edificios públicos viene sometiéndose a estas medidas, sino también el de vehículos, y la propia contratación viene siendo imbuida de estos principios, mediante lo que se ha venido a denominar “contratación verde”, (Plan Estatal de Contratación Verde; Plan 2000 ESE, fomento de empresas de servicios energéticos), así como en los servicios públicos municipales, como la renovación de alumbrado exterior y sustitución de semáforos con bombillas LED.

De otro lado, el consumo de energía viene representado en un 32% por el sector industrial por lo que las políticas de eficiencia tanto horizontales, como verticales, por sectores de producción, son destacables; no obstante, la crisis económica ha distorsionado los esfuerzos económicos, pues ante la reducción de la producción y el mantenimiento de los costes fijos, el ahorro energético ha devenido inexistente. Otro sector, es el transporte que supone una cuota de 12% aproximadamente en la demanda, siendo que los esfuerzos no solo de innovación y desarrollo de tecnología de alta eficiencia, sino también de sustitución de vehículos eléctricos/híbridos, han supuesto un ahorro principalmente en el ámbito de transporte terrestre, no produciéndose ahorro alguno en el sector ferroviario, (debido al retroceso del transporte de mercancías), ni en el marítimo, ni aéreo, donde las rutas han sido rediseñadas con esta misma finalidad, entre otras medidas.

En este escenario, los programas ejecutados hasta 2010, han sido evaluados positivamente en una consecución de un 71,4% de los objetivos marcados, suponiendo un ahorro de 11.677 ktep/año. El compromiso del Estado frente a la UE para el año 2020, es de reducir el consumo de energía primaria a 15.979 ktep, siendo así que el consumo de energía primaria en 2013 fue de 121.119 ktep y de energía final de 89.270 ktep. El gran esfuerzo que afrontan no sólo sector público, sino sobre todo sector privado y hogares, exige una ardua labor de divulgación y concienciación que aboque hacia una perspectiva nueva de la sostenibilidad medioambiental, no sólo vista desde la perspectiva medioambiental y solidaridad intergeneracional, sino desde la maximización de los beneficios y el aumento de la competitividad, gracias al aumento consiguiente de capital financiero, y el ahorro en costes de seguro (por reducción de riesgos y mayor seguridad), de mantenimiento, además de la repercusión que para la imagen frente a la comunidad revisten a estas entidades comprometidas con el confort medioambiental, en efectiva el humano.

Voces: eficiencia, energía, consumo, Plan, energías renovables, desarrollo sostenible.

## I. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA: CONCEPTO

Presentar los avances de la realidad energética española como un caso de éxito absoluto en la senda por la sostenibilidad ambiental y energética, sobre la base de la potencia instalada de las energías renovables, supondría soslayar la complejidad de los factores concurrentes y los riesgos del cambio climático que son ya una realidad, y cuya mitigación comenzamos a planificar.

De esta forma, frente al porcentaje de 14,8% en el mix energético español de energías renovables<sup>1</sup>, la energía nuclear a pesar de tener una potencia instalada de tan solo 9%, cubre un 20% de la demanda de media<sup>2</sup>, pues constituye una de las tecnologías base; frente a las enormes bondades de las energías renovables, muchas de ellas presentan desventajas medioambientales que no han de ser eludidas; frente al enorme esfuerzo institucional en la reducción del consumo de carburantes, tan sólo se atribuye el pequeño descenso en la crisis económica padecida... Por ello, la solución del abastecimiento energético venidero ha de responder a muchas respuestas que además de partir de la indefectible apuesta por las energías renovables, ha de tener presente el criterio de sostenibilidad energética como único paradigma posible para cualquier actuación pública o privada de una sociedad responsable. Desde este prisma, la eficiencia energética se erige como uno de los pilares fundamentales, pretendiendo contribuir este trabajo a esbozar las medidas tanto transversales como horizontales puestas en marcha para contribuir al desarrollo energéticamente sostenible desde la demanda energética.

La eficiencia energética<sup>3</sup> viene definida como el conjunto óptimo de condiciones que permite obtener un bien o servicio con la mínima aportación de energía, comportando una mejora mediante el cambio de las tecnologías o redefiniendo los procesos. Desde otro punto de vista, se suele definir como “*la cantidad de servicios energéticos producidos por unidad de input energético*” (Pastor Escribano, 2011) y a nivel

---

<sup>1</sup> La evolución mensual de consumo en la última anualidad disponible sitúa la energía renovable en un 14,8% de consumo de energía primaria, frente al 43,8% de petróleo, 20,4% de gas natural y 12,6% de energía nuclear (anualidad junio/2013-mayo/2014). Idae (2014). Consumo e intensidades mensuales para 2014. Recuperado el 5 de enero de 2014 de [http://www.idae.es/index.php/idpag.802/recategoria.1368/re/menu.363/mod.pags/mem\\_detalle](http://www.idae.es/index.php/idpag.802/recategoria.1368/re/menu.363/mod.pags/mem_detalle). [http://www.idae.es/uploads/documentos/documentos\\_Consumos\\_e\\_intensidades\\_mensuales\\_2014\\_OK\\_d0a1652d.xlsx](http://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_Consumos_e_intensidades_mensuales_2014_OK_d0a1652d.xlsx).

<sup>2</sup> En el momento de la redacción de este artículo, la estructura de generación según el sitio web de red eléctrica España es de 24,11% de nuclear, 19,6% de carbón, 10,6% de ciclo combinado, 21% de energía eólica, 20,3% de hidráulica, y resto proveniente de otras energías de régimen especial y de intercambio. REE (2014). Recuperado el 14 de diciembre de 2014, de <https://demanda.ree.es/demanda.html>.

<sup>3</sup> El artículo 2.j) de la Ley 2/2007, de Fomento de Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía (BOJA de 10/04/2007; BOE de 07/05/2007), define la eficiencia energética como la “capacidad de un uso, equipo, instalación o proceso para realizar su función con el menor consumo energético posible”.

agregado se define como “*el nivel de PIB por unidades de energía consumida en su producción*” (Gillingham, 2009). Desde la planificación andaluza<sup>4</sup> se concibe como la optimización de la factura energética que a su vez supone un factor decisivo de competitividad, abordando el problema desde la necesaria mejora en las pautas de comportamiento de trabajadores, y gestores; optimización de procesos productivos industriales, iluminación, calefacción-refrigeración, equipos ofimáticos, etc.

## II. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA: VENTAJAS

La reducción de demanda energética y aumento de rendimiento energético tienen evidentes ventajas en la protección del medio ambiente, confort humano y salud, con la evitación de emisiones de gases de efectos invernadero, pero, esta no es la única ventaja asociada, siendo cada vez más patente los efectos que en términos de competitividad puede suponer para las empresas que incluyen el sistema de gestión de demanda energética, no sólo como elemento decisivo en la imagen de la misma, sino también como potente reductor de costes energéticos<sup>5</sup>, y por consiguiente económicos<sup>6</sup>, maximizando su beneficio<sup>7</sup>.

Como beneficios añadidos, (dado que la dependencia energética de España en el exterior se cifra en 72,1%<sup>8</sup>), la reducción de las importaciones derivada de la del consumo, comportará una reducción del déficit comercial y mejora en la balanza de pagos, y la ineludible mejora de la seguridad nacional, dado el carácter estratégico de la energía.

---

<sup>4</sup> Borrador de Estrategia energética en Andalucía, sometido a información pública mediante Acuerdo de 26 de febrero de 2013 del Consejo de Gobierno, publicado en *BOJA* núm. 42, de 1 de marzo (p. 48).

<sup>5</sup> Los ahorros calculados equivalen a 977,9 millones de barriles de petróleo, lo que se calcula en 70.000 millones de euros (Plan de Eficiencia Energética de España 2011-2020, p. 105).

<sup>6</sup> Incluyendo el ahorro de costes que comporta el sistema europeo de control y mercado de los gases de efecto invernadero e impuestos.

<sup>7</sup> “*Este encaje transversal de la Estrategia Energética de Andalucía se garantiza mediante la coherencia de sus principios con la Estrategia de Competitividad de Andalucía (ECA) 2014-2020, que constituye el marco estratégico de desarrollo para Andalucía. En concreto, en lo que respecta a su Eje 4: Favorecer la transición a una economía baja en carbono*” Borrador de la Estrategia Energética de Andalucía, sometido a información pública mediante Acuerdo de 26 de febrero de 2013 del Consejo de Gobierno, publicado en *BOJA* núm. 42, de 1 de marzo (p. 4).

<sup>8</sup> Energía en España 2013, p. 156.

Del propio modo, el incremento del PIB y el empleo a nivel nacional<sup>9</sup>, es evaluado por el Plan Estatal de Eficiencia Energética<sup>10</sup>, que recoge la creación de 106.323 empleos directos, esto es 0,5% de empleos en España en 2009, por encima de sectores como la metalurgia y el sector textil. Esta cifra asciende a 281.473 empleos si se agregan los puestos directos, indirectos e inducidos, lo que eleva el porcentaje a un 1,4. Las previsiones para el año 2020 recogen la creación de 288.290 empleos directos que generarán un impacto en el Valor añadido bruto del 3,9% en 2020. En Andalucía, durante el periodo 2007-2013, se cifran 115.000 empleos anuales en el sector energético, de los que un 10,4%, se identifican en el sector de la eficiencia energética<sup>11</sup>.

### III. EFICIENCIA ENERGÉTICA: TRANSVERSALIDAD

La dificultosa definición de la eficiencia radica en la transversalidad u horizontalidad de las medidas, que incluyen numerosos sectores, lo que no coadyuva a la catalogación de indicadores adecuados y completos para su evaluación<sup>12</sup>, a lo que se une el hecho de la enorme velocidad con que las tecnologías de eficiencia energética están sucediéndose.

El ámbito de aplicación de la eficiencia energética exige partir del estudio de la demanda global y posteriormente, la sectorizada.

En España, el consumo de energía primaria en 2013 ha sido de 121.120 Ktep<sup>13</sup>, mientras que el de energía final, (usos no energéticos excluidos), ha sido de 80.581 Ktep<sup>14</sup>, lo que supone un descenso de 3,9% respecto del año anterior atribuible a los efectos de la crisis económica. Este consumo ha supuesto una emisión de gases de efecto invernadero que para 2013 se han cifrado en 7,28 toneladas equivalentes de

---

<sup>9</sup> Sexto informe sobre la cohesión económica, social y territorial. Julio/2014. Comisión Europea el 23 de julio de 2014. Editor: Lewis Dijkstra, Dirección General de Política Regional y Urbana de la Comisión Europea. Puede consultarse esta publicación en línea en: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr_es.pdf).

<sup>10</sup> Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020 (pp. 126-134).

<sup>11</sup> Borrador de la Estrategia Energética de Andalucía, sometido a información pública mediante Acuerdo de 26 de febrero de 2013 del Consejo de Gobierno, publicado en *BOJA* núm. 42, de 1 de marzo (p. 33).

<sup>12</sup> Plan Eficiencia Energética de España 2011-2020 (p. 119).

<sup>13</sup> La energía en España 2013. Ministerio de Industria, Energía y Turismo (p. 155).

<sup>14</sup> La energía en España 2013. Ministerio de Industria, Energía y Turismo (p. 158).

CO<sub>2</sub> per cápita<sup>15</sup>. En cuanto a la evaluación de las políticas anteriores, concretamente, el Plan 2008-2012, el resultado de la agregación de los ahorros de consumo final por sectores ha supuesto una consecución de un 71,4% respecto del objetivo fijado<sup>16</sup> de ahorro. En la más reciente revisión<sup>17</sup> de los compromisos de eficiencia energética del Estado Español en el marco de las políticas de energía europea, se establece un objetivo de ahorro (excluido el sector transporte), de 21.305 Ktep para el periodo comprendido entre 2014-2020, objetivo reducido a 15.979 Ktep de ahorro acumulado para el mismo periodo aplicando los mecanismos de flexibilidad de la Directiva 2012/27, (UE), de 25 de octubre de 2012, sobre eficiencia energética<sup>18</sup>.

De otro lado, la estructura sectorial de la demanda está conformada en España por un 40% del sector del transporte, un 25% del sector industrial, un 18,7% residencial, un 12,1% servicios, 3,3% agricultura y pesca y un 0,9% otros<sup>19</sup>. Comparando estos datos con los consumos a nivel mundial, el sector edificación<sup>20</sup> consume un 30% del consumo final total (de los que  $\frac{3}{4}$  partes corresponde a los hogares), el sector industrial consume un 30%, el sector transporte un 27%, la agricultura un 2% y otros usos no energéticos (asfaltos, lubricantes, etc.) un 9%<sup>21</sup>. Desde este punto de vista, el Plan Estatal de Eficiencia Energética clasifica las medidas en función a los sectores afectados<sup>22</sup> enumerando hasta veinte medidas que llevan desde el plan de

<sup>15</sup> Fuente: Eurostat. Recuperado el 12 de octubre de 2014 de [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/europe\\_2020\\_indicators/ree\\_scoreboard](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/europe_2020_indicators/ree_scoreboard).

<sup>16</sup> Plan Eficiencia Energética de España 2011-2020 (p. 65).

<sup>17</sup> Efectuada mediante Informe de 05/06/2014 del Ministerio de Industria, Energía y Minas notificada a la Comisión.

<sup>18</sup> La Directiva incluye dos mecanismos de flexibilidad, la exclusión del sector del transporte y de otro lado la exclusión de ciertas ventas de energía de actividades industriales recogidas en el Anexo I de la Directiva 2003/1987, (que alcanzan el 66,8% del consumo de la industria).

<sup>19</sup> La energía en España 2013. Ministerio de Industria, Energía y Turismo (p. 161).

<sup>20</sup> Nótese: en el sector de la edificación se incluye el sector servicios tales como actividades comerciales, servicios públicos (como hospitales, universidades escuelas, Administración Pública). World Energy Investment Outlook 2014, p. 144.

<sup>21</sup> World Energy Investment Outlook 2014, p. 139.

<sup>22</sup> Sector de Edificación:

- Aislamientos térmicos y ventanas que mejoren la eficiencia energética.
- Iluminación de bajo consumo y LED en edificios.
- Equipos de climatización y enfriadoras de agua de alta eficiencia energética.
- Calderas de alta eficiencia energética.
- Radiadores por agua a baja temperatura y suelos/techos radiantes.
- Sistemas de climatización de distrito (district heating).
- Ascensores y elevadores de alta eficiencia energética.
- Sistemas de gestión, control y regulación de la iluminación y climatización en edificación.

Sector de Transporte:

- Vehículos eléctricos, híbridos, de hidrógeno y de combustibles gaseosos.

movilidad ciudadana, pasando por el sello MOVELE, hasta el ámbito de divulgación y formación.

- 
- Motocicletas y bicicletas eléctricas e híbridas.
  - Vehículos de baja emisión.
  - Autobuses eléctricos, híbridos, de hidrógeno y de combustibles gaseosos.
  - Sistemas públicos de préstamo de bicicletas.
  - Trenes de alta velocidad (máquina completa).
  - Estaciones o puntos de recarga de vehículos eléctricos y combustibles gaseosos.
  - Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) aplicadas al transporte público y privado.
  - Neumáticos de alta eficiencia energética.
- Sector de Equipamiento Doméstico y Ofimática:
- Frigoríficos y congeladores de alta eficiencia energética.
  - Hornos de alta eficiencia energética.
  - Lavadoras y lavavajillas de alta eficiencia energética.
  - Acondicionadores de aire domésticos (de hasta 12 Kw de potencia) de alta eficiencia energética.
  - Equipos informáticos, multifuncionales/impresión de alta eficiencia energética.
  - Sistemas de telegestión.
  - Otros electrodomésticos de alta eficiencia energética.
- Sector de Agricultura:
- Cosechadoras, sembradoras y tractores de alta eficiencia energética.
  - Equipos de riego localizado.
  - Variadores de velocidad electrónicos en motores eléctricos para el bombeo de agua de regadío.
  - Sistemas de gestión, control y regulación de climatización en invernaderos.
  - Aislamientos térmicos en invernaderos.
- Sector de Servicios Públicos:
- Iluminación de bajo consumo y LED en sistemas de alumbrado público.
  - Semáforo que utilicen tecnología LED.
  - Sistemas de control y regulación del alumbrado público.
  - Variadores de velocidad electrónicos en motores eléctricos para el bombeo de agua en abastecimiento, potabilización y depuración.
- Sector de Industria:
- Aislamientos de equipos y tuberías en industria.
  - Enfriadoras de agua de alta eficiencia energética.
  - Calderas industriales de alta eficiencia energética.
  - Motores eléctricos de alta eficiencia energética.
  - Variadores de velocidad electrónicos de motores eléctricos.
  - Máquinas de absorción.
- Sector de Transformación de la Energía:
- Sistemas de cogeneración.
  - Motores eléctricos de alta eficiencia energética.
  - Variadores de velocidad electrónicos en motores eléctricos.
  - Máquinas de absorción.
- Todos los sectores:
- Servicios energéticos prestados por Empresas de Servicios Energéticos (ESE).
  - Servicios prestados por la Administración Pública en materia de eficiencia energética.
  - Servicios de publicidad en materia de eficiencia energética.
  - Otros servicios relacionados con la eficiencia energética (ingenierías, consultorías, auditoras, certificadoras, instaladores, mantenedores).

La amplia heterogeneidad de aspectos en los que ha de tener proyección la eficiencia energética hace fácil concluir el indefectible entrecruzamiento administrativo que en un Estado autonómico como el español se produce. Así, Administración estatal<sup>23</sup>, autonómica<sup>24</sup>, y local<sup>25</sup> confluirán en los diferentes sectores implementando las medidas legitimadas en sus respectivos títulos competenciales, y mediante medidas de diferente naturaleza ya sean fiscales, normativas, financieras, destacando desde este último ámbito, el Sistema Nacional de Obligaciones de Eficiencia Energética<sup>26</sup>. Este Sistema comporta asignar una cuota de ahorro anual a nivel nacional a una serie de actores (empresas comercializadoras de gas y electricidad, operadores de productos petrolíferos y de gases licuados de petróleo al por mayor)<sup>27</sup>. Estas cuotas se traducen en la obligación de aportar anualmente al Fondo Nacional de Eficiencia Energética<sup>28</sup> el importe de multiplicar su obligación de ahorro anual por la equivalencia financiera que se establezca (artículo 75)<sup>2930</sup>, o bien, presentar los Certificados de ahorro energéticos negociables (artículo 71.2)<sup>31</sup>. Estas obligaciones vigentes hasta 2020 tienen enorme peso en el elenco de medidas de promoción de la eficiencia energética, previéndose un ahorro de 6.356 Ktep con cargo a este mecanismo según el Informe<sup>32</sup>

<sup>23</sup> Artículo 45 y 149.1.14, 23 y 25 Constitución Española; artículos 77.1, 78.2 y 84 (entre otros) de la Ley de Economía Sostenible. Artículos 2.3.c) y 10.1.c) Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 (entre otras disposiciones).

<sup>24</sup> Los artículos 10.3.5.º (objetivos básicos), 27.1.21.º (principios rectores), 49.1.b), 196, 197.1, 204 y 206 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE de 20/03/2007; BOJA de 20/03/2007). El artículo 3.k) de la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía (Ley 9/2007, de 22 de octubre, BOE de 17/11/2007; BOJA de 31/10/2007), erige el principio general de eficiencia en la actuación; artículo 21 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y la Eficiencia Energética en Andalucía, prevé Programas de Ahorro y Eficiencia, el artículo 22 la adopción de medidas desde el consumo, energética; artículo 18.3 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre Fomento de las Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética, establece incentivos tributarios.

<sup>25</sup> Artículos 25.2.b) y ñ) de la Ley de Bases del Régimen Local, BOE de 03/04/1985; artículo 92.2.d) del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

<sup>26</sup> Creado por el artículo 69 de Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia (BOE, de 17/10/2014).

<sup>27</sup> Este reparto anual se hará mediante Orden Ministerial (artículo 70 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre), y se efectuará en función de sus ventas de energía final a nivel nacional, por ello se ven obligados a remitir anualmente los datos de venta.

<sup>28</sup> Creado por artículo 20 de la Directiva 2012/27/UE, de 25/10/2012, y regulado en artículo 72 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, como mecanismo financiero de apoyo.

<sup>29</sup> Para 2014 esta contribución financiera se ha fijado en 0,789728 millones de euros por Ktep ahorrado o 67.916, 58 euros por gasto ahorrado.

<sup>30</sup> Orden IET 289/2915, de 20 de febrero, por el que se establecen las obligaciones de aportación al Fondo Nacional de Eficiencia energética para 2015 (BOE núm. 47, de 24 de febrero).

<sup>31</sup> Gestionados por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la energía.

<sup>32</sup> Informe de 05/06/2014 del Ministerio de Industria, Energía y Minas, (p. 46).

remitido a la Comisión más recientemente y un ahorro de 4.961 Ktep al mecanismo de subvenciones, financiación preferente, fondos de garantía, etc., del Fondo Nacional de Eficiencia Energética.

#### IV. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA Y EL TRANSPORTE

El transporte, el sector que absorbe el 40% de energía final en 2012, debido sobre todo a la antigüedad del parque automovilístico y a la elevada motorización, ha visto reducida la demanda en 6.782 Ktep. Sin embargo, esta reducción se observa tan sólo para el transporte terrestre de mercancías por carreteras, siendo negativo el balance para el transporte ferroviario por la crisis económica al reducir las mercancías transportadas y elevar el consumo por tonelada-kilómetro transportada y el aéreo<sup>33</sup>.

Teniendo en cuenta el transporte terrestre<sup>34</sup> por carretera, las medidas de eficiencia<sup>35</sup> vienen principalmente de la mano de los programas/planes de sustitución de vehículos<sup>36</sup> por otros más eficientes<sup>37</sup>, o por vehículos eléctricos<sup>38,39,40</sup>. La eficiencia energética de los vehículos resulta harto compleja, pues afecta desde la aerodinámi-

<sup>33</sup> Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020 (p. 68).

<sup>34</sup> Ya la Ley 16/1987, de 30 de julio, de los Transportes Terrestres (*BOE* de 31/07/1987), estableció como principio general el mínimo coste social [artículo 3.b)], juntamente al criterio de eficiencia como “adecuada utilización de recursos disponibles que posibilite la obtención del máximo rendimiento”, (artículo 4.2), así como el máximo aprovechamiento de los recursos (artículo 12).

<sup>35</sup> Artículos 93.c) y e) y 100.3 de la Ley de Economía Sostenible sobre gestión eficiente del transporte y disminución de consumo de energía (Movilidad sostenible); artículo 104.a) de la Ley de Economía Sostenible sobre mejora de la eficiencia en la flota.

<sup>36</sup> Con los planes de sustitución de Plan PREVER 1997-2007, Plan VIVE 2008-2010, Plan 2000 E 2010 y los planes de sustitución por vehículos eléctricos MOVELE, se calcula de han ahorrado 733,1 Ktep/año, p. 65, Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020.

<sup>37</sup> Destaca en este ámbito la Directiva 2009/33 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transportes por carretera limpios y energéticamente eficientes (*DOUEL* de 15/05/2009).

<sup>38</sup> Artículo 104.f) de la Ley de Economía Sostenible.

<sup>39</sup> Mediante el Proyecto MOVELE y la Estrategia de Impulso del vehículo eléctrico en España 2010-2014, han sido subvencionados 1.100 vehículos eléctricos, y se ha proyectado la instalación de 546 puntos de recarga públicos, a los que ha de sumarse, los 409 instalaciones en 59 ciudades españolas derivados de otros programas, Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020 (p. 86).

<sup>40</sup> En el proceso de implantación del vehículo eléctrico como forma de incrementar la eficiencia energética de los vehículos por carretera (Considerando 23), la Directiva 2014/94/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22/10/2014, relativa a la implantación de una infraestructura para los combustibles alternativos (*DOUEL* de 28/10/2014), establecen los nuevos objetivos de los puntos de recargas.

ca del mismo, su ligereza, hasta los neumáticos<sup>41 42</sup>, los motores<sup>43</sup>, estableciéndose incluso un límite de emisiones<sup>44</sup>. A nivel mundial, cada año se venden actualmente una media de 80 millones de utilitarios (PLDVS), y para 2035 se calcula que esta cifra rondará los 130 millones de ventas, siendo así que la reducción del consumo de carburante de 8 litros a los 100 en 2012, hasta 6 litros a los 100 en 2035, exigirá una inversión de 100 billones de dólares, suponiendo un encarecimiento del coste medio de los vehículos de 1.400 dólares<sup>45</sup>. En España, las medidas adoptadas hasta ahora han supuesto una disminución de emisiones de 159,2 gramos de CO<sup>2</sup>/km en 2000, a 122,4 en 2013<sup>46</sup>. En términos de ahorro energético, el Informe del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, de 5 junio de 2014, sobre las medidas de actuación de ahorro y eficiencia energética en cumplimiento del artículo 7 de la Directiva 2012/27 UE<sup>47</sup>, remitido a la Comisión Europea, atribuye un ahorro desde el periodo 2014 hasta 2020 de 1.716 Ktep al conjunto de programas principalmente afectantes al transporte<sup>48</sup>.

---

<sup>41</sup> Reglamento (CE) 1222/2009, de 25/11/2009, de Etiquetado de Neumáticos.

<sup>42</sup> La Resolución de Energía de 18/04/2011, publica la Resolución de 29/03/2011 sobre normas reguladoras para la convocatoria del programa de ayudas para la renovación de neumáticos en el marco del Plan de Intensificación del Ahorro y la Eficiencia Energética (*BOE* de 25/04/2011).

<sup>43</sup> Entre otras medidas, destaca el Reglamento (UE) 134/2014, de la Comisión, de 16 de diciembre de 2013, que completa el Reglamento (UE) 168/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo con respecto a los requisitos de eficacia medioambiental y rendimiento de la unidad de propulsión y modifica su Anexo V (*DOUEL* de 21/02/2014).

<sup>44</sup> El Reglamento (CE) 595/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18/06/2009, relativo a la homologación de los vehículos de motor y los motores en lo concerniente a las emisiones de los vehículos pesados (EURO VI) y al acceso a la información sobre reposición y mantenimiento de vehículos y por el que se modifica el Reglamento (CE) 175/2007 y la Directiva 2007/46 CE y se derogan las Directivas 80/1269/CE, 2005/55 CE, y 2005/78/CE (*DOUEL* de 18/07/2009). Este Reglamento prevé la reducción de las emisiones como parte de una Estrategia Global, y partiendo de la Norma EURO VI que pretende la mejora de la aerodinámica, el peso y la capacidad de carga, la residencia a la rodadura, establece medidores de emisiones/consumo. De esta forma, los fabricantes se ven obligados a la reducciones de las emisiones medias mediante mejoras tecnológicas, como la eficiencia en el uso del combustible, obligándoseles al abono de una prima por el exceso desde 01/01/2014, Reglamento 510/2011 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11/05/2011, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de los vehículos comerciales ligeros nuevo (*DOUEL* de 31/05/2011).

<sup>45</sup> World Energy Investment Outlook 2014, p. 142.

<sup>46</sup> Dato recuperado el 12 de octubre de 2014, de [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/europe\\_2020\\_indicators/ree\\_scoreboard](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/europe_2020_indicators/ree_scoreboard).

<sup>47</sup> Informe sobre las Medidas de Actuación de Ahorro y Eficiencia Energética en Cumplimiento del artículo 7. Recuperado el 4 de enero de 2015, de [http://ec.europa.eu/energy/efficiency/eed/doc/article7/2013/article7\\_es\\_spain.pdf](http://ec.europa.eu/energy/efficiency/eed/doc/article7/2013/article7_es_spain.pdf).

<sup>48</sup> El Plan PIVE6 recientemente modificado por el Real Decreto 18/2014, de 28 de noviembre, *BOE* de 29/11/2014, fue aprobado en el Real Decreto 525/2014, de 20 de julio, por el que se regula y establece el procedimiento para la concesión directa de subvenciones del “Programa de incentivos de vehículo eficiente” PIVE6. El Plan PIMA para vehículos comerciales supone el Plan de Impulso al Medio Ambiente “PIMA AIRE4” para vehículos comerciales de hasta 3,5 toneladas de peso máximo autorizado dedicados preferentemente al trans-

Otra medidas<sup>49</sup> relacionadas con el transporte de especial interés afecta a la planificación mediante lo que se ha venido en denominar la movilidad urbana sostenible<sup>50</sup> definida por el artículo 100 de la Ley de Economía Sostenible como el acceso eficiente con el mínimo impacto ambiental, al contribuir a reducir las necesidades de movilidad juntamente a la planificación territorial<sup>51</sup>. En efecto, los planes de movilidad sostenibles<sup>52</sup> se erigen como instrumentos fundamentales para lograr una gestión eficiente<sup>53</sup> mediante el desarrollo de la red bien articulada a nivel nacional e internacional de infraestructuras de transporte<sup>54</sup>. En Andalucía<sup>55</sup>, se ha aprobado la

---

porte urbano de mercancías, (el Real Decreto 989/2014, de 28 de noviembre, *BOE* de 29/11/2014, regula la concesión directa de ayudas sustituyendo al Real Decreto 89/2013, de 8 de febrero, *BOE* de 09/02/2013). Hasta la fecha el Plan PIMA AIRE con una dotación de 43,5 millones de euros, ha supuesto la renovación de 35.000 vehículos comerciales y turismos y tractores.

<sup>49</sup> El Plan de Medidas de Ahorro y Eficiencia Energética de 04/03/2011, Administración General de Estado, incluye como paquete de medidas relacionadas con el transporte las siguientes:

Medida 1: Plan de Movilidad Urbana Sostenible (Promoción peatonalización, bicicletas, car sharing, transporte público, billete único.

Medida 2: Transporte ferroviario de mercancías.

Medida 3: Plan Renove de Neumáticos. Neumáticos de máxima eficiencia energética (para vencer la oposición de resistencia de rodadura consumen entre 20 y 30% de combustible de vehículo, Reglamento 1222/2009).

Medida 4: Optimización de pasillos aéreos y rutas verdes (Mejora eficiencia y al mismo tiempo competitividad de compañías aéreas). Programa aire.

Medida 5: Fomento de coche compartido.

Medida 6: Reducción de límites de velocidad de 120 km/h a 110 km/h.

Medida 7: Elevación del objetivo del biodiesel al 7% (Rd 1738/2010).

Medida 8: Rebaja en un 5% tarifa de trenes (cercanías y media distancia).

Medida 9: Fomento medios de transporte públicos en la AGE.

Medida 10: Sello MOVELE (Gestión por IDEA, en torno a 2.000 vehículos eléctricos y 500 puntos de recarga).

<sup>50</sup> Se le atribuye un ahorro de 870 Ktep/año junto a los Planes de Transporte de Trabajadores, p. 70 Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020.

<sup>51</sup> Artículo 2.3.a) Texto Refundido de la Ley del Suelo; artículos 20.2 y 22.2 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía (*BOJA* de 10/04/2007; *BOE* de 07/05/2007).

<sup>52</sup> Artículo 101 de la Ley de Economía Sostenible.

<sup>53</sup> Artículo 97.1.c) de la Ley de Economía Sostenible.

<sup>54</sup> En el ámbito andaluz, en ejercicio de competencia medioambientales y afectantes al transporte terrestre se prevé el transporte sostenible como modelo (artículo 3.1 de la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de la Comunidad Autónoma andaluza, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros (*BOJA* de 27/05/2003; *BOE* de 18/06/2003). Señala igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley 5/2001, de 4 de junio, por la que se regulan las Áreas de Transportes de Mercancías en la Comunidad Autónoma andaluza (*BOJA* de 19/06/2011; *BOE* de 03/07/2001), la necesidad de un desarrollo de red andaluza bien articulada con la red nacional e internacional de infraestructuras de transportes de plataformas logísticas capaces de mejorar la eficiencia del sistema de transporte andaluz.

<sup>55</sup> Mediante Orden de 23/09/2014, (*BOJA* de 29/09/2014) se somete a información pública el Anteproyecto de la Ley andaluza de Movilidad Sostenible.

formulación del Plan Andaluz de Movilidad Sostenible<sup>56,57</sup>, con el objetivo de lograr el menor impacto ambiental contribuyendo al ahorro y eficiencia energética, y se halla en fase de revisión el Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte de Andalucía 2007-2013<sup>58</sup>, siendo el Observatorio andaluz de la movilidad sostenible<sup>59</sup> y la logística punto de referencia en la materia.

Otro conjunto de medidas son los cursos de conducción eficiente<sup>60</sup> que en el ámbito de la sensibilización y concienciación tanto a profesionales, como a conductores noveles se erige como instrumento de gran utilidad.

## **V. LA EFICIENCIA ENERGÉTICA E INDUSTRIA. LAS AUDITORÍAS ENERGÉTICAS, LOS SISTEMAS DE GESTIÓN Y LOS CERTIFICADOS ENERGÉTICOS**

La demanda energética de la industria cayó en 2012 un 2,8% debido a la crisis económica, y el consumo unitario, esto es, la medida de consumo de energía necesaria por unidad de producto generado en cada sector, lejos de reducirse ascendió, pues la crisis ha obligado a la baja utilización de capacidades productivas, manteniéndose unos consumos mínimos que ha supuesto un ahorro negativo<sup>61</sup>.

No obstante, la voluntad del legislador de continuar con el impulso de estas medidas mediante la promoción de la responsabilidad social corporativa<sup>62</sup>, el modelo energético sostenible como principio de la política energética<sup>63</sup>, las medidas de sustitución

---

<sup>56</sup> Aprobado por Decreto 119/2014, de 29 de julio, de formulación del Plan Andaluz de Movilidad Sostenible (*BOJA* de 31/07/2014).

<sup>57</sup> Los municipios de Andalucía con Planes de Movilidad Urbana Sostenible están disponibles en el sitio web [https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/sites/default/files/municipios\\_pmus.jpg](https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/sites/default/files/municipios_pmus.jpg) (última entrada, a 02/01/2015).

<sup>58</sup> El Plan de Infraestructuras para la Sostenibilidad del Transporte de Andalucía (PISTA) fue aprobado por Decreto 457/2008, de 16 de septiembre (*BOJA* de 15/10/2008), y se halla en proceso de revisión según Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19/12/2013 (*BOJA* de 05/04/2013), hallándose entre sus objetivos generales “mejorar el ahorro y eficiencia en el transporte”, (punto segundo, f)).

<sup>59</sup> Regulado en el Decreto 132/2014, de 16 de septiembre (*BOJA* de 02/10/2014).

<sup>60</sup> Se le atribuye 114,1 Ktep/año de ahorro, p. 70 Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020.

<sup>61</sup> Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020 (p. 67).

<sup>62</sup> Artículo 39 de la Ley de Economía Sostenible, teniendo en cuenta el compromiso con el medioambiente (artículo 39.2).

<sup>63</sup> Artículo 77.1 de la Ley de Economía Sostenible; artículo 5.3.f) de la Ley de Industria 21/1992, de 16 de julio que prevé ya tempranamente la introducción de medidas que posibiliten ahorro y eficiencia energética.

de tecnologías de baja eficiencia energética ya obsoletas<sup>64</sup> y la simplificación administrativa<sup>65</sup> para el desarrollo de las mismas, así como su investigación<sup>66</sup>, afectan al sector industrial, uno de los grandes favorecidos por estas medidas que suponen un ahorro de costes.

Dada la amplitud del sector las medidas suelen clasificarse en horizontales y verticales, (aplicables estas a subsectores concretos)<sup>67,68</sup>.

Sin ánimo de agotar el listado, como medidas horizontales<sup>69</sup> se pueden destacar: los motores de alto rendimiento; sustitución de derivados del petróleo por gas natural, pues requiere menor proceso de refinamiento y su combustión produce menos CO<sub>2</sub> que otros combustibles<sup>70</sup>; optimización de funcionamiento de hornos; instalación de variadores de frecuencia; instalación de condensadores evaporativos; recuperación de condensados de vapor; recuperación del calor sensible de los humos de la caldera; recuperación del calor de purgas de la caldera; aislamiento térmico de los edificios, o de los componentes y equipos industriales; recuperación de condensados a presión; disminución de la presión de vapor; ajuste y control de los parámetros de combustión de las calderas; control de pérdidas; mejora en

---

<sup>64</sup> Artículo 79.4.d) y g) y 104.b) de la Ley de Economía Sostenible.

<sup>65</sup> Artículo 84 de la Ley de Economía Sostenible.

<sup>66</sup> Artículo 82 de la Ley de Economía Sostenible y artículo 9 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía (*BOJA* de 10/04/2007; *BOE* de 07/05/2007).

<sup>67</sup> El nuevo Anteproyecto de la Ley andaluza de Cambio Climático (sometida a información pública mediante Resolución de 10/10/2014, *BOJA* núm. 215, de 4 de noviembre), incluye como objetivo la mitigación de las emisiones difusas con medidas de aplicación transversal [artículo 29.a)] y más concretas, como el fomento del ecodiseño en actividad industrial (artículo 30.1).

<sup>68</sup> En el ámbito autonómico andaluz, el Anexo VIII del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética, establece mejoras de eficiencia energética por tipo (calderas, hornos, secaderos, sistemas de producción de frío, motores eléctricos, redes de vapor, etc.).

<sup>69</sup> En Andalucía, en el periodo 2007-2012, se han incentivado la realización de 547 proyectos de ahorro energético y de plantas de cogeneración que suman 57 megavatios eléctricos y la realización de 7 estudios sectoriales. Ello ha supuesto un ahorro de 272.800 tep; 49.400 tep de ahorro de energía primaria en los procesos de cogeneración y 92.700 tep de ahorro en el sector de transformación de energía. Borrador de la Estrategia Energética de Andalucía, sometido a información pública mediante Acuerdo de 26 de febrero de 2013 del Consejo de Gobierno, publicado en *BOJA* núm. 42, de 1 de marzo (p. 19).

<sup>70</sup> En España el consumo de gas natural en el año 2013 ha ascendido a 335.910 gigavatios/hora (incluyendo generación convencional, eléctrica, y gas natural licuado) siendo Andalucía la 2.ª Comunidad Autónoma por detrás de Cataluña con mayor consumo (48.210 gigavatio/hora). De estos tan solo 644 gigavatios/horas han sido producidas en España, el resto procede de importaciones donde la principal fuente, Argelia con el 51% (Informe estadístico anual 2013, CO20R13ES). En lo que va de año ha disminuido el consumo, tan solo hasta agosto se han consumido 199.256 gigavatios/hora (Boletín estadístico de Hidrocarburos n.º 201, agosto/2014, CORESAGO14).

instalaciones de aire comprimido; instalación de economizadores en calderas de gas natural (el rendimiento puede incrementarse hasta más de 191%); instrumentación, automatización y control de aguas.

Como medidas verticales<sup>71</sup>, conviene distinguir la industria de consumo de energía intensiva, esto es el cemento, la industria química y petroquímica, acero, hierro, papel, que constituyen al menos el 2/3 de la demanda energética de la industria<sup>72</sup>, frente al resto. De ahí que en la industria química, existan medidas específicas que fomentan la producción de amoníaco por biotecnología, la sustitución de hidrógeno como combustible; la integración de procesos: conjunto de técnicas y metodologías sistemáticas diseñadas para la integración de sistemas productivos; pe: PINCH POINT, mejora de la electrolisis en la producción de cloro; sustitución de celdas de mercurio por la celda de membrana, etc.

A destacar, en la industria del cemento, cal y yeso, se están adoptando medidas de mejoras en los enfriados de parrilla<sup>73</sup>; mejora en el enfriamiento mediante la utilización de lecho fluido; extracción y preparación de materias primas (homogenización de materia prima en su extracción logra disminuir el consumo energético en fase de

---

<sup>71</sup> En la industria textil: procesos de preparación de teneduría son los que consumen más electricidad; cambio de secaderos tradicionales por otros más eficientes; uso de nuevas tecnologías en los sistemas de climatización; utilización de biotecnología (uso de enzimas para la limpieza de fibras en lugar de productos químicos); reciclados de residuos inorgánicos, etc.

En la industria del plástico: inyección con gas (ahorro de electricidad de un 30%); reciclado de plástico; reciclado de PET sin secado externo ni cristalización: reciclado de politereftalato de etilenglicol con técnica VACUREMA; mezclador de bajo tiempo de mezclado; extrusora de doble tornillo; refrigeración optimizada de moldes.

En la industria del cuero y del calzado: robotización en la fabricación de componentes; utilización del diseño y la fabricación asistida por ordenador CAD y CAM (acortan el lanzamiento de nuevos productos); biotecnología (uso de enzimas en algunos procesos para mejorar el rendimiento).

En la industria de madera y corcho: aprovechamiento de los residuos de la madera como combustibles (directamente o a través de la gasificación, sobre todo en aserraderos e industrias de contrachapado); mejoras de secado; mejoras en el aserrado (afilado correcto, empleo de compresores que permitan el trabajo a plena carga; mejoras en el astillado: (empleo de astilladoras de tambor y espirales de menor consumo eléctrico, pe); mejora en el prensado.

En la Industria de la fabricación de aceites y grasas vegetales y animales: automatización de procesos; precalentamiento regenerativo del aceite; modificación en la configuración del proceso de refino; sustitución en la etapa de desodorización de la caldera de aceite térmico por una caldera de vapor de alta presión; desgomado enzimático, etc.

En la industria de la fabricación de productos de panadería y pastas alimenticias: preenfriamiento de la masa precocida antes de introducirla en los túneles; sustitución de horno de túnel por hornos en espiral con cinta transportadora de fila única y superficies radiantes más finas; optimización de las operaciones de transporte de masa entre la fase de amasado y dividido, entre otras.

<sup>72</sup> World Energy Investment Outlook 2014.

<sup>73</sup> Antes el clinker era enfriado con inyección de aire frío a contracorriente, pero se ha demostrado que se puede enfriar paulatinamente de forma más eficiente.

molienda); mejoras de control del horno; aprovechamiento de los calores residuales; ciclo orgánico de Rankine para la producción de electricidad: se reutilizan los calores residuales de hornos y torres de ciclones, para generar energía térmica, etc.

En la industria de la cerámica estructural, se está promoviendo la sustitución de hornos Hoffman y secaderos de cámaras por hornos y secaderos de túnel continuo; quemadores de alta velocidad para precalentamiento; recuperación del calor sensible de los humos de los hornos; tecnología de horno monoestrato (de bajo altura, sin bóveda), etc.

Todas estas medidas son objeto de promoción y valoración a través de los sistemas de gestión, las evaluaciones y certificaciones energéticas y las auditorías energéticas, cuya relevancia y trascendencia, no sólo para el ámbito medioambiental, sino también económico y laboral, exige una exposición.

Comenzando por las auditorías energéticas, puede afirmarse son un aliado para la competitividad de las empresas, y suponen una continua mejora, informando sobre la adecuación de sus instalaciones desde la perspectiva energética. Se ha definido como “el procedimiento sistemático tendente a obtención de un certero conocimiento sobre el perfil de los consumos energéticos de una instalación, donde se deben identificar y valorar todas las posibilidades y oportunidades de ahorro de energía”<sup>74</sup>. Mediante las auditorías se pretende la optimización de consumo energético, la identificación de áreas de oportunidad para el ahorro; la reducción de emisiones por unidad de producción; la identificación de puntos críticos; el análisis de posibilidad de uso de energía renovable. Como normas de auditorías energéticas pueden citarse la de AENOR UNE 21651, otras normas internacionales ISO e IEC, también las agencias de la energía de las comunidades autónomas<sup>75</sup> han publicado guías, y más recientemente ha sido corregida la Norma UNE-EN 16247-1:2012 (Versión corregida en fecha 2014-12-03), estando pendiente de aprobación la norma ISO 50002 sobre auditorías energéticas. En la Comunidad autónoma andaluza, viene regulada en el artículo 23.2 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética en Andalucía, y el artículo 80.1.a) de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia (BOE de 17/10/2014), tipifica como muy grave la omisión de la auditoría energética. En el ámbito autonómico andaluz se prevé una serie de medidas de eficiencia para cada instalación nueva si su consumo

<sup>74</sup> Página 88, el impacto económico del ahorro y la eficiencia energética en el sector industrial en Andalucía, edición Escuela Andaluza de Economía, SE-4180-2011 RAFAEL DOBLADO VALDERRAMA y otros.

<sup>75</sup> Recuperado a 5 de enero de 2015, de <https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/tipo-de-documento/manuales-y-publicaciones-tecnicas>.

anual previsto supera el del Anexo para cada sector de actividad<sup>7677</sup>, siendo voluntario para las ya existentes. De esta forma, cada proyecto de instalación, traslado o modificación se ha de someter a la evaluación energética para el ahorro que incluirá la estimación de los consumos, las propuestas de mejoras, las medidas correctoras, y el índice de eficiencia energética<sup>787980</sup>.

Los sistemas de gestión ambiental son la parte del sistema de gestión general en el que se incluye la estructura organizativa, planificación, responsabilidades, prácticas, encaminados a ejecutar la política ambiental, en garantía de la legislación existente, y de las propias metas ambientales de las organizaciones. Como ventajas se suelen citar la reducción de los costes económicos por la mayor eficiencia energética, (menos materias y recursos primarios, tratamiento de residuos y efluentes) disminución de los costes de seguro, reducen operaciones de limpieza y mantenimiento, mejora de competitividad, pues el factor ambiental es valorado positivamente y mejora la imagen en la comunidad e incluso su capacidad dinamizadora en los hábitos de trabajo. Actualmente existen dos normas sobre las que se basan los diseños de sistemas de gestión ambiental, la NORMA ISO 50001 y el Reglamento EMAS<sup>81</sup>, en que se permite la adhesión voluntaria a un sistema comunitario de gestión ambiental (eCOMANAGEMENT and audit. Scheme)<sup>82</sup>. En la Comunidad autónoma andaluza, el artículo 53 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética, viene a regular el Plan de Gestión de la Energía,

---

<sup>76</sup> Artículo 66 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>77</sup> Artículo 43 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>78</sup> Artículos 50 y 51.

<sup>79</sup> En la Comunidad Autónoma andaluza, el índice no podrá ser inferior a D (artículo 49).

<sup>80</sup> El nuevo Anteproyecto de Ley andaluza de Cambio Climático prevé el sistema andaluz de compensación de emisiones (SACE), (artículo 35), que incluye un sistema de control obligatorio para aquellas unidades de consumo que tengan un nivel de emisiones significativo (que se determinará reglamentariamente), teniendo estos obligación de auditoría anual y plan de reducción y compensación. También existe la posibilidad de adherirse voluntariamente.

<sup>81</sup> Obliga a una declaración medioambiental para información general y debe ser certificada por un verificador ambiental autorizado (verificadores medioambientales), en su supervisión y en la adaptación de la acreditación según lo previsto en el Reglamento (CE) 765/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) 339/1993). El Reglamento (CE) 1221/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (conocido como Reglamento EMAS III).

<sup>82</sup> Hay empresas españolas adheridas, disponible en sitio web: [http://ec.europa.eu/environment/emas/es\\_library/library\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/emas/es_library/library_en.htm), última entrada 16/11/2014).

cuyo cumplimiento ha de recogerse en el Informe anual a remitir a la Consejería con competencia [artículo 59.1.b)].

El artículo 48.e) del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, establece como obligación el Plan de Gestión, la obtención del certificado energético<sup>83</sup> y la evaluación energética para aquellas instalaciones con consumo anual superior a 250 Tep.

## VI. LA EFICIENCIA Y LA EDIFICACIÓN

Uno de los grandes retos para conseguir los logros del horizonte 2020 radica en la transformación del sector de la edificación. Se pretende conseguir edificaciones con consumo energético nulo o casi nulo<sup>85</sup>.

Además del fomento de las instalaciones de aprovechamiento de energías renovables<sup>86</sup>, el impulso de mecanismos para conseguir el ahorro<sup>87</sup> es una constante<sup>88</sup>. Aspectos del edificio sobre los que se han instaurado exigencias de ahorro/eficiencia

---

<sup>83</sup> Los artículos 60 y 65.1 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética, recogen el certificado energético andaluz del proyecto de industria y de instalación en funcionamiento respectivamente.

<sup>84</sup> Con carácter general, los artículos 33.c), 34.e) y 35.b) de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía, tipifican como muy grave, grave y leve, aquellas situaciones en que se superen en más de 100%, un 30%, o hasta un 30%, en índice de eficiencia energética certificado, respectivamente.

<sup>85</sup> Este aspecto se viene en denominar el diseño pasivo del edificio que busca la mínima demanda de energía.

<sup>86</sup> El Borrador de la Estrategia energética de Andalucía establece el impulso de la autosuficiencia energética mediante el empleo de técnicas de aprovechamiento de energía renovable, disponiendo lo que viene en denominar “sistemas centralizados en distritos” como una oportunidad para zona urbanizables, áreas de oportunidad empresarial, industrial y de comercio, p. 46.

<sup>87</sup> Artículo 20.2 y 3 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía (BOJA de 10/04/2007; BOE de 07/05/2007). El artículo 20.3 incluye requisitos específicos constructivos teniendo en consideración las condiciones climáticas.

<sup>88</sup> El Plan de Medidas de Ahorro y Eficiencia Energética de 04/03/2011, Administración General de Estado, establece como Medida 11.ª la línea ICO-ESE, el Plan Edificación; como Medida 14.ª, la intensificación de Plan Renove de Calderas; como Medida 15.ª, la certificación energética obligatoria en edificios no residenciales de más de 400 w de potencia instalada; como Medida 19.ª, el Plan de Halógenos 2x1 led, cambio iluminación interior, teniendo en cuenta el Estudio DG TREN.

son la envolvente térmica<sup>89</sup>, los equipos<sup>90</sup> (calefacción<sup>92</sup>, refrigeración<sup>93</sup> y agua caliente sanitaria), la aprobación del Código Técnico de Edificación<sup>94</sup>, las medidas relativas a la iluminación<sup>95</sup>, el programa RENOVE<sup>97</sup> de sustitución de equipos (electrodomésticos<sup>98</sup>) y cocinas en hogares<sup>99</sup> y establecimientos del sector servicios (hoteles, restaurantes, etc.).

Gran parte de las exigencias relativas a la eficiencia energética son evaluadas y certificadas en función del cumplimiento de las calidades de eficiencia energética, su-

---

<sup>89</sup> Las medidas de mejora de eficiencia energética de cubiertas y fachadas, incluyendo los programas de renovación de cerramientos y acristalamientos han supuesto un ahorro de 22,3 Ktep/año (Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020 (p. 72)).

<sup>90</sup> Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalación Térmica en los Edificios (RITE).

<sup>91</sup> Los documentos reconocidos según se expondrá más adelante, son guías de carácter técnico aprobadas por los Ministerios con competencia en las materias afectadas en las que se exponen las condiciones mínimas de eficiencia para cada aspecto en que se proyecta la eficiencia energética. Destaca respecto al envolvente térmico de edificios la Preguntas y respuestas sobre la aplicación del Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios 30-07-10. Disponible en sitio web: [http://www.minetur.gob.es/energia/desarrollo/EficienciaEnergética/RITE/Documentos/Documents/Preguntas\\_y\\_Respuestas\\_RITE\\_07\\_30\\_07\\_10.pdf](http://www.minetur.gob.es/energia/desarrollo/EficienciaEnergética/RITE/Documentos/Documents/Preguntas_y_Respuestas_RITE_07_30_07_10.pdf) (última entrada, a 15/11/2014).

<sup>92</sup> Los programas de renovación de equipos térmicos han supuesto 61,1 Ktep/año.

<sup>93</sup> El Real Decreto 138/2011, de 4 de febrero, aprueba el Reglamento de Seguridad para Instalaciones Frigoríficas y sus Instrucciones Técnicas Complementarias (BOE de 08/03/2011), y exige la proporción de forma eficaz de los servicios de frío y climatización necesarios para atender las condiciones higrotérmicas e higiénicas exigibles en procesos industriales y requisitos en edificaciones (disposición adicional primera establece la Guía Técnica).

<sup>94</sup> Ha supuesto el ahorro de 231,7 Ktep/año (Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020, p. 72).

<sup>95</sup> La sustitución de balastos de encendido electrónico en las luminarias de fluorescentes con encendido con reactancias más cebador, consiguen un ahorro superior al 25% del consumo en los equipos convencionales. Con la sustitución de las lámparas de mercurio por otras de vapor de sodio de alta presión se puede lograr un ahorro energético del 40%.

<sup>96</sup> Los proyectos subvencionados por las Comunidades autónomas han supuesto un ahorro de 29,7 Ktep/año, el programa del IDAE de reparto gratuito de lámparas de bajo consumo ha supuesto un ahorro de 89,4 Ktep, y el programa 2x1, 13,1 Ktep (Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020, p. 72).

<sup>97</sup> El ahorro total calculado mediante indicadores P, esto es, consumo de energía por equipo asciende a 286,1 Ktep/año (Plan Estatal de Eficiencia Energética 2011-2020, p. 73).

<sup>98</sup> En Andalucía, durante las 6 convocatorias del Plan Renove de Electrodomésticos y de Equipos de Climatización llevadas a cabo hasta 2012, se han sustituido 714.000 unidades, suponiendo un ahorro 177 gigavatios/hora al de electricidad, lo que supone una reducción de 64.000 toneladas de dióxido de carbono al año con un ahorro energético cifrado en el sector doméstico de 145.200 tep, Borrador de Estrategia Energética de Andalucía 2020 (julio/2014), p. 19.

<sup>99</sup> En el año 2012, la demanda energética del sector residencial fue de 15.503 Ktep (Energía en España 2013, p. 170), lo que supone un 18,7% de demanda de energía final en España (p. 161).

poniendo un impacto en la construcción<sup>100</sup>, reforma/rehabilitación<sup>101</sup>, puesta en funcionamiento, tráfico jurídico inmobiliario<sup>102</sup>, e incluso en el contenido del derecho de la propiedad<sup>103</sup>.

Dependiendo de las características del edificio, la normativa ha instaurado una serie de obligaciones, entre las que merece destacar someramente, el sistema de gestión de la demanda, el informe de evaluación y el certificado energético.

La certificación energética<sup>104</sup> o certificado energético (en términos del legislador andaluz)<sup>105</sup> del edificio o del proyecto se erige como el proceso de verificación del cumplimiento de las condiciones de eficiencia energética, donde, entre otros extremos<sup>106</sup>, se recoge el Índice de Eficiencia Energética, es decir, la relación entre el

---

<sup>100</sup> Para la autorización por fedatario público de la declaración de obra nueva y su consiguiente acceso al Registro de la Propiedad, se exige además de la tradicional certificación expedida por técnico competente acreditativa de la descripción del proyecto, la documentación acreditativa de los requisitos de eficiencia energética [artículo 20.b)] Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (*BOE* de 26/06/2008). Lo propio ha de exigir el Registro de la Propiedad para la inscripción (artículo 20.2).

<sup>101</sup> Estas actuaciones son subvencionables mediante, el Programa de Rehabilitación del artículo 202 del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de Fomento del Alquiler de Viviendas, Rehabilitación Edificatoria y Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016 (*BOE* de 10/04/2013). En Andalucía, está pendiente de aprobación el Plan Andaluz de Vivienda y Rehabilitación (el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 02/04/2013, formula el meritado plan, *BOJA* de 15/04/2013). Este Plan andaluz sustituirá el Plan concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012 que incluye un Programa de la eficiencia energética de viviendas y edificios existentes (RENOVE). No obstante, el Decreto-Ley 1/2014, de 18 de marzo, regula el Programa de Impulso a la Construcción Sostenible en Andalucía, y se efectúa convocatoria de los incentivos para 2014-2015 (*BOJA* de 26/03/2014).

<sup>102</sup> Se viene a exigir la entrega, en caso de compraventa, o la exhibición de la certificación energética, en caso de arrendamiento (artículo 14.2 del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Procedimiento Básico para la Certificación de la Eficiencia Energética de los Edificios (*BOE* de 13/04/2013).

<sup>103</sup> Se incluyen en el contenido del Derecho a la propiedad (artículo 33 CE) como derecho estatutario, el deber de los propietarios de realizar los trabajos y obras necesarias para satisfacer los requisitos básicos de la edificación, y para adaptar y actualizar sus instalaciones a las normas legales exigibles (artículo 9.1 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (*BOE* de 26/06/2008), entre otras, entendemos las de eficiencia del edificio.

<sup>104</sup> Artículos 104.c) de la Ley de Economía Sostenible y 25 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética en Andalucía (*BOJA* de 10/04/2007; *BOE* de 07/05/2007).

<sup>105</sup> Nótese que la legislación básica estatal y el reglamento andaluz difieren en cuanto a la terminología, definiendo el artículo 1.3.e) y f) el “certificado” como el documento suscrito por el técnico competente, que no el proceso de verificación que denomina certificación. Ello frente a la terminología del Reglamento andaluz que identifica el certificado con este último concepto nos hace sugerir la necesaria adaptación al legislador básico estatal.

<sup>106</sup> El contenido de la certificación energética viene dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Procedimiento Básico para la Certificación de la Eficiencia Energética de los Edificios (*BOE* de 13/04/2013), –de carácter básico ex disposición final segunda–, y artículo 6 del Decreto

consumo real o previsto de un centro de consumo y el consumo de referencia de este mismo Centro<sup>107</sup>. La calificación de eficiencia energética corresponde a las letras de la A a la G<sup>108</sup>, donde la primera es la de mayor eficiencia descendiendo progresivamente los niveles hasta la G<sup>109</sup>. Esta calificación tendrá una vigencia de diez años<sup>110</sup>, aunque se halla supeditada a cualquier actualización. La normativa establece la certificación del proyecto<sup>111</sup>, necesaria para el inicio de la construcción, y la certificación del edificio terminado<sup>112</sup>, prohibiéndose<sup>113</sup> las licencias de ocupación y funcionamiento<sup>114</sup><sup>115</sup>, y previéndose el mecanismo de la etiqueta como instrumento informativo<sup>116</sup><sup>117</sup>. Este certificado o certificación, además de resultar necesario para la elevación a escritura pública de las declaraciones de obra nueva y el acceso al

---

andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>107</sup> Artículo 27.2 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética en Andalucía (*BOJA* de 10/04/2007; *BOE* de 07/05/2007).

<sup>108</sup> Artículo 16 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>109</sup> En el ámbito andaluz, ningún edificio cuya calificación sea inferior a D podrá ser construido, ocupado o puesto en funcionamiento artículos 16.6, 18.1 y 27.2 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>110</sup> Artículo 11 del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Procedimiento Básico para la Certificación de la Eficiencia Energética de los Edificios (*BOE* de 13/04/2013).

<sup>111</sup> Artículo 28 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>112</sup> Artículo 29 Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>113</sup> La normativa sancionadora viene prevista en los artículos 34 y siguientes de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y de Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía (*BOJA* de 10/04/2007; *BOE* de 07/05/2007), y en las disposiciones adicionales tercera y cuarta (de carácter básico ex disposición final 2.1.ª de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana (*BOE* de 27/06/2013).

<sup>114</sup> Alguna doctrina interpreta el artículo extendiendo la necesidad de la certificación a la licencia de obras, aún cuando no se hace mención en la normativa. (Eficiencia energética y derecho, FERNANDO GARCÍA RUBIO y LORENZO MELLADO RUIZ, Directores, Madrid, 2013, p. 40, editorial Dykinson; ENRIQUE DOMINGO LÓPEZ, Ahorro y eficiencia energética en la edificación en Andalucía: marco normativo).

<sup>115</sup> Artículo 27 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>116</sup> Artículo 12 del Real Decreto obliga a la exhibición de la etiqueta para los edificios con superficie útil igual o superior a 500 m<sup>2</sup>, o 250 m<sup>2</sup> para aquellos ocupados por autoridades Públicas (artículo 37.3 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética).

<sup>117</sup> Adicionalmente, se insertará en el Libro del Edificio según el artículo 37.2 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

Registro de la Propiedad, resultará inscrito en el Registro de Certificados<sup>118</sup> existente en cada Comunidad autónoma<sup>119</sup><sup>120</sup>.

El informe de evaluación<sup>121</sup> ha sido prescrito desde la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana (*BOE* de 27/06/2013)<sup>122</sup>, para las edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva según el calendario previsto<sup>123</sup> para que acrediten, entre otros extremos, el cumplimiento de los requisitos de eficiencia energética<sup>124</sup><sup>125</sup>, correspondiendo el informe a los técnicos facultados por los órganos de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y debiendo ser inscritos en el Registro correspondiente, con una validez de 10 años, salvo que la normativa autonómica disponga una duración inferior.

Otro instrumento introducido es el plan de gestión de energía del edificio, obligatorio para aquellos edificios con potencia nominal instalada superior a 70 kw<sup>126</sup>, siendo administrado por un gestor energético<sup>127</sup>. A través del meritado plan de gestión se incluyen el conjunto de acciones técnicas y organizativas encaminadas a conocer la estructura de los consumos energéticos en un edificio, su eficiencia

---

<sup>118</sup> La Orden de 09/12/2014, por la que se regula la organización y el funcionamiento del Registro de Certificados energéticos andaluces, (*BOJA* de 16/12/2014).

<sup>119</sup> Artículo 30 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética, y disposición transitoria tercera del Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Procedimiento Básico para la Certificación de la Eficiencia Energética de los Edificios (*BOE* de 13/04/2013).

<sup>120</sup> Nótese que la nueva carga administrativa, lejos de suponer una garantía adicional al cumplimiento de los requisitos o al tráfico jurídico, crea un nuevo Registro, y nada añade, siendo así que su funcionalidad hubiera sido igualmente cumplida mediante un sistema de control puramente interno, quedando el tráfico privado garantizado mediante el control notarial y del Registro de la Propiedad.

<sup>121</sup> El artículo 33 del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Plan Estatal de Fomento del Alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria y la Regeneración y Renovación Urbanas 2013-2016 (*BOE* de 10/04/13), establece el Programa de apoyo a la implantación del Informe de Evaluación de edificios.

<sup>122</sup> Esta normativa estatal tiene carácter de básico según la disposición final.

<sup>123</sup> Disposición transitoria primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana (*BOE* de 27/06/2013).

<sup>124</sup> En aras a evitar duplicidades, y nuevas trabas/cargas administrativas innecesarias el artículo 5 y la disposición transitoria primera. I dispone que a su contenido se incorporará el eventual informe de Inspección Técnica del edificio, en su caso.

<sup>125</sup> Artículo 4.

<sup>126</sup> Artículos 1.3 y 5 y 20 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>127</sup> Artículo 25 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

energética y el mantenimiento en el tiempo de esta, así como las posibilidades de ahorro energético<sup>128</sup>.

## VII. LA EFICIENCIA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En su papel ejemplarizante la Administración Pública ha venido imprimiendo a todas sus políticas con el principio de eficiencia energética<sup>129</sup>, de tal forma, que no sólo se ha implantado las exigencias antes vistas en los edificios públicos, sino que también en la contratación<sup>130</sup> se viene a dar prioridad a la opción más eficiente, con una indudable apuesta por el sector de la eficiencia energética<sup>131</sup><sup>132</sup>. Resalta en el ámbito andaluz, la Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía (REDEJA)<sup>133</sup> creada para la gestión energética de los Centros de consumo de la Administración General de la Junta de Andalucía, y otros organismos y entidades que quieran adherirse<sup>134</sup>.

---

<sup>128</sup> Artículo 3.j) del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>129</sup> Artículo 3.5 de la Ley de Economía Sostenible; artículos 3.b) y 5.1 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía (BOJA de 10/04/2007).

<sup>130</sup> Artículo 85.2 de Ley de Economía Sostenible, exige la calificación energética en la adquisición de bienes, edificios y vehículos.

<sup>131</sup> Artículo 35.2.e) de la Ley de Economía Sostenible que recoge aspectos de sostenibilidad en la gestión de empresas públicas; optimización del consumo energético mediante contratos de servicios energéticos. El artículo 85.2 de la Ley de Economía Sostenible recoge para todo el sector público (sociedades estatales y fundaciones incluidas el objetivo de reducción de un 20% para 2016. Disposición adicional 10.ª de la Ley de Economía Sostenible. Artículo 24 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía (BOJA de 10/04/2007).

<sup>132</sup> El Plan de Medidas de Ahorro y Eficiencia Energética de 04/03/2011, Administración General del Estado, recoge la Medida 9: fomento medios de transporte públicos en la AGE; Medida 1: Plan de Activación de la Eficiencia Energética de los Edificios de la AGE (Acuerdo de Consejo de Ministro de 11/12/2009); Medida 12: introducción de calderas de biomasa en los edificios de la Administración; Medida 13: nacionalización consumo energético en edificios de la AGE; Medida 16: alumbrado municipal, renovación por otros más eficientes; Medida 17: Plan de Eficiencia en la Red de Carreteras del Estado; Reducir el consumo en alumbrado de red de carreteras y túneles; Medida 18: sustitución de luces de semáforos por led.

<sup>133</sup> Acuerdo de 26/06/2007 del Consejo de Gobierno por el que se crea la Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA de 10/07/2007).

<sup>134</sup> Entidades adheridas estén disponibles en sitio web: [https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/sites/default/files/Redeja/2013.06.26\\_entidades\\_adheridas\\_redeja.pdf](https://www.agenciaandaluzadelaenergia.es/sites/default/files/Redeja/2013.06.26_entidades_adheridas_redeja.pdf) (última entrada, a 04/01/2015).

En el ámbito de la contratación las prescripciones técnicas pueden referirse en términos de rendimiento o exigencias funcionales<sup>135</sup> (pudiendo referirlas a la etiqueta ecológica<sup>136</sup>). También se puede exigir certificados de garantía de calidad<sup>137</sup> o sistemas de gestión medioambiental<sup>138</sup>. Por lo que respecta a los criterios de adjudicación, cuando la ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente se valorará la eficiencia energética<sup>139</sup>.

Por lo que respecta a los edificios públicos<sup>140</sup>, en el ámbito autonómico andaluz se prevé la adquisición, construcción, elaboración de proyectos sobre edificios de mayor calificación energética<sup>141</sup>, debiendo además lucir el lugar visible la etiqueta de eficiencia energética<sup>142</sup>.

En aras a lograr el máximo ahorro, las Administraciones Públicas viene a servirse de la figura de las EMPRESAS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS (ESE). Este tercero, empresa de gestión de servicios energéticos se encarga de la realización de una serie de actividades y prestaciones por las cuales suministran energía eléctrica a los edificios realizando las inversiones necesarias para el ahorro energético del que se nutrirá el beneficio de la empresa, correspondiéndole la garantía de las instalaciones

---

<sup>135</sup> Artículo 34.4.b) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, Energía, Transportes y Servicios (*BOE* de 31/10/2007), y 117.3.b) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (*BOE* de 16/11/2011).

<sup>136</sup> Artículo 34.7 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y 117.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre.

<sup>137</sup> Artículo 35 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y 117.7 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre.

<sup>138</sup> Artículo 36.1.

<sup>139</sup> Artículo 62.1 párrafo 3.º de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, y artículo 150.3.h) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (*BOE* de 16/11/2011). En el ámbito autonómico andaluz, el artículo 72.3 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética, establece tanto para contratos administrativos como privados la posibilidad de incluir en el pliego de cláusulas administrativas como criterios las características funcionales de ahorro y eficiencia energética.

<sup>140</sup> Artículo 14 y disposición transitoria única de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía (*BOJA* de 10/04/2007), establece la obligación de instalaciones de aprovechamiento de energías renovables en el plazo de 10 años para los que ya son de titularidad de la Administración, y en el plazo de 7 años para los de nueva adquisición.

<sup>141</sup> Artículo 18.2 del Decreto andaluz 169/2011, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Fomento de Energías Renovables, el Ahorro y la Eficiencia Energética.

<sup>142</sup> Artículo 37.4.

y su mantenimiento; de esta forma, han de ser capaces de mejora en la eficiencia energética medible, estimable<sup>143 144</sup>.

Finalmente, en el ámbito de los servicios públicos, se ha pretendido incluir progresivamente la eficiencia energética suponiendo un ahorro según el Plan de Eficiencia Energética de 31,8 Ktep<sup>145</sup>; al amplio espectro incluido bajo el paraguas de “servicios públicos” supone el alumbrado público<sup>146</sup>, las plantas o instalaciones de tratamiento de aguas y de desalación, la sustitución de los semáforo por la nueva tecnología LED, etc., acaparando un gran protagonismo la Administración municipal<sup>147</sup>. De hecho, en el ámbito andaluz se ha impulsado el Plan de optimización energética municipal como mecanismo de gestión eficiente, contando a finales de 2012 a 724 municipios (94% del total) con el meritado Plan<sup>148</sup>.

<sup>143</sup> Supone que una Administración Pública encargue a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado, en función del tiempo de amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las prestaciones recogidas en la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>144</sup> El Plan de Impulso a la Contratación de Servicios Energéticos, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, conocido como Plan 2000 ESE afecta a 2.000 centros consumidores de energía: 1.000 pertenecientes a la Administración autonómica y local y otros 1.000 a la Administración General del Estado.

<sup>145</sup> Plan Eficiencia Energética 2011-2020, p. 74.

<sup>146</sup> El Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Eficiencia Energética en Instalaciones de Alumbrado Exterior y sus Instrucciones Técnicas Complementarias EA-01 a EA-07 (BOE de 19/11/2008). El Reglamento establece siete instrucciones técnicas que se mantendrán actualizadas mediante guías técnicas de carácter no vinculante (disposición adicional única). En Andalucía, el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la Protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la Contaminación Lumínica y el Establecimiento de Medidas de Ahorro y Eficiencia Energética (BOJA de 13/08/2010), prevé la aprobación de Mapas de aéreas lumínicas de Andalucía (disposición adicional tercera), Ordenanzas contra la contaminación lumínica (disposición adicional cuarta), entre otras medidas.

<sup>147</sup> El artículo 34 del anteproyecto de Ley andaluza de Cambio Climático establece la figura de municipio de baja emisión en carbono incluyendo a aquellos que no superen los umbrales de huella de carbono que se desarrolle reglamentariamente, a efectos de subvenciones.

<sup>148</sup> “A finales de 2012, 724 municipios andaluces (el 94% del total) ya contaban con un plan de optimización energética municipal (POE). De los 543 municipios que han firmado el Pacto de los Alcaldes (iniciativa europea en favor de un comportamiento energéticamente responsable a nivel municipal), un número significativo de éstos (384) han implementado ya unas 948 de las de las actuaciones identificadas en los estudios, y cada vez son más los que están contando con la financiación de las ESEs para llevar a cabo estas medidas. Globalmente, el ahorro conseguido en el sector municipal en estos años asciende a 86.100 tep”. Borrador Estrategia Energética Andalucía 2020 julio/2014 (p. 20).

## VIII. CONCLUSIONES

Aun cuando existe la idea tradicional de que la calidad de vida de un país es considerada como proporcional al consumo energético, y como uno de los elementos vitales en el desarrollo socioeconómico, la nueva realidad exige enfrentarnos a una crisis de dimensión mundial que requiere un cambio de visión, y concienciación en los países desarrollados y en las potencias emergentes. Siendo pues, la eficiencia energética, uno de los mecanismos ineludibles según la Agencia Internacional de la Energía<sup>149</sup>, la responsabilidad y solidaridad intergeneracional exigen que estos mecanismos sean implementados desde las Administraciones Públicas hasta los particulares, aprovechando el dinamismo económico y concibiéndolo como yacimiento de empleo, así como oportunidad de mejora en la competitividad por el ahorro de costes, imagen social de responsabilidad corporativa, y beneficios fiscales, financieros.

---

<sup>149</sup> Special early excerpt of the world energy outlook 2009 for the Bangkok UNFCCC 2009 meeting IAE 2009, afirma que de las 3,2 Gt CO<sub>2</sub> de reducción necesarias en 2020, alrededor del 65% se consiguen mediante medidas de eficiencia, y el resto a través de tecnologías bajas en carbono.



## LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS SOBRE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

**Roberto Galán Vioque**

*Profesor Titular de Derecho administrativo  
Universidad de Sevilla*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES. III. LA APUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA POR LAS ENERGÍAS RENOVABLES. IV. EL IMPACTO DE LAS MEDIDAS ANTICRISIS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES. 1. La centralización en el Estado de competencias en materia de energías renovables. 2. Las medidas de recorte aplicadas al sistema español de apoyo a las energías renovables.

### I. INTRODUCCIÓN

Pocos sectores económicos se han visto tan sacudidos en España por las medidas adoptadas en el contexto de la actual crisis económica como lo ha sido el sector de las energías renovables. La aprobación en 2007 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial parecía una apuesta decidida de nuestro país por las energías renovables, lo que provocó un auténtico “boom” de estas instalaciones.

Sin embargo, las adversas circunstancias económicas que rodearon su inicial puesta en marcha –apenas dos meses después de su entrada en vigor estalló la crisis financiera mundial– han traído como consecuencia la aprobación de una “casca-da” de medidas que han dado lugar a una centralización a favor del Estado de la gestión de las energías renovables y a una drástica reducción de su régimen económico primado.

Antes de abordar el estudio de estas dos consecuencias me voy a detener en analizar el reparto de competencias en materia de energías renovables entre el Estado y las Comunidades autónomas y el marco del Derecho de la Unión Europea que le resulta de aplicación que condicionan el régimen jurídico aplicable a la energías renovables en nuestro país.

## **II. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ENERGÍAS RENOVABLES**

Por razones cronológicas en la Constitución española de 1978 las energías renovables no aparecen en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Hay que estar, por lo tanto, a la distribución que en materia energética establecen las cláusulas 22.<sup>a</sup> del artículo 149.1 que atribuye al Estado la “autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial” y sobre todo a la 25.<sup>a</sup> que dejó en manos del Estado las “bases del régimen energético”. Sin perder de vista tanto la competencia genérica que tiene el Estado en materia de política económica general que le corresponde ex artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución, íntimamente ligada al funcionamiento del sector eléctrico, y su competencia en materia de legislación básica en materia de protección del medio ambiente.

Esta laguna constitucional fue superada en los nuevos Estatutos de Autonomía, que se aprobaron en la VIII Legislatura de las Cortes Generales (2004-2008) –los denominados Estatutos de “segunda generación”–, en los que, a diferencia de sus precedentes, se incluyeron a las energías renovables dentro de las competencias autonómicas. Lo que hizo que se planteara en la doctrina administrativa española la duda de si esta inclusión podía alterar el reparto competencial existente. Así, el artículo 133.1.d) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, atribuyó a la Generalitat de Cataluña competencias en materia de energía que “incluye en todo caso... [e]l fomento y la gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética”. Estas dudas han quedado, desde luego, disipadas primero con la histórica STC 31/2010, de 28 de junio, que resolvió el primero de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, donde se afirmó que las nuevas previsiones estatutarias, pese a su tenor literal, no podían suponer un cambio en el reparto de competencias establecido anteriormente por la jurisprudencia constitucional y más tarde por la importante STC 18/2011, de 3 de marzo, que resolvió acumuladamente sendos recursos de inconstitucionalidad planteados por el Presidente del Gobierno y el Parlamento y el Gobierno de Canarias contra diversos preceptos de la Ley estatal

54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y de la Ley canaria 11/1997, de 2 de diciembre, de Regulación del Sector Eléctrico canario, respectivamente. Este fallo anula la regulación canaria sobre producción de electricidad en régimen especial, donde se incardinaban los productores de electricidad a partir de fuentes renovables, que era más amplia que la establecida en la legislación básica estatal, porque:

“[d]icha divergencia conlleva como consecuencia la contravención de la normativa básica en relación a los supuestos en los que resulta ser de aplicación el régimen especial de generación eléctrica, con los correlativos incrementos de costes, dada la obligación del sistema eléctrico nacional de adquirir la energía producida, incrementos de costes que, por virtud del artículo 12.3 LSE, se integran en el conjunto del sistema a efectos de su retribución por el mismo” (FJ 18.º).

La regulación que han hecho las Comunidades Autónomas españolas en materia de energías renovables dentro de su ámbito competencial ha sido muy heterogénea. Tres Comunidades Autónomas (Murcia, Castilla-La Mancha y Andalucía) se han adelantado al Estado y disponen ya de sus propias leyes sobre energías renovables en las que, sin tocar su régimen retributivo que es competencia estatal, se ocupan de establecer una planificación autonómica de las energías renovables, medidas de fomento a las instalaciones de producción de electricidad procedente de fuentes renovables, el encaje territorial y urbanístico de estas instalaciones, mecanismos de colaboración, la coordinación interadministrativa y el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones administrativas. Varias Comunidades Autónomas han regulado también la instalación de parques eólicos que son las instalaciones que han tenido una mayor penetración ha tenido en nuestro país. Finalmente son varias también las Comunidades Autónomas que han establecido una imposición fiscal específica a las instalaciones del régimen especial de producción de electricidad.

Por lo que se refiere a la gestión administrativa sobre las energías renovables el papel del Estado es limitado aunque de gran relevancia ya que a la Administración del Estado le corresponde como competencia principal la gestión del régimen retributivo de la producción de electricidad procedente de fuentes de energías renovables, aparte de autorizar aquellas instalaciones eléctricas que puedan tener una incidencia superior a la de una Comunidad Autónoma, garantizar el acceso a las redes eléctricas de transporte y distribución y gestionar el sistema de garantía de origen de la electricidad procedente de fuentes de energía renovables y de cogeneración de alta eficiencia. Funciones que realiza por medio del hoy Ministerio de Industria, Energía y Turismo y la recién creada Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en la que se ha integrado la antigua Comisión Nacional de la Energía. A las Comunidades Autónomas les corresponde, por lo tanto, el control y autorización de las instalaciones de energías renovables que no sean de competencia estatal. Esta

descentralización en las Comunidades Autónomas que había sido criticada agriamente por la doctrina por el riesgo, que se ha demostrado real, de descontrol del régimen económico ha provocado en el contexto de la actual crisis a un claro “giro centralizador” del sistema sobre el que se volverá más adelante.

Por último, en relación con la necesidad de que exista una coordinación entre las distintas Administraciones en materia de energías renovables habría que destacar la creación por parte de la voluntarista Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, de una Conferencia sectorial de Energía como “órgano de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de preparación, desarrollo y aplicación de la planificación estatal sobre energía”.

### **III. LA APUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA POR LAS ENERGÍAS RENOVABLES**

Con independencia del papel que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan tener en materia de energías renovables hay que tener en cuenta que la política energética española, como la del resto de los países de la Unión Europea, está muy condicionada por las Instituciones europeas. El apoyo a la producción de electricidad procedente de fuentes de energías renovables aparece recogido en la actualidad en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que en su artículo 194.1.c) dispone que entre sus objetivos, en “el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente” se encuentra el de “fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables”. Su regulación concreta se encuentra en la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril, del Parlamento y del Consejo europeos de Fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables que ha establecido la obligación de que en la Unión Europea en el año 2020 la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía como mínimo sea del 20%, marcando un objetivo obligatorio para cada país que en el caso de España coincide con esta cuota mínima.

Para que se puedan alcanzar estos objetivos la Directiva 2009/28/CE permite a los Estados establecer medidas de fomento para las instalaciones de producción de electricidad procedente de energías renovables, los denominados sistemas de apoyo, con las que compensar el mayor coste que tienen en relación con la producción de electricidad de forma convencional. Con lo que se produce la paradoja de que al mismo tiempo que la Unión Europea impulsa una intensa liberalización del sector eléctrico, autoriza a los Estados miembros a fomentar las energías renovables. Sobre la cuestión clave de la compatibilidad de estos sistemas nacionales de apoyo con la existencia de una libre

competencia en el sector energético ha recaído ya una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que parte del reconocimiento del papel de las energías renovables como instrumento para luchar contra el cambio climático, dado que se trata de energías limpias que no producen gases de efecto invernadero. Lo que no quita para que sea necesaria una mayor coordinación e interrelación entre los sistemas de apoyo a la producción de electricidad procedente de fuentes renovables y los mecanismos de control de las emisiones. Lo que hasta la fecha no ha hecho el Derecho de la Unión Europea, como ha demandado en nuestra doctrina Delgado Piqueras, ha sido establecer un sistema único de fomento de las energías renovables para evitar los desequilibrios que se están produciendo entre los Estados miembros.

Hay que tener en cuenta que esta Directiva fue aprobada en abril de 2009, es decir en plena crisis económica y financiera mundial, por lo que se trataba de una clara apuesta europea por el fomento de las energías renovables. En este sentido los recortes que desde el año 2010 se han ido produciendo en España en relación con el sector de las energías renovables ponen en cuestión el cumplimiento por parte de nuestro país de sus compromisos comunitarios.

#### **IV. EL IMPACTO DE LAS MEDIDAS ANTICRISIS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES**

Las medidas que se han adoptado en materia de energías renovables en el contexto de la crisis económica se han proyectado sobre un doble plano. En primer lugar se ha producido un claro “giro centralizador” a favor del Estado en detrimento de las Comunidades Autónomas por lo que se refiere al control del régimen económico primado. Por otra parte, desde el año 2010 se han sucedido gradualmente una serie de medidas de “recorte” de este régimen de fomento que han culminado recientemente con la aprobación del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y de la con la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables cogeneración y residuos.

##### **1. La centralización en el Estado de competencias en materia de energías renovables.**

Muy poco tiempo después de la entrada en vigor del Real Decreto 661/2007 surgirían las primeras medidas centralizadoras. En septiembre de 2007 se activó el

mecanismo, previsto en su artículo 22, de garantía de potencia porque en esa fecha ya se había alcanzado el 85% de los objetivos previstos para el año 2010 en instalaciones solares fotovoltaicas. La entonces Secretaría General de Energía fijó el mes septiembre de 2008 como plazo límite para poder acogerse al régimen primado de esta disposición. Lo que provocó una auténtica avalancha de solicitudes de incorporación al entonces existente régimen especial para esta clase de instalaciones. Para las instalaciones fotovoltaicas que no pudieran acogerse a este régimen primado se aprobó el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, sobre Retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, que introdujo, entre otras medidas, una novedad de calado al crear un nuevo registro de preasignación de retribución con la clara finalidad de que el Estado pudiera controlar por anticipado la potencia fotovoltaica nueva que se pretendía instalar. La gestión de este Registro se atribuyó al Estado, a través del entonces Ministerio de Industria, Turismo y Comercio con lo que se privó a las Comunidades Autónomas en relación con las instalaciones solares fotovoltaicas de su papel de “filtro de entrada” para el acceso al régimen de fomento. La circunstancia de que la inscripción de los proyectos en este nuevo registro se ordenara cronológicamente en distintas convocatorias a las que se les iba a asignar un cupo de potencia determinado provocó nuevamente una masiva “carrera” de solicitudes.

A pesar de esta primera mala experiencia que había deparado el registro de preasignación con las instalaciones fotovoltaicas, el Gobierno tomó la decisión de generalizarlo para todas las instalaciones de producción de electricidad procedente de fuentes renovables, para de esa forma reforzar el papel del Estado sobre el control del régimen especial, por medio del artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, que adopta determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. La inscripción en este registro de preasignación para el régimen especial, gestionado también por el entonces Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, se convertía en una condición necesaria para poder acceder al régimen económico primado del Real Decreto 661/2007. Como quiera que los proyectos presentados se iban a ordenar también por orden de llegada y que cuando se alcanzaran los objetivos de potencia establecidos para cada tecnología en el Plan de Fomento de las Energías Renovables se agotaría la aplicación del Real Decreto 661/2007 se precipitaron nuevamente las solicitudes. En la propia exposición de motivos de esta norma se anunciaba que las instalaciones que se quedaran fuera de este registro se habrían de regir por “un nuevo marco jurídico-económico” que tendría que aprobar el Gobierno teniendo “como objetivos el establecimiento de un régimen económico suficiente y adecuado para fomentar la puesta en servicio de este tipo de instalaciones, promoviendo la investigación y desarrollo en el sector que permitan reducir los costes de las instalaciones, mejorar su operatividad y

contribuir al desarrollo de la competitividad de la industria”. Y que sería, presumiblemente, bastante menos beneficioso. La generalización de este registro creó una gran incertidumbre en el sector que veían como, ahora, a la obligación de conseguir la correspondiente autorización autonómica se le sumaba con carácter previo y cerrado esta inscripción, lo que constituía, sin duda, un cambio sustancial del sistema de fomento a las energías renovables.

Prueba del error que cometió el Gobierno generalizando el registro de preasignación fue su esperpéntico y frustrado intento de derogación. Aprovechando que se estaba tramitando en el Senado un proyecto de ley, que nada tenía que ver con el sector eléctrico, la formación catalana Convergència i Unió (CiU) presentó en septiembre de 2009 una enmienda en la que proponía su derogación porque invadía competencias de las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables. Esta enmienda, que aparentemente no tenía ninguna posibilidad de prosperar, fue aprobada paradójicamente con el apoyo de los senadores del PSOE, el partido que gobernaba. No obstante, ante la presión que recibió del sector este partido rectificó en el Congreso de los Diputados dónde finalmente se acabó rechazando la enmienda introducida en el Senado. Sería ya el Gobierno del Partido Popular el que primero suspendería el procedimiento de preasignación para las instalaciones que estuvieran inscritas por medio del Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, que finalmente acabaría derogando con el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para Garantizar la Estabilidad Financiera del Sistema Eléctrico.

Este proceso centralizador ha alcanzado su culmen con la aprobación de la Ley 24/2013, de 26 de noviembre, del Sector Eléctrico, y del ya citado Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que la desarrolla. Estas dos normas han introducido como novedad de calado, apartándose de todos los precedentes anteriores, el sometimiento del acceso a un régimen económico primado para la producción de electricidad procedente de fuentes de energías renovables –el ahora denominado régimen retributivo específico y anterior régimen especial– a un procedimiento de concurrencia competitiva. Procedimiento que lógicamente va a corresponder a la Administración General del Estado. Lo que, sinceramente, no se entiende es que un cambio de esta naturaleza, que constituye un “giro copernicano” en el sistema de apoyo español a las energías renovables, no hubiese figurado inicialmente en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno. Esta previsión se introdujo a través de una enmienda en el Congreso de los Diputados presentada por el Grupo parlamentario popular con la lacónica justificación de que se trataba de una “medida de eficiencia económica en la asignación de un recurso escaso”.

## **2. Las medidas de recorte aplicadas al sistema español de apoyo a las energías renovables.**

Las primeras medidas de recorte al ya desaparecido régimen especial se iniciaron con el anterior Gobierno con la aprobación del Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, que regula y modifica determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica con el que, como se confesaba expresamente en su exposición de motivos, se pretendía precisamente “resolver determinadas ineficiencias en la aplicación del citado Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, para las Tecnologías Eólica y Solar Termoeléctrica”, introduciendo limitaciones de horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima para las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica y eólica, obligando a las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica a vender durante su primer año su energía neta con tarifa regulada y acometiendo una revisión de las primas de las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica y eólica.

A estas medidas le sucedió el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, que establece medidas urgentes para la Corrección del Déficit Tarifario del Sector Eléctrico, que afectó de forma intensa nuevamente a las instalaciones fotovoltaicas a las que les aplicó una limitación de las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a primas en función de la zona solar climática donde se encontrara cada instalación. El Gobierno trató de compensar este recorte con una elevación de 25 a 28 años de su periodo regulatorio que, al poco tiempo, la Ley de Economía Sostenible elevaría hasta los 30 años. La deriva de la política española de apoyo a las energías se agudizaría con el cambio de Gobierno. El Real Decreto-Ley 1/2012, ya se ha visto, impuso una moratoria para a las nuevas instalaciones del régimen especial suspendiendo el procedimiento de preasignación para las instalaciones que estuvieran inscritas y suprimió el régimen económico primado para las no inscritas. Ese mismo año se aprobó la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales para la Sostenibilidad Energética, que creó una nueva figura impositiva, el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica, que se aplicó inexplicablemente a las instalaciones del régimen especial. Más tarde, el Real Decreto-Ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el Sistema Eléctrico y en el Sector Financiero, modificó a la baja el sistema de cálculo del índice de actualización de los costes del sector eléctrico y eliminó la opción de vender la electricidad producida en régimen especial en el mercado con el derecho al cobro de primas. Pero la “puntilla final” vino de la mano del Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para Garantizar la Estabilidad Financiera del Sistema Eléctrico, que derogó, nada menos, que el Real Decreto 661/2007 y ordenó al Gobierno aprobar un nuevo régimen retributivo para las instalaciones incluidas en el régimen especial sobre la base de unos nuevos parámetros legales de retribución que se aplicarían, cuando se aprobaran sus normas reglamentarias de desarrollo, a partir de su entrada en vigor

que se produjo el 14 de julio de 2013. Previsiones que la nueva Ley del Sector Eléctrico de 2013 incorporaría a su articulado y que se materializarían en los ya citados Real Decreto 413/2014 y de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, que a la postre infligen un recorte de miles de millones de euros al sistema de apoyo a las energías renovables en España con la clara finalidad de intentar atajar el abultado déficit de tarifa que existe en nuestro sistema eléctrico. Todos estos cambios normativos que se han ido introduciendo para reducir el importe de las primas a las renovables han hecho mella con carácter general en los titulares de instalaciones de energías renovables que cuestionan su conformidad con los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Lo que explica que hayan sido objeto de impugnación tanto ante el Tribunal Constitucional como masivamente ante el Tribunal Supremo, y que España se encuentra actualmente sometida a varios arbitrajes internacionales a los que ha sido llevado por una serie de inversores extranjeros al amparo de los mecanismos previstos en el Tratado de la Carta de la Energía. La pregunta que cabría hacerse es si las soluciones que se han adoptadas en el contexto de una fortísima crisis económica eran las únicas posibles o si hubiese sido más razonable asumir la situación de las energías renovables, que era ciertamente delicada, como un asunto de Estado en cuya resolución tendría que haber participado todos los operadores del sector eléctrico, las distintas fuerzas políticas y también las Comunidades Autónomas.



# BIBLIOGRAFÍA

## SEGUNDA PONENCIA

### **LA CONTROVERSI A ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS EFECTOS DE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO EN LAS LEYES AUTONÓMICAS**

AJA, E.: *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza, 2014.

ALONSO, E.: “El control por el Tribunal Constitucional del sistema español de fuentes del Derecho a través del artículo 24 de la Constitución”, *REDC*, 1988, núm. 24, pp. 191-2.010.

ARCE JANÁRIZ, A.: “Los principios de prevalencia y supletoriedad del derecho estatal”, ARCE JANÁRIZ, (coord.): *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*, 2003, pp. 113-130.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, 2005, Iustel.

GIMENO SENDRA, V.: “De nuevo el conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, *La Ley*, núm. 7, 2001.

HINOJOSA MARTÍNEZ, E.: “La inaplicación judicial de leyes autonómicas por prevalencia del derecho del Estado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2009.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L.: “Jurisdicción constitucional y ordinaria: las colisiones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo”.

LOZANO CUTANDA, B.: “¿Pueden los tribunales ordinarios inaplicar o desplazar la legislación autonómica contraria a la legislación básica estatal? (STC 177/2013 y STS de 13 de mayo de 2013)”, *Diario La Ley*, 13 de enero, 2014.

MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España*, 2012.

RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.: “A vueltas con la cláusula de prevalencia del derecho estatal: sobre la inaplicación judicial de leyes autonómicas (A propósito de la STC 62/2011, de 16 de mayo)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2012.

TORNOS MAS, J.: “Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia”, *REDC*, núm. 33, 1991, p. 35.

### **MESA REDONDA PRIMERA**

#### **LA SUPRESIÓN DE ÓRGANOS AUTONÓMICOS EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA**

ALBERTÍ ROVIRA, E.: “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”, *REDC*, 98, 2013.

ANGUITA SUSI, A.: “Artículo 128. Defensor del Pueblo Andaluz”, en P. CRUZ VILLALÓN y M. MEDINA GUERRERO: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, Tomo III.

BUEYO DÍEZ JALÓN, M.: “Los defensores del pueblo autonómicos como mecanismo de garantía y tutela del Estatuto de Autonomía y del ordenamiento jurídico autonómico”, *RGDA*, 29, 2012.

CARRASCO DURÁN, M.: “Estabilidad presupuestaria y Comunidades Autónomas”, *REAF*, 18, 2013.

DARNACULLETA GARLLETA, M. M.: “Conseqüencies institucionals de la limitació del deute públic a les Comunitats Autònomes i als Länder. Una anàlisi comparada dels mecanismes de control de l'estabilitat pressupostària a Espanya i Alemanya”, *REAF*, 20, 2014.

DEL REY RUIZ, H. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L.: “Vigencia y necesidad de un Defensor del Pueblo para Castilla-La Mancha”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 13, 2013 (segunda época).

DÍAZ REVORIO, F. J.: “Vuelco político y austeridad frente a la crisis en Castilla-La Mancha”, *RGDC*, 14, 2012.

GIMENO FELIU, J. M.: “Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas. Balance y prospectiva”, *Revista Catalana de Dret Public*, 47, 2013.

LOZANO MIRALLES, J.: “El control de las cuentas públicas”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 14, 2014 (segunda época).

MEDINA GUERRERO, M.: “El Estado autonómico en tiempos de disciplina fiscal”, *REDC*, 98, 2013.

MONTILLA MARTOS, J. A.: “La organización institucional de la Comunidad Autónoma en la STC 31/2010”, *Revista d’Estudis Autonomics i Federals*, 12, 2011.

ORDOKI URDAZI, L. M.: “La necesidad de una transformación radical de las Instituciones de Control Financiero Externo en España”, *Auditoría Pública*, 57, 2012.

PASCUAL MEDRANO, A.: “La Comunidad Autónoma de la Rioja: en la senda de los recortes”, *RGDC*, 16, 2013.

VIVER PI-SUNYER, C.: “L’impacte de la crisi econòmica global en el sistema de descentralització política a Espanya”, *REAF*, 13, 2011.

### **MESA REDONDA TERCERA**

#### **COMUNICACIÓN SOBRE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO**

FERNÁNDEZ FARRARES, G.: “Unidad de mercado y libertades de empresa y de circulación en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, abril-junio 2013.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Sobre el restablecimiento legal de la unidad de mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, abril-junio 2014.

PADROS REIG, C. y MACÍAS CASTAÑO, J. M.<sup>a</sup>: “Los instrumentos administrativos de garantía de la unidad de mercado”, *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 2014.

REBOLLO PUIG, M.: “La libertad de empresa tras la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, abril-junio 2014.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “El contencioso de la unidad de mercado”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre 2013.

### **MESA REDONDA CUARTA**

#### **¿CANTAREMOS TAMBIÉN “FRACKING USA”? EL FRACKING, UN DILEMA EN LA CRISIS COMO DESAFÍO PARA EL DERECHO AMBIENTAL**

BLIGH Shawna & WENDELBO, C.: “Hydraulic fracturing: drilling into the issue”, *Natural Resources and Environment*, vol. 27, number 3, Winter 2013, pp. 7-12.

BOQUERA MATARREDONDA, V.: “¿Puede el Fracking ser materia de acuerdo local?”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 33, octubre 2013, pp. 175-180.

DANIEL TAILLANT, J.; ROELOFFS A. & HEADEN, C.: *Fracking Argentina Informe Técnico y Legal sobre la Fracturación Hidráulica en Argentina*, 24 de octubre 2013, Centro de Derechos Humano y Ambiente & ECOJURE, Córdoba, Argentina 2013.

ESPOSITO, M.: “Water Issues Set the Pace for Fracking Regulations and Global Shale Gas Extraction”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, núm. 22, Winter 2013, pp. 167-190.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica”, *Diario La Ley*, núm. 8336, Sección Doctrina, 19 de junio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, La Ley 3929/2014.

– *Idem*: “La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (fracking) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado”, *Diario La Ley*, núm. 8358, Sección Tribuna, 21 de julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, pp. 9-10, La Ley 4712/2014.

– *Idem*: “Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, mayo-diciembre 2014, vol. 2, pp. 1.331-1.351.

GARRIDO DE LAS HERAS, S. & ANTÓN VEGA, D.: “El reparto de competencias en materia de hidrocarburos: la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el uso de la técnica de fracking”, *Diario La Ley*, ISSN 1138-9907, núm. 8401, 2014.

GHOSHRAY, S.: “Charting the future trajectory for fracking regulation: from environmental democracy to cooperative federalism”, *Thurgood Marshall Law Review*, núm. 38, Spring 2013, pp. 199-239.

HALL, K. B.: “When do State oil and Gas Mining statutes preempt Local Regulations”, *Natural Resources and Environment*, vol. 27, number 3, Winter 2013, pp. 13-15.

HEINBERG, R.: *Fracking: el bálsamo milagroso: la falsa promesa del fracking hace peligrar nuestro futuro*, Icaria, Barcelona, 2014.

HOLLOWAY, M. D. and RUDD, O.: *Energy Sustainability: Fracking: The Operations and Environmental Consequences of Hydraulic Fracturing*. Somerset, NJ, USA: John Wiley & Sons, Salem, Massachusetts 2013, ProQuest ebrary, Web 7, January 2015.

HOOKER, T.: “Zoning out fracking: zoning authority under new york state’s oil, gas and solution mining law”, *Fordham Urban Law Journal*, December 2012, núm. 40, pp. 869-914.

JIMÉNEZ HERNANDIS, J.: “¿Puede el Fracking ser materia de acuerdo local?”, *Cuadernos de Derecho Local*, ISSN 1696-0955, núm. 33, 2013, pp. 175-180.

LEITER, A. C.: “Fracking as a federalism case study”, *University of Colorado Law Review*, núm. 85. Fall 2014, pp. 1.123-1.131.

MOREU CARBONELL, E.: “Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. III, núm. 2, 2012, pp. 1-43.

– *Idem*: “La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (fracking) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado”, *Diario La Ley*, núm. 8358, Sección Tribuna, 21 de julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley, La Ley 4712/2014.

RAWLINS, R.: “Planning for fracking on the barnett shale: urban air pollution, improving health based regulation, and the role of local governments”, *Virginia Environmental Law Journal*, núm. 31, 2013, pp. 226-306.

– *Idem*: “Planning for fracking on the barnett shale: soil and water contamination concerns, and the role of local government”, *Environmental Law*, Winter 2014, núm. 44, pp. 135-199.

SANCHÍS JIMÉNEZ, J. y SANCHÍS MOLL, J. L.: “Informe técnico: Fracturación hidráulica (Fracking) y sus potenciales consecuencias en el medio ambiente”, *Cuadernos de Derecho Local*, ISSN 1696-0955, núm. 33, 2013, pp. 181-187.

SANDEZ ARANA: *La fracturación hidráulica en la Unión Europea: estado de la cuestión*, documento Marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos, 18/2014, de 3 noviembre de 2014 en [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_marco/2014/DIEEEM18-2014\\_FracturacionHidraulica\\_SandezArana.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2014/DIEEEM18-2014_FracturacionHidraulica_SandezArana.pdf).

SANTAMARÍA ARINAS, R. J.: “Las claves jurídicas del debate sobre el fracking”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. V, núm. 1, 2014, pp. 1-38.

ÚBEDA ARÉVALO, J. V.: “Informe técnico: Fracturación hidráulica (Fracking) y sus potenciales consecuencias en el medio ambiente”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 33, octubre 2013, pp. 181-187.

VV.AA.: *Gas no convencional en España. Una oportunidad de futuro*, Consejo Superior de Colegios de Ingenieros de Minas, CÁMARA RASCÓN, Á. & PENDÁS FERNÁNDEZ, F. (dir.) disponible en [http://ingenierosdeminas.org/documentos/130312\\_informe\\_gas.pdf](http://ingenierosdeminas.org/documentos/130312_informe_gas.pdf).

WARNER, B. & SHAPIRO, J.: “Fractured, Fragmented Federalism: A Study in Fracking Regulatory Policy”, *Publius: the journal of federalism*, ISSN 0048-5950, vol. 43, núm. 3, 2013 (Ejemplar dedicado a: The Annual Review of Federalism), pp. 474-496.

## **COMUNICACIONES A LA PRIMERA PONENCIA**

### **ALCANCE DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PRIORIDAD DEL PAGO DE LA DEUDA PÚBLICA**

CARRASCO DURÁN, M.: “Estabilidad Presupuestaria y Comunidades Autónomas”, *REAF*, núm. 18, 2013.

DE LA HUCHA CELADOR, F.: “La deuda pública como recurso financiero en los distintos niveles de gobierno y sus limitaciones. El control del endeudamiento de las Administraciones Públicas”, *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013.

GARCÍA ROCA, J.: “El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento”, *Crónica Presupuestaria*, núm. 1, 2013.

MARC CARRILLO: “Constitución y control de las finanzas públicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, 2014.

MARTÍNEZ LAGUNA, F. D.: “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española: efectos y consecuencias jurídicas de la reforma”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 24, 2011.

MEDINA GUERRERO, M.: “El Estado Autonómico en tiempos de disciplina fiscal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013 y “La reforma del artículo 135 CE”, *Teoría y Realidad Constitucional, UNED*, núm. 29, 2012.

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F.: “La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 137, 2013.

### **EL IMPACTO DE LA LEGISLACIÓN DE CRISIS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO UNIVERSITARIO ¿EN PRO DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA?**

AMOEDO SOUTO, C. A.: “Crisis y cambio de modelo en las Universidades Públicas. Reflexiones de urgencia”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 33, 2012.

AMOEDO SOUTO, C. A. y NOGUEIRA LÓPEZ, A.: “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 157, 2013.

NÚÑEZ LOZANO, M. C. y MALVÁREZ PASCULA, L. A.: “El cómputo de la tasa de reposición de efectivos en relación con las plazas de promoción del profesorado universitario: el análisis de un cambio de criterio carente de fundamento”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 34, 2013.

PAREJO ALFONSO, L.: “La autonomía de las universidades” en *VI Curso sobre Régimen de Universidades Públicas*, Universidad de Almería, 25-27 de abril de 2001, 2002.

TORRES, I.: *La autonomía universitaria: aspectos constitucionales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

## **COMUNICACIONES A LA SEGUNDA PONENCIA**

### **CONSIDERACIONES ACERCA DE LA REFORMA OPERADA POR LEY 8/2013, DE 26 DE JUNIO, DE REHABILITACIÓN, REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS, EN MATERIA DE CONDICIONES BÁSICAS DE LA IGUALDAD REGULADAS EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008, DE 20 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL SUELO**

BARNÉS VÁZQUEZ, J.: *Distribución de competencias en materia de urbanismo: Estado, Comunidades Autónomas, Entes locales: análisis de la jurisprudencia constitucional*, Bosch, Barcelona, 2002.

CARRASCO DURÁN, M.: *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica: una aproximación a la interpretación jurisprudencial del artículo 149.1.13 de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2005.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G.: “El nuevo deber de conservación de edificios”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 7, 2013.

LOZANO CUTANDA, B.: “¿Pueden los tribunales ordinarios inaplicar o desplazar la legislación autonómica contraria a la legislación básica estatal? (STC 177/2013 y STS de 13 de mayo de 2013)”, *Diario La Ley*, núm. 8227, 13 de enero de 2014.

MARINERO PERAL, A. M.<sup>a</sup>: “El Proyecto de Ley de Regeneración Urbana de Castilla y León”, *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, núm. 118, 2012.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N.: “Resumen y comentario de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013.

TEJERINA GONZÁLEZ, J. I.: “Incidencia en la normativa urbanística vasca de la Ley 8/2013, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98, 2014.

## **COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA SEGUNDA**

### **LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA SOBRE EL RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LOS MUNICIPIOS**

DÍAZ LEMA, J. M.: “El Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿cambio de rumbo en la Administración local española?”, en FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. (dir.): *Anuario del Gobierno Local 2012, Fundación Democracia y Gobierno Local*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2013.

FLORES DOMÍNGUEZ, L. E.: “El Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Novedades de la versión definitivamente aprobada” (I y II), *Diario del Derecho Municipal de Iustel*, 4 y 10 de septiembre de 2013.

FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A.: “Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿es esta la reforma?”, en FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. (dir.): *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2013.

GALÁN GALÁN, A.: *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2012.

JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “El Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: novedades más relevantes en relación con los borradores del ALRSAL y principales enmiendas aprobadas en el Congreso de los Diputados” (I y II), *Diario del Derecho Municipal de Iustel*, 27 y 28 de noviembre de 2013.

MEDINA GUERRERO, M.: “Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en SALVADOR CRESPO, M.; ZAFRA VÍCTOR, M. y MEDINA GUERRERO, M.: *Reforma de la Ley de Régimen Local*, Fundación Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2013.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “Las competencias propias de las corporaciones locales”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal I*, 3.<sup>a</sup> ed., Iustel, Madrid, 2011.

TOSCANO GIL, F.: “El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: competencias propias y com-

petencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 165, 2014.

TOSCANO GIL, F.: “Las competencias municipales”, en CARRILLO DONAIRE, J. A. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coord.): *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, La Ley-Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

VELASCO CABALLERO, F.: “Duplicidades funcionales de Comunidades Autónomas y entidades locales”, *Anuario de Derecho Municipal 2011*, núm. 5, 2012.

VELASCO CABALLERO, F.: “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario de Derecho Municipal 2012*, núm. 6, 2013.

ZAFRA VÍCTOR, M.: “Análisis y valoración sobre la constitucionalidad de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en CARRILLO DONAIRE, J. A. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coord.): *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, La Ley-Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

ZAFRA VÍCTOR, M. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: “El pretendido blindaje autonómico de competencias municipales tras la reforma de la Administración local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 2, 2014.

## **LA REFORMA LOCAL EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES: LA COMPETENCIA DE PREVENCIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL EN MATERIA DE MENORES**

AGUADO I CUDOLÀ, V.: “El régimen jurídico de las prestaciones de servicios sociales”, en *El Marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012.

ALMEIDA CERREDA, M.: “Las competencias de los municipios en materia de servicios sociales”, en *Tratado de Derecho Municipal*, T. III, Iustel, Madrid, 2011.

ALONSO OLEA GARCÍA, B.: “Las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”, en PÉREZ BUENO, L. C. y OTRO (coord.): *Las dimensiones de la Autonomía Personal*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

AYMERICH CANO, C.: “Los servicios sociales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 88, 2014.

GAMERO CASADO, E.: “Los Servicios Sociales en el Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M. (coord.): *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012.

## **COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA TERCERA**

### **LEGISLACIÓN CRISIS Y DERECHO PENAL**

ÁLVAREZ MARTÍN, J. A.: “La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012 ¿afectará a los fondos y cuentas públicas?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: “La reforma del delito fiscal por la Ley Orgánica 7/2007”, *Diario La Ley*, núm. 8076, Sección Tribuna, 6 de mayo 2013.

CALVO VÉRGEZ, J.: “La reforma del artículo 305 del Código Penal y su incidencia sobre la separación constitucional de poderes”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 854/2012.

DÍEZ LIRIO, L. C.: “La naturaleza jurídica de la regularización tributaria tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2012”, *El Derecho*, 19-09-2013.

FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: “Defraudación fiscal, blanqueo de capitales y regularización fiscal”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 155/2012.

MORALES PRATS, F. y OTROS: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Ed. Thomson Aranzadi, 4.º edición, 2005, Cizur Menor (Navarra).

MUÑOZ CUESTA, F. J.: “El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del artículo 301 por Ley Orgánica 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013.

MUÑOZ CUESTA, F. J.: “La reforma del delito fiscal operada por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2013.

SERRANO GÓMEZ, A.: “Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal y Legislación Líquida”, *Diario La Ley*, núm. 8204, Sección Doctrina, 3 de diciembre de 2013, Año XXXIV.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I.: “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8052, Sección Doctrina, 27 de marzo de 2013, Año XXXIV.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C.: “La prescripción del delito fiscal: del «caso Estevill» al «caso Fabra»”, *Diario La Ley*, núm. 8398, Sección Doctrina, 14 de octubre de 2014, Año XXXV.

## **COMUNICACIONES A LA MESA REDONDA CUARTA**

### **EFICIENCIA ENERGÉTICA**

ABELLÁN JIMÉNEZ, J. F.: “El futuro de las TIC en la eficiencia energética. Una nueva línea de negocio, *3Ciencias. Revista de Investigación*, Editada por Área de Innovación y Desarrollo, S.L., 2012.

ÁLVAREZ GARCÍA, V.: “El régimen jurídico-técnico de la fabricación de los vehículos de motor”, *Revistas@justel.com, Revista General de Derecho Administrativo*, 34, 2013.

ARANDA, A.; SCARPELLINI, S. y FEIJOÓ, M.: “Análisis de la eficiencia energética de la industria española y su potencial de ahorro”, *Economía Industrial*, núm. 352, IV, 11, 2003.

BOBES SÁNCHEZ, M. J.: “Crónica de jurisprudencia. Tribunal Supremo. Energía”, *Revistas@justel.com, Revista General de Derecho Administrativo*, 36, 2014.

COMISIÓN EUROPEA: *Inversión para el empleo y el crecimiento. Promoción del desarrollo y la buena gobernanza en las regiones y ciudades de la UE. Sexto informe sobre la cohesión económica, social y territorial*, julio/2014, editor: Lewis Dijkstra, Dirección General de Política Regional y Urbana de la Comisión Europea del 23 de julio de 2014. Puede consultarse esta publicación en línea en: [http://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr_es.pdf).

DOBLADO VALDERRAMA, R.: *El impacto económico del ahorro y la eficiencia energética en el sector industrial en Andalucía*, Sevilla, Escuela Andaluza de Economía, Depósito Legal SE 4180-2011, 2011.

GARCÍA RUBIO, F. y MELLADOR RUIZ, L.: *Eficiencia Energética y Derecho*, Madrid, Dykinson, S.L., 2013.

GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

GONZÁLEZ SAINZ-MAZA, R. y SÁNCHEZ FORNIÉ, M. A.: “Desarrollos de Smart Grids para el fomento de la Eficiencia Energética”, *Anales de Mecánica y Electricidad*, 62-67, julio-agosto 2013.

MARTIN-MORENO, J. M. y BLÁZQUEZ, J.: “Reflexiones sobre el auge de las economías emergentes y su impacto sobre la seguridad energética”, *Ei* (384), 13-22.

NAVARRO RODRÍGUEZ, P.: “La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: naturaleza, régimen jurídico e independencia”, *Revistas@iustel.com, Revista General de Derecho Administrativo Iustel*, 34, 2013.

PASTOR ESCRIBANO, A.: “La política de eficiencia energética ante el cambio climático. Cambio climático: aspectos económicos e internacionales”, *ICE*, (862), 33, 2011.

PELÁEZ RAMOS, M. L.: *El reto de la eficiencia energética en el sector de la construcción. Observatorio Industrial del Sector de la Construcción, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Ei*, (385), 91-98.

SALAZAR ARAGÓN, C.; OLIVEIRA PAMPLONA, E. y VIDAL MEDINA, J. R.: “La eficiencia energética como herramienta de gestión de costos: una aplicación para la identificación de inversiones en eficiencia energética, su evaluación económica y de riesgo”, *Revista del Instituto Internacional de Costos*, ISSN 1646-6896, Edición Especial XII Congreso, 48-73, abril 2012.

TEJERA OLIVER, J. L.: “La contribución de las normas internacionales de la serie ISO 50000 a la Eficiencia Energética”, *Anales de Mecánica y Electricidad*, 18-22, julio-agosto 2013.

## INCIDENCIA LEGISLACIÓN CRISIS SOBRE LAS ENERGÍAS RENOVABLES

BECKER, F.; CAZORLA, L. M. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (dirs.): *Tratado de Energías Renovables, Volumen I y II. Aspectos jurídicos*, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.

DE LA CUADRA SALCEDO, T.: “Seguridad jurídica y protección de la confianza legítima en la regulación de los sectores energéticos”, SERRANO GONZÁLEZ, M. y BACIGALUPO SAGGESE, M.: *Cuestiones actuales del Derecho de la energía. Regulación, Competencia y Control Judicial*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 163 y ss.

DEL GUAYO CASTIELLA, I.: “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-Ley 1/2012, de 22 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuente de energía renovables)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, 2012, pp. 217 a 254.

DEL GUAYO, CASTIELLA, I. y DOMINGO LÓPEZ, E.: “EL protocolo de Kyoto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero”, *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario sobre medio ambiente, 2001, pp. 71 y ss.

DOMINGO LÓPEZ, E.: *Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*, INAP, Madrid, 2000.

– *Idem*: “La promoción de las energías renovables en la Unión Europea: el modelo italiano versus el modelo español”, PÉREZ MORENO, A.: (coord.): *El derecho de la energía*, XV Congreso Italo-español de Profesores de Derecho Administrativo, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2006.

– *Idem*: “El protocolo de Kyoto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero”, *Documentación Administrativa*, núm. 256.

ESTOA PÉREZ, A.: “Descoordinación de competencias en materia de energías renovables”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 27, 2011, pp. 1 a 33 (edición digital).

GALÁN VIOQUE, R.: “El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables”, TAVARES DA SILVA, S. (Organización): *Estudos de Direito da energia*, Instituto Jurídico, Facultad de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

GARCÍA DELGADO, J. L. y JIMÉNEZ, J. C. (dirs.): *Energía: del monopolio al mercado. CNE diez años en perspectiva*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: “Nota sobre el régimen jurídico de la energía termosolar”, EMBID IRUJO, A. (dir.): *Agua y Energía*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

JORDANO FRAGA, J.: “Título VII. Medio Ambiente”, CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M.: *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tomo IV, Ideas Más Tecnología, Sevilla, 2012, pp. 2.787 a 2.879.

LÓPEZ SAKO, M. J.: “Las energías renovables en la lucha contra el cambio climático”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, 2009.

MARTÍN i ALONSO, G.: “De nou sobre la distribució de competències en matèria d’energies renovables: aspectes generals i àmbits problemàtics”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 11, 2010, pp. 294 a 351.

MINGORANCE MARTÍN, C.: “Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 87, 2013, pp. 137 a 185.

MOLINA DEL POZO, C. F.: “Energías renovables y cambio climático como políticas públicas de desarrollo en la Unión Europea”, ARENILLA SÁEZ, M. (coord.): *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2010.

MORA RUIZ, M.: “La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables: revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 257, 2010.

– *Idem*: *La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?*, Actualidad Jurídica Ambiental, 2014 (<http://www.actualidadjuridicaambiental.com/?p=11410>).

MORALES PLAZA, J. I.: *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables. La transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia”, MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Derecho de la regulación económica*, Tomo I, Iustel, Madrid, 2009.

PARENTE, A.: *Principios de derecho europeo de la energía*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

– *Idem*: “Capítulo 21. Energías renovables”, ORTEGA ÁLVAREZ, L.; ALONSO GARCÍA, C. y DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

PÉREZ ARRIAGA, J. I. (dir.): *Influencia de las políticas medioambientales en los mercados eléctricos europeos*, Fundación BBVA, Madrid, 2006.

PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, D.: *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*, Dykinson, S. L., Madrid, 2012.

RUIZ OLMO, I.: “Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del Real Decreto 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2014, 28 pp. en edición digital (<http://www.actualidadjuridicaambiental.com/?p=11481>).

SÁNCHEZ SÁEZ, A.: Voz “Energías renovables”, ALONSO GARCÍA, E. y LOZANO CUTANDA, B.: *Diccionario de Derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006.

SANZ RUBIALES, I.: “Mercados de cuotas y protección del medio ambiente: el fomento de las energías renovables en la directiva 2009/28”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010.

TORRES LÓPEZ, M. A. y ARANA GARCÍA, E. (dirs.): *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Cizur Menor, 2010.



