

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 76/2010

Enero-Abril

ESTUDIOS

Jaime Rodríguez Arana

El Derecho Administrativo global: un derecho principal

Manuel Sarmiento Acosta

Fórmulas complementarias de resolución de controversias jurídico-administrativas:
acerca de la creación de comisiones o tribunales administrativos

Javier Bermúdez Sánchez

Remodelaciones urbanas en conjuntos históricos y sus entornos

Guillermo Lago Núñez

La desaparición del sistema municipal

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

Inspección de las Cajas de ahorro, reparto de competencias
Estado-Comunidades autónomas y concurrencia de jurisdicciones
(*Carmen Carretero Espinosa de los Monteros*)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

El debate final de la Ley de Autonomía Local de Andalucía

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Experiencias actuales de los bancos del agua en España.
Estudio de los casos del Guadiana, Guadalquivir, Júcar y Segura

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y
la Administración Hidrográfica de Andalucía

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA

Administración Pública

■ 76
2010



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 76

Enero-Abril 2010

Revista cuatrimestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia Comunidad Autónoma u otras Administraciones Públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de Revista científica, universitaria, libre y pluralista.



UNIVERSIDAD DE SEVILLA
INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente)*
Alcaide Calderón, Manuel. *Director General de Recursos Humanos y Función Pública. Junta de Andalucía.*
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*
Del Río Muñoz, Francisco. *Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*
García León, Manuel. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Secretario del Ayuntamiento de Málaga.*
Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Ortiz Díaz, José. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Naranjo, María Gema. *Directora General de Innovación de los Servicios. Junta de Andalucía.*
Pérez Porras, María. *Directora del Instituto Andaluz de Administración Pública. Junta de Andalucía.*
Puyá Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Reguera Benítez, José María. *Director General de Administración Local. Junta de Andalucía.*
Roca Roca, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Valles Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*
Víboras Jiménez, José Antonio. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*

Director:

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Secretaría:

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Consejo de Redacción:

Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Jordano Fraga, Jesús. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
López González, José Ignacio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
Medina Guerrero, Manuel. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide.*
Morillo-Velarde Pérez, José I. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*
Rivero Ysern, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Vera Jurado, Diego. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho. Campus Ramón y Cajal C/ Enramadilla, 18 -20. 41018 Sevilla
Tlf.: (95) 455 12 26. Fax: (95) 4557899

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública



Gestión de publicaciones en materias
de Administración Públicas

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

Talleres: Tecnographic, S.L. Sevilla

Suscripción anual (3 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Avda. Ramón y Cajal nº 35

41071 SEVILLA

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

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es



SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

<i>Jaime Rodríguez Arana</i> El Derecho Administrativo global: un derecho principal	15
<i>Manuel Sarmiento Acosta</i> Fórmulas complementarias de resolución de controversias jurídico-administrativas: acerca de la creación de comisiones o tribunales administrativos	69
<i>Javier Bermúdez Sánchez</i> Remodelaciones urbanas en conjuntos históricos y sus entornos	121
<i>Guillermo Lago Núñez</i> La desaparición del sistema municipal	189

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Inspección de las Cajas de ahorro, reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas y concurrencia de jurisdicciones (<i>Carmen Carretero Espinosa de los Monteros</i>)	245
---	-----

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. Constitución. II. Derechos y Libertades. III. Principios Jurídicos Básicos. IV. Instituciones de Estado. V. Fuentes. VI. Organización Territorial del Estado. VII. Economía y Hacienda. (<i>Francisco Escribano López</i>)	271
---	-----

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

I. Acto Administrativo.- II. Administración Local. III. Administración Pública. IV. Bienes Públicos. V. Comunidades Autónomas. VI. Contratos. VII. Corporaciones de Derecho Público. VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico. IX. Derecho Administrativo Económico. X. Derecho Administrativo Sancionador. XI. Derechos Fundamentales y Libertades. XII. Expropiación Forzosa. XIII. Fuentes.	
XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso-Administrativa. XVI. Medio Ambiente. XVII. Organización. XVIII. Personal. XIX. Procedimiento Administrativo. XX. Responsabilidad. XXI. Salud y Servicios Sociales. XXII. Urbanismo y Vivienda.	
Tribunal Supremo (<i>José I. López González</i>)	301
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<i>José L. Rivero Ysern</i>)	319

CRÓNICA PARLAMENTARIA

El debate final de la Ley de Autonomía Local de Andalucía (<i>Manuel Medina Guerrero</i>)	3333
--	------

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Experiencias actuales de los bancos del agua en España. Estudio de los casos del Guadiana, Guadalquivir, Júcar y Segura (<i>Teresa María Navarro Caballero</i>)	349
---	-----

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de la Unión Europea. <i>(Lucía Millán Moro)</i>	383
Crónica normativa de la Junta de Andalucía. <i>(Juan Antonio Carrillo Donaire)</i>	405
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica. <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	415

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y la Administración Hidrográfica de Andalucía <i>(José I. Morillo-Velarde Pérez)</i>	419
---	-----

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

<i>(Jesús Jordano Fraga)</i>	427
------------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

- GIMENO FELIU, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010, 410 págs.
(Miguel Ángel Recuerda Girela) 437
- MEILAN GIL, J. L.; *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, 248 págs.
(José Ignacio Morillo-Velarde Pérez) 441
- REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M.,
ALARCÓN SOTOMAYOR, L.; BUENO ARMIJO, A.M.;
Derecho administrativo sancionador, Ed. Lex Nova, 1024 págs.
(José Ignacio López González) 444
- BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO**
(Javier E. Quesada Lumbreras) 448
-

El presente número inaugura un nuevo ciclo en la ya larga andadura de la Revista. Es justo reconocer la labor realizada en estos años por sus anteriores Directores, los profesores Pedro Escribano Collado y Alfonso Pérez Moreno, a cuyos desvelos y buen hacer, harto conocidos, se debe en gran medida la creación y asentamiento definitivo de la Revista así como su reconocimiento en el ámbito científico.

Desde su origen, ligado muy marcadamente a la Universidad de Sevilla, la Revista ha ido evolucionando en la línea de acoger entre sus páginas los trabajos de investigadores nacionales y señaladamente de las universidades andaluzas, fiel a su principio institucional de difundir materiales jurídicos de calidad sobre cuestiones de interés para nuestra Comunidad Autónoma.

Con el número que el lector tiene en sus manos se da un paso más en la senda marcada. Por una parte, presenta algunas modificaciones en las distintas secciones de la Revista que el propio paso del tiempo ha hecho aconsejable, así como ciertos cambios en la composición del Consejo de Redacción en la idea ya indicada de un mayor acercamiento a la realidad que, veinte años después de su fundación, ofrece el panorama universitario de Andalucía.

Por nuestra parte, no escatimaremos esfuerzos para que esta nueva etapa no desmerezca de las cubiertas por los excelentes directores antes referidos.

Francisco López Menudo
Director

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

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

2. ENVÍO DE ORIGINALES

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

3. NORMAS DE EDICIÓN

a) Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Su extensión total no deberá superar las 40 páginas.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo electrónico y ordinario y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves –de 3 a 5- en cada idioma.

Los originales deberán incluir al principio un Sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. EPIGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYUSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas.

B. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal.

a). *Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas.*

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato su-períndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. Ejemplo: MORELL OCAÑA, Luis (2003): 87.

c) Bibliografía. Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título “Bibliografía”.

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La *Revista Andaluza de Administración Pública* decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el método ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

5. COPYRIGHT

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

ESTUDIOS



El Derecho Administrativo global: un derecho principal

Jaime Rodríguez-Arana

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de La Coruña

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. III. EL ESPACIO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO EUROPEO Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO. IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO. V. LOS PRINCIPIOS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL. VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN:

El presente estudio aborda la problemática de la emergencia de un nuevo Derecho Administrativo de naturaleza global que, diferenciándose esencialmente del Derecho Internacional Pública, está poniendo en cuestión la teoría clásica de las fuentes del Derecho. La existencia de normas y actos producidos por entes semipúblicos, híbridos o privados con pretensión de relevancia general reclama un estudio crítico por parte de los profesores de derecho administrativo. Estudio que en el presente caso se centra en subrayar la importancia de los principios generales del derecho como elementos centrales de este nuevo Ordenamiento jurídico global para que sea reconocido en el marco del Estado de Derecho.

Palabras clave:

Derecho Público. Derecho Administrativo. Principios Generales del Derecho. Transparencia. Rendición de cuentas. Derechos fundamentales de la persona. Dignidad del ser humano.

ABSTRACT:

This study looks at the problems in the emergence of a new Administrative Law with a global nature and which, essentially contrary to

International Public Law, is questioning the classical theory of the sources of Law. The existence of rules and hearings produced by semipublic, hybrid and private entities and aiming to be generally relevant calls for a critical study by administrative law professors. In the present case this study focuses on underlining the importance of the general principles of law as central elements in the new global legal system so that it can be admitted into the framework of the Rule of Law.

Key words:

Public Law. Administrative Law. General Principles of Law. Transparency. Accountability. Fundamental personal rights. Dignity of human beings.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia del Derecho Administrativo Global es, a día de hoy, una realidad indudable. Sin embargo, la ausencia de un sistema de fuentes, de principios y, sobre todo, de un Ordenamiento jurídico-administrativo global es causa de que la gobernanza, o gobernabilidad, y sobre todo el modelo financiero y económico global haya campado a sus anchas durante un tiempo en que, efectivamente, la regulación en la dimensión universal y global ha brillado por su ausencia.

A pesar de registrar que el Derecho Administrativo Global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos, no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global, se han ido produciendo, quizás demasiado tímidamente y probablemente demasiado lentamente, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales sectores administrativos de escala supranacional.

Esto es así, no sólo porque el fenómeno de la globalización alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción, sino porque en nuestro caso comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales, que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente o de la llamada ayuda al desarrollo. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la

cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización.

Es decir, existen cuestiones que escapan a las fronteras de la dimensión nacional y se convierten en fenómenos globales. El más relevante, el más trascendente, aunque no lamentablemente el más eficaz, es la lucha por los derechos humanos en el mundo. Una asignatura todavía pendiente que aconseja que el Derecho Administrativo, Derecho del poder para la libertad como diría el profesor González Navarro, supere rígidos esquemas y salte las trincheras de lo nacional para situarse en un nuevo plano. Uno nuevo plano, el de lo global que, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart en su trabajo titulado “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”, es la consecuencia de los sistemas transnacionales de regulación o cooperación regulatoria que se producen a través de Tratados Internacionales y Redes Intergubernamentales de Cooperación informales que, en efecto, han desplazado muchas decisiones hasta ahora residenciadas en el espacio nacional al espacio global.

En efecto, estamos en presencia de una nueva realidad que hay que estudiar con otra perspectiva, con una nueva mentalidad porque, de lo contrario, nos quedaremos atrapados en el prejuicio y en el estereotipo que tanto daño hacen a la evolución social. En efecto, estas nuevas formas de regulación proceden ahora de nuevos sujetos que no son los tradicionales y que, además, se expresan jurídicamente a través de nuevas fuentes, de nuevas maneras de producción de normas. En estos años, como recuerdan Kingsbury, Krisch y Stewart, aparecen nuevos órganos administrativos transnacionales en forma de nuevas organizaciones internacionales y grupos informales de representantes públicos que ciertamente realizan tareas de orden administrativo no sometidas al tradicional control del Estado-nación o de los Entes subestatales. Estas nuevas decisiones de orden administrativo del sistema global también son producidas por sujetos de naturaleza privada o por órganos administrativos nacionales. Como señalan estos autores, pioneros ciertamente de esta relevante materia, cada vez es más importante tener presente que la regulación puede proceder del mundo privado a nivel internacional, que en ocasiones, cuando atiende asuntos de dimensión supraindividual, se articula en instituciones que establecen patrones o estándares de proyección global que afectan a obvios intereses generales. Igualmente, en este contexto aparecen organizaciones híbridas público-privadas en las que puede haber presencia empresarial, de ONGs, de gobiernos nacionales o de organizaciones intergubernamentales que también producen regulaciones globales.

Este nuevo panorama afecta sobremedida a los principios sobre los que descansa el Derecho Administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización. Más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del “rule of law” de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que “aggiornarse” a la nueva realidad. Es más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden, no deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública. En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir el control sea la principal característica de la denominada nueva Administración global que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente Derecho Administrativo Global, la jurisprudencia, y sobre todo los principios del Derecho sobre los que se levantó esta magnífica construcción jurídico-política, están fundando un nuevo Derecho Público Universal, que como señala agudamente el profesor Meilán, es ya un Derecho principal. Está aconteciendo “mutatis mutandis” lo mismo que en los orígenes del Derecho Administrativo en Francia: entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo Derecho Administrativo a través de sus famosos “arrets”: ahora son los Tribunales y Cortes sectoriales de nivel transgubernamental o global, los que poco a poco van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de Derecho.

En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo Global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, o el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “cheks and balances”, encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un Derecho Administrativo Global de base principal.

Ciertamente, uno de los peligros que se avizoran cuando nos acercamos al estudio de la Administración global, del espacio jurídico-administrativo global

y, sobre todo, cuando estudiamos el Derecho Administrativo Global, es la facilidad con la que estas nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden escapar al control, al sistema de “accountability” o de rendición de cuentas que debe caracterizar a una verdadera y genuina Administración democrática. Por eso, ahora que percibimos la emergencia de este nuevo Derecho Administrativo en el que existe, todavía “in fieri”, una nueva Administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global, es fundamental desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público. Para resolver este escollo, estos profesores abogan porque los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de Derecho sean respetados.

Precisamente para esta tarea surge el Derecho Administrativo Global. Para que la nueva Administración Global que opera, aunque todavía de manera incipiente en el nuevo espacio jurídico-administrativo global, funde toda su actividad en el marco de unos principios que no pueden ser otros que los del Estado de Derecho. Para eso surgió el Derecho Administrativo como sistema científico recuerda Giannini, como un instrumento de civilidad que asegure que el Derecho está por encima del poder o, por mejor, decir, para racionalizar, para humanizar el ejercicio del poder público.

Es verdad que ahora se pone el acento en la rendición de cuentas, en la transparencia, en la racionalidad, en la evaluación, en la legalidad y, entre otros paradigmas, en la participación. Estos son los nuevos principios que ahora están de moda en los estudios de Derecho Administrativo Global. Ahora bien, siendo muy importante que las formas de producción de actos administrativos y de normas de la Administración Global estén inspirados por el primado de estos principios, no podemos olvidar que el Estado de Derecho, además, trae consigo, como conquista irrenunciable, la centralidad de los derechos fundamentales de las personas y el equilibrio y separación entre los poderes. Si sólo atendemos, en el estudio de los principios, a criterios de eficacia o de eficiencia y nos olvidamos de la manera en que el poder administrativo global incide en la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía podríamos caer en una perspectiva puramente funcionalista del Derecho Administrativo Global.

En alguna medida, la crisis de la regulación en relación con la actividad financiera a nivel nacional en algunos Estados pone de manifiesto la importancia de una regulación global que pueda atender y realizar su papel ante fenómenos que en sí mismos son globales, tales como el sistema financiero y la economía. El control de la economía por el Derecho Administrativo no es más que la garantía necesaria para que los agentes económicos trabajen en un clima de confianza, de que el sistema de mercado se mueve en un marco de racionalidad y equilibrio.

La cuestión se va a centrar en proyectar toda la fuerza del Estado de Derecho sobre el Derecho Administrativo Global sin olvidar que, efectivamente, hoy la acción administrativa, precisamente por la fuerza del Estado de Derecho, ha de expresarse en términos de transparencia, participación, responsabilidad, racionalidad y permanente evaluación.

El Derecho Administrativo Global, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart, incluye todo un conjunto de técnicas que deben estar amparadas por el Estado de Derecho, particularmente a través de estándares que aseguren valores tan importantes como pueden ser la transparencia, la racionalidad, la legalidad, la participación y la evaluación. Es decir, las políticas públicas globales que produce la nueva Administración Global han de estar presididas por patrones jurídicos, entre los que ocupan un lugar central los derechos fundamentales de las personas.

El problema de la legitimidad de la acción administrativa global no debe ser contemplada únicamente desde la perspectiva de la eficacia y de la eficiencia. Más bien, la legitimidad ha de venir amparada por sistemas democráticos de producción de actos y normas en los que brille con luz propia el pleno respeto y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Entre los órganos que componen la realidad administrativa global se encuentran según estos profesores anglosajones: los órganos administrativos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales, estructuras de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, así como algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de relevancia pública en sectores concretos. Esta nueva estructuración de la Administración global viene a confirmar la versión objetiva o material del Derecho Administrativo en la medida en que la perspectiva subjetiva queda rebasada por la realidad. Ahora lo deter-

minante va a ser la función de esta nueva Administración global en la que tienen un lugar propio los esquemas organizativos públicos–privados y las organizaciones privadas que realicen tareas de trascendencia pública, de interés general, en determinados sectores.

La clave del Derecho Administrativo Global se encuentra, pues, en la acción administrativa, que ahora va a poder proceder no sólo de estructuras administrativas tradicionales sino también de nuevos sujetos que ahora van a cobrar especial protagonismo en el espacio jurídico global. La gobernanza global, la gobernabilidad global o la gobernanza global va a ser la principal actividad que va a estudiar el Derecho Administrativo Global, que en modo alguno invade el campo de trabajo del Derecho Internacional Público, ya que como atinadamente señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart, aunque estamos en el marco de la gobernanza global y en ocasiones trabajamos en la frontera del Derecho Internacional, estamos en presencia de una tarea de regulación de amplios sectores de la vida económica y social de inequívoco alcance administrativo.

No obstante, la actividad administrativa que va a estudiar el Derecho Administrativo Global se refiere, en el plano supranacional, a estándares derivados de la cláusula del Estado de Derecho de aplicación a las regulaciones administrativas derivadas de Tratados Internacionales, a las regulaciones “informales” adoptadas al aplicar y ejecutar, o controlar, dicen Kingsbury, Krisch y Stewart, regímenes normativos internacionales, así como a la denominada función administrativa de naturaleza “jurisdiccional” distinta de la conclusión de Tratados o de la resolución judicial entre sujetos del Derecho Internacional.

El Derecho Administrativo Global existe porque hay una acción administrativa global. Y hay una acción administrativa porque se ha ido conformando en este tiempo un conjunto de estructuras de regulación global, no necesariamente de composición estrictamente pública, que han ido produciendo actos y normas proyectados en un espacio de orden administrativo que llamamos global. Los profesores citados dicen que este espacio administrativo global es de orden polifacético porque en el actúan, como sujetos productores de regulación, instituciones administrativas clásicas, estructuras como ONGs o personas jurídicas empresariales que adquieren relevancia administrativa en la medida en que dictan reglas de relevancia pública. Esta realidad, insisto, permite pensar de nuevo en las posibilidades de la concepción objetiva o material del Derecho Administrativo y en la capitalidad de la acción administrativa como eje central del concepto mismo de nuestra disciplina.

Ciertamente, esta cuestión es polémica puesto que no toda la doctrina, ni mucho menos, admite que pueda haber regulación administrativa emanada más allá de órganos o estructuras no formalmente administrativas del nivel estatal o nacional, regional o subestatal. Sin embargo, la realidad nos muestra que en el ámbito supranacional existen órganos como la OCDE, el FMI, el Comité de Basilea, el Grupo de Acción Financiera Internacional o la OMC, por ejemplo, que en muy poco tiempo han establecido regímenes regulatorios de naturaleza administrativa con trascendencia y repercusión jurídica a nivel supranacional. En el ámbito ambiental, uno de los más representativos, sin duda, del Derecho Administrativo Global, se puede decir que a día de hoy existe una normativa administrativa global confeccionada en muchos casos por estructuras y organizaciones nacidas al calor de las grandes declaraciones mundiales sobre materias como el comercio de emisiones o el desarrollo limpio derivado del Protocolo de Kioto.

El espacio administrativo global es un espacio jurídico. Es importante esta precisión porque la afirmación de un espacio administrativo global sin la caracterización jurídica podría llevarnos de la mano a la perspectiva tecnoestructural en cuya virtud se intenta, tantas veces, contemplar la realidad sin más límites que los de la eficacia o la eficiencia. Algo que en este tiempo, como en el pasado, constituye uno de los desafíos más importantes del Derecho Administrativo: o se convierte de verdad en el Derecho del Poder para la libertad, o, sencillamente, termina por ser la “longa manus” del poder, la justificación técnica del poder sin más.

Por otra parte, el Derecho Administrativo Global encuentra también espacio propio, en coexistencia con el Derecho Internacional Público, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, en la base de la acción que se realiza a nivel global en el trabajo del Consejo de Seguridad de la ONU y en la comitología de la propia organización de Naciones Unidas, así como en la regulación de la energía llevada a cabo por la Agencia Internacional de Energía Nuclear (AIEA) o en los mecanismos de supervisión de la Convención sobre Armas Químicas.

La realidad de la acción pública a nivel supranacional e intergubernamental nos ofrece un panorama bien amplio y variado de modalidades de acción pública institucional que trae su causa de regulaciones globales procedentes de la Administración Global. Una Administración que es polifacética, poliédrica, plural, en la que la proyección del pensamiento abierto y compatible permite que la acción administrativa en sentido amplio deje de ser un coto reservado de las estructuras tradicionales de naturaleza administrativa.

Podrá decirse, con razón, que este enfoque no es nuevo. Y es cierto. Como es sabido, en el siglo XIX, a finales, surgió una perspectiva internacional del Derecho Administrativo llamada Derecho Administrativo Internacional que, lejos de sustituir al Derecho Internacional Público, trató de explicar la acción de la llamada Administración Internacional como consecuencia del auge de las instituciones regulatorias internacionales o “uniones internacionales”, que según Kingsbury, Krisch y Stewart, trataban temas como los servicios postales, la navegación o las telecomunicaciones y que disponían, en ocasiones, de relevantes poderes regulatorios que incluso no precisaban de ratificación estatal para desplegar eficacia jurídica. En el marco de estas “uniones internacionales” se producía una suerte de cooperación interestatal o intergubernamental que justificó el nacimiento de una verdadera Administración internacional que incluía tanto instituciones estrictamente internacionales como sujetos jurídicos internos dotados de capacidad jurídica en la dimensión transfronteriza. Estas ideas, y sobre todo, el análisis administrativo de las relaciones internacionales, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart, desaparecen tras la Segunda Guerra Mundial y, de alguna manera, reaparecen a día de hoy en forma de Derecho Administrativo Global.

Otra de las características que me interesa destacar en este trabajo sobre los principios del Derecho Administrativo Global se refiere a que en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo al interés general. La realidad, que es tozuda, testaruda podríamos decir, en una expresión quizás no muy científica, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremedida al tradicional entendimiento del Derecho Administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las Facultades universitarias Derecho Administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el Derecho Administrativo Global, sobre todo en materia de Derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del Derecho Administrativo como pueden ser, por ejemplo, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Seguridad o el Derecho Marítimo.

Los actos y normas emanados por las cinco formas de Administración Global hasta ahora conocidas deben realizarse en el marco de los principios del Estado de Derecho que preside el entero sistema del Derecho Administrativo en todo el mundo. Es decir, los actos y normas procedentes de los organismos internacionales formales (Consejo de Seguridad de la ONU y comités derivados Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, Organiza-

ción Mundial de la salud, Banco Mundial o Grupo de Acción Financiera Internacional) de las redes transnacionales de cooperación entre funcionarios de órganos de regulación nacional (Comité de Basilea), de órganos regulatorios nacionales bajo Tratados,

Redes u otros regímenes cooperativos (Administración dispersa como la OMC), de órganos híbridos público-privados (Comisión del Codex Alimentarius, ICANN), o de instituciones privadas de naturaleza regulatoria (ISO, , deben estar producidos en el marco del Estado de Derecho. Ello quiere decir, entre otras cosas, que el dilema entre eficacia y legalidad, tantas veces presente en la gestión pública, debe resolverse siempre, y en todo caso, en el marco de los principios del Estado de Derecho.

La acción administrativa global, desplegada en el espacio jurídico-administrativo global, afecta cada vez a más ciudadanos. Sólo en el espacio jurídico europeo se calcula que las decisiones de la Unión Europea afectan directamente al 70% de empresas y ciudadanos. Por eso es cada vez más importante explicar el Derecho Administrativo en la dimensión nacional, internacional y global.

Los principios del Estado de Derecho son de aplicación tanto al Derecho Administrativo Estatal como al Derecho Administrativo Global. El Derecho Administrativo Estatal y el Derecho Administrativo Global han de estar sincronizados y actuar de manera complementaria. Al mismo tiempo, si bien existen el Ordenamiento jurídico interno instancias y técnicas de control y de “accountability”, también deben existir en el nivel global, en el espacio jurídico-administrativo global. En este sentido, ante la ausencia en el ámbito de la gobernanza global de órganos de control, de técnicas de “accountability”, ante la constatación de un espacio administrativo global, es fundamental, si queremos que ese espacio esté sometido al Derecho Administrativo, que en el marco de la actuación administrativa global se respeten los principios del Estado de Derecho.

II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO NORTEAMERICANO Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Ciertamente, los estudios que han provocado el debate y el estudio sobre la incidencia de la globalización en el Derecho Administrativo han partido del área anglosajona. El Instituto de Derecho Internacional y Justicia en colabora-

ción con el Centro de Derecho Ambiental Urbanístico, ambos de la Facultad de Derecho de la New York University vienen trabajando desde hace algún tiempo en un proyecto de investigación denominado la emergencia o el surgimiento del Derecho Administrativo Global bajo la dirección de los profesores Stewart y Kingsbury. Entre nosotros, ha sido Manuel Ballbé quien mejor ha entendido la incidencia de este fenómeno en el Derecho Administrativo y quien ha tenido el acierto de explicar el antecedente norteamericano para comprender hasta que punto el Derecho Administrativo Global parte de una concreta experiencia histórica de gobierno centrada en el siglo pasado en los EEUU como consecuencia del modelo del Estado regulador, hoy incorporado a muchos países de cultura jurídica continental, y de las relaciones producidas en USA entre el Estado central y los cincuenta Estados de la Unión.

El trabajo de Manuel Ballbé referido se titula “El futuro del Derecho Administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización” y está publicado en el número 174 de la española *Revista de Administración Pública* en diciembre de 2007. La rúbrica de la investigación es bien provocativa porque, en efecto, así como tenemos en el mundo, por lo que se refiere al Derecho Administrativo, la influencia del sistema del “rule of law” inglés y la incidencia del modelo del “droit administratif” francés, en el origen del Derecho Administrativo Global también vamos a toparnos con dos aproximaciones bien distintas según que nos situemos en el área anglosajona o en el espacio europeo. No quiere, decir, como veremos, que nos hallemos ante dos esquemas diametralmente opuestos. Más bien, lo que ambas maneras de acercarse al Derecho Administrativo Global nos enseñan es que es posible encontrar una síntesis, una integración de lo mejor de ambas tradiciones jurídicas. En Europa, por ejemplo, la crisis del pluralismo y de la participación real puede resolverse con algunas experiencias norteamericanas y, a la vez, los problemas de la seguridad o de la mercantilización institucional estadounidense pueden atemperarse o encauzarse teniendo en cuenta lo que acontece en el viejo continente en esta materia.

Es un tópico afirmar que la globalización es un fenómeno de orden económico que se ha ido instalando, progresivamente, en otras dimensiones de la realidad, como puede ser el Derecho. Sin embargo, en opinión de Ballbé, la globalización trae causa de la extrapolación del modelo administrativo y regulador de los Estados Unidos de América a todo el mundo y de la proyección, también a nivel planetario, de ciertas reclamaciones de orden social protagonizadas por determinados grupos –mujeres y personas de color fundamentalmente– o consistentes en comprender la realidad también bajo nuevos puntos de vista entre los que se cuentan, por ejemplo, la dimensión medioambiental, la seguridad alimentaria o la protección real de las minorías. En estos casos, el

triunfo de una visión jurídico-administrativa en la que la participación es algo más que una directriz general o un discurso nominal o retórico trajo consigo un intento serio y coherente para que en el marco del procedimiento administrativo la presencia de los grupos afectados por la resolución a elaborar cobrase una relevancia real. Por tanto, según la tesis de Ballbé, la globalización que se cierne hoy sobre el Derecho Administrativo en general tiene un componente de regulación de las actividades económicas de interés general y un elemento de naturaleza social producido por la movilización de los enfoques comunitarios. Si se quiere, neoliberalismo más iniciativas sociales es el resultado de la acción del Derecho Administrativo Estadounidense de buena parte del siglo pasado.

Esta interesante interacción entre el mercado y las reclamaciones sociales comunitarias debe situarse en el contexto federal del modelo político norteamericano. En efecto, el esquema de cooperación y colaboración que ha de presidir las relaciones entre el Estado y los Estados federales ha contribuido en gran medida al desarrollo de diversas técnicas que desde la perspectiva de la saludable competición ínsita en estos modelos han permitido alumbrar técnicas jurídicas que después servirán para resolver problemas en sistemas supranacionales como puede ser el de la Unión Europea, por ejemplo.

La perspectiva relacional, el mercado y los asuntos sociales han estado presentes, y lo siguen estando, en el germen de la globalización que trae consigo la versión estadounidense del Derecho. Se trata, pues, de una proyección de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario sobre la realidad del tiempo presente. Mercado y justicia social deben ser conceptos que han de comprenderse de manera integradora, desde enfoques de complementariedad o compatibilidad. La interacción libertad-solidaridad, por otro lado, se extiende al marco de lo que ahora se llama las relaciones intergubernamentales.

En la evolución del Derecho Administrativo Estadounidense es menester caer en la cuenta de la relevancia que tiene el principio del pluralismo. La capacidad exitosa de modificar las normas de los grupos y colectividades, además de constituir una expresión cabal de la vitalidad de la sociedad civil norteamericana, representa la necesidad de encontrar espacios de equilibrio en el seno de la deliberación pública, en el marco de la acción de los poderes públicos que se realiza a través de los concretos procedimientos administrativos.

La participación, en efecto, es un principio que cuando opera realmente, cuando no es una ilusión o una promesa teórica, sino que se practica en el se-

no de la sociedad sin el control o la manipulación de las estructuras partidarias, entonces es posible que emerjan las iniciativas sociales genuinas de las diferentes colectividades y éstas se incorporen al corazón del interés general, ya sea a nivel procedimental administrativo, judicial o legislativo.

La influencia del Derecho Público Norteamericano en la actividad de regulación económica europea es hoy bien patente. El modelo de agencias “made in USA” se ha importado entre nosotros y en los sectores de la energía, las telecomunicaciones o de los valores, por ejemplo, nos encontramos con que disponemos de un conjunto de Entes reguladores de inspiración yanqui que se superponen a las competencias tradicionales de los ministerios del Derecho Administrativo Continental. Mientras que en los EEUU la Administración pública nace en forma de agencias y, son, por ello, Entes colegiados, en España y en los principales países de inspiración napoleónica, junto a la clásica estructura ministerial centralizada con órganos de dirección unipersonales, aparecen ahora, en muchos casos con una sospechosa coincidencia competencial, los nuevos Entes reguladores. En Norteamérica desde el principio se buscó la designación de personas de prestigio indiscutido alejadas de la política partidaria, en España, por ejemplo, asistimos al control de estos órganos reguladores por los partidos por muy parlamentaria que sea su designación.

El fundamento de la existencia de las Agencias norteamericanas reside, como ha puesto de relieve Ballbé, de la funcionalidad del nuevo Estado administrativo y regulador estadounidense que parte del principio de fragmentación y equilibrio del poder económico, manifestación del principio constitucional federal del equilibrio entre poderes y contrapoderes –checks and balances– en el ámbito de la economía. En el fondo, la idea de una configuración plural del interés general, cercana a la aproximación norteamericana al Derecho Administrativo, latió con fuerza desde el nacimiento del modelo de Estado administrativo y regulador de la época del presidente Wilson.

En realidad, el tránsito del Estado liberal norteamericano, prácticamente sin estructuras administrativas, al Estado administrativo y regulador supone, como señala Ballbé, una de las causas que están en la médula de la globalización del Derecho Administrativo actual. En el mandato del presidente Wilson, como es sabido, se produce en los Estados Unidos de América un fenómeno de intervencionismo administrativo y de regulación pública de la vida económica que hoy, en efecto, está muy presente en los derroteros que ha tomado la globalización proyectada sobre el entero sistema mundial del Derecho Administrativo.

Mientras que en Europa el Estado está en el centro del sistema político, en los EEUU, la centralidad está en el individuo y en la sociedad, lo que se manifiesta en el protagonismo ciudadano en la conformación de los distintos poderes del Estado. La ciudadanía está muy presente en la conformación de la policía, de la justicia y del poder ejecutivo y legislativo. Incluso en materia de seguridad, se produjo en el pasado una peligrosa privatización que no era más que la consecuencia de la importancia de la seguridad privada en el origen de la policía en Norteamérica y que a día de hoy todavía pervive en alguna medida. En realidad, en la configuración del Estado yanqui encontramos, sobre todo al principio, una sorprendente ausencia de Administración motivada por el protagonismo del individuo y su natural capacidad para organizarse y atender lo común. El paso del tiempo, sin embargo, aconsejó la presencia del aparato público para la mejor satisfacción de los intereses de la comunidad, puesto que la ciudadanía, por sí y ante sí, no podía atender con objetividad esta magna tarea. Como nos cuenta Ballbé, a finales del siglo XIX se produjo la crisis del llamado Estado-Comunidad a causa de la corrupción y el clientelismo ocasionada por la ausencia de instancias autónomas o independientes de servicio objetivo a los asuntos generales de la población. Comienza, así, la construcción de la Administración pública, tarea que culminará con la instauración a mediados del siglo XX del Estado administrativo y regulador estadounidense.

Como es sabido, será el Presidente Wilson el principal impulsor de esta tarea para la que se precisaban funcionarios con alta especialización, profesionales e imparciales. En este contexto aparecen las famosas Agencias administrativas, independientes desde su inicio y con una pretensión de racionalidad técnica en la selección de sus integrantes. La autonomía de estos Entes colegiados estaba asegurada por la capacidad técnica de sus integrantes, que no debía sus puestos a la tecnocracia de los partidos. Como nos enseña la historia de estas Agencias, por ejemplo la Comisión reguladora del ferrocarril en el Estado de Massachussets de 1869, que parece que fue el primer antecedente, se tuvo muy claro que política y administración tenían que ser dos actividades independientes de verdad. La política establecería, las legislaturas de los Estados, los principios generales de la ordenación de los sectores de interés general y, las Agencias, se encargarían, con autonomía y medios suficientes, de la ejecución y control –materias técnicas– de esa política general de naturaleza política.

Como señala Ballbé, la regulación no se redujo a la producción de normas, a la actividad regulatoria. Se proyecta, pues, a la actividades de ordenación y de control sobre un concreto sector económico. La Comisión podía convocar en audiencia tanto a Autoridades públicas como a agentes privados en caso de sospechas de escándalos. Podían elaborar informes y formular reco-

mendaciones así como velar por la transparencia y la objetividad en el funcionamiento de los concretos sectores económicos de su competencia.

Estas notas de los Entes reguladores en EEUU son muy importantes y tienen mucho que ver con los principios del Derecho Administrativo Global porque son una aplicación concreta de uno de los principios básicos del Estado de Derecho como es la separación de poderes. Política y Administración, aunque estén en la rama del poder ejecutivo y aunque la cabeza de la Administración pública sea el poder ejecutivo, no son lo mismo. Cuando se identifican o confunden, o, peor, cuando la Administración está secuestrada por el Poder ejecutivo, entonces por muchas Agencias y Entes reguladores de que se disponga, el funcionamiento y la ordenación de la actividad económica estará controlada, de una u otra manera, por el poder del partido hegemónico. El caso español, al menos por ahora, es paradigmático puesto que el Gobierno de turno controla todos los órganos o Entes reguladores sin excepción, incluso la Comisión de defensa de la competencia. Sin embargo, aunque tenía poder normativo y de policía, la Comisión de Massachussets no dispuso de potestad sancionadora porque se pensó que a esta Agencia no correspondía la función de castigar a los presuntos incumplidores.

Con el Presidente Wilson, tal y como afirma Ballbé, se produce el gran salto al Estado administrativo y regulador y se siembra la semilla de la globalización jurídica y administrativa. Esta globalización va a asentarse en la experiencia del federalismo norteamericano, por un lado, y, por otro, en la conformación de los Entes reguladores, en las Agencias reguladoras, hoy prácticamente instaladas en casi todos los países de cultura jurídica occidental. Durante el mandato de Wilson, pues, se anuncia el gran objetivo: la regulación de la actividad socioeconómica a través del Derecho. En la medida en que esas actividades son de evidente afectación al interés general, en esa medida se convoca al Derecho Administrativo a realizar esa gran tarea tan difícil y tan complicada como es la de mantener el mundo de la Economía y de la Política, a veces peligrosamente aliados, en el marco del Derecho. Como recuerda Ballbé los grandes proyectos de Wilson traen causa de la Constitución. El marco constitucional se erige, por tanto, en el contexto en el que se plantean los criterios y vectores que han de impulsar los cambios hacia un Estado que sirve objetivamente al interés general. La propuesta de una Liga de Naciones es una réplica, señala Ballbé, de la estructura de las ramas diseñada por la Constitución norteamericana.

La Clayton Act de 1914 expresa esa idea de la fragmentación del poder de tanto interés para aquellos Estados-nación en los que el Estado de parti-

dos se ha adueñado, de una u otra manera, de todos los poderes. En 1913 se crea la Reserva Federal con el fin de ordenar la actividad de Wall Street desde una perspectiva reguladora. La enmienda número 16 a la Constitución trae consigo la potestad tributaria atribuida al Congreso y, con ella, la creación del organismo encargado de tal tarea: la Agencia tributaria, que como dice Ballbé, supuso la columna vertebral del Estado intervencionista y social moderno.

La segunda gran oleada en la construcción del Estado administrativo norteamericano se produce, como señala Ballbé, con la depresión de 1929 y la llegada a la presidencia de Roosevelt y su programa conocido como New Deal. En este período dos profesores de Derecho Administrativo de Harvard, Landis y Frankfurter fueron importantes asesores del presidente. Hasta tal punto que diseñaron la legislación en materia de mercado de valores y el propio Landis fue nombrado presidente de la Securities Exchange Commission, la todopoderosa SEC, en 1934. En este marco, como relata Ballbé, el Derecho Administrativo adquiere un protagonismo y una relevancia desconocida hasta entonces: se estableció un modelo regulador en el que las empresas debían crear en su seno un departamento de riesgos financieros, informar sobre sus cuentas, someterse periódicamente a auditorías financieras, contables, así como a determinadas actuaciones de certificación y acreditación. Todo un cambio en relación con un sistema de mercado en el que se pensaba que éste solucionaría todos los problemas. Hoy, en pleno Derecho Administrativo Global, hemos conocido, también en EEUU algunos escándalos financieros, Enron entre ellos, que demuestran que es posible falsificar la información y mantener una apariencia acerca de la situación financiera. Por eso, es fundamental en el Derecho Administrativo Global, consecuencia de la existencia de razonables y equilibradas funciones de control y regulación, que se pueda verificar y comprobar sobre la realidad los datos que suministran las empresas al Ente regulador del mercado de valores.

Esta nueva regulación trajo consigo el modelo de autorregulación regulada que se halla, como señala Ballbé, en la base del moderno Derecho Administrativo de la sociedad del riesgo y de las técnicas de responsabilidad las empresas en otros campos, como puede ser el de la previsión de riesgos laborales, ambientales, como es la tarea de las auditorías y la evaluación de la calidad.

La obligación de las empresas de suministrar determinada información periódicamente a la SEC ayudó sobremanera a la afirmación de otro de los principios centrales del Derecho Administrativo Global, hoy sin discusión: la transparencia y el correlativo derecho de la ciudadanía a conocer, al acceso a la información. Las evaluaciones externas vienen a continuación, lógicamente.

Este modelo de regulación era la coherente consecuencia de una manera de concebir el poder: el poder es de los ciudadanos y son éstos quienes deben tener derecho a conocer, a ser informados, a acceder a la información. La razón es obvia aunque no por ello muy practicada en la cotidianidad: si el poder es del pueblo y los políticos y funcionarios no son más, ni menos, que administradores provisionales y temporales del poder, deben responder, rendir cuentas periódicamente ante la ciudadanía del ejercicio de las funciones que les fueron encomendadas en su día por la ciudadanía. He aquí, pues, la esencia del llamado regulador: la regulación, el Derecho, se convierte en presupuesto de eficacia y eficiencia al servicio objetivo del pueblo.

El modelo SEC se exportó a un sinnúmero de países que se apuntaron al nuevo modelo de la regulación. El Derecho Administrativo Global, insisto, tiene mucho que ver con la instauración en EEUU del esquema de las Agencias independientes y con el sistema de relaciones entre los Estados dentro del federalismo norteamericano. Otra cosa, sin embargo, es que en la concreta instauración del modelo de los Entes reguladores las características de la autonomía e independencia se hayan perdido por el camino, sirviendo, más bien, para consolidar el perverso sistema de Estado de partidos que hoy domina el espacio público de no pocos países de la vieja, y enferma, Europa.

Junto al principio de limitación del poder, en 1946 nos encontramos con el principio de participación pluralista en la ley de procedimiento administrativo. Fragmentación y limitación del poder junto a la participación plural son dos de las principales aportaciones del Derecho Administrativo Norteamericano a la globalización del Derecho Administrativo. Mientras que en Europa nos hemos centrado exclusivamente en el principio de legalidad, en Estados Unidos la centralidad de los ciudadanos en el sistema ha traído consigo una revalorización que hoy es fundamental de la limitación del poder y de la participación ciudadano en la conformación y configuración de la formación de la voluntad de los órganos administrativos.

La ley de procedimiento de 1946, todavía vigente, es el código del procedimiento administrativo norteamericano. Se puede decir que esta Ley es la encarnación del principio de participación en el seno del procedimiento administrativo. Para entender el sentido del principio de participación hay que tener en cuenta que tal criterio es contemplado por los norteamericanos como la proyección del sistema constitucional pluralista sobre el Derecho Administrativo. Es, pues, una de las bases constitucionales del Derecho Administrativo Norteamericano. Además, hay que encajar el principio de la participación en el sistema del equilibrio de los poderes, “checks and balances”, sistema que se arti-

cula sobre tres pilares tal y como nos recuerda el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona.

En Estados Unidos la idea de equilibrio de poderes y grupos es connatural a un sistema político que está concebido desde su origen para evitar que se produzcan supuestos de concentración del poder. En Europa, sin embargo, por la centralidad que tuvo desde el inicio la unilateralidad del acto administrativo y por las dificultades que entrañó, también desde su comienzo, el control judicial del poder ejecutivo, el equilibrio de poderes es más complejo de conseguir. Si a ello añadimos que en Europa la tendencia al Estado de partidos ha sido imparable en muchos de los países del continente, entonces nos encontramos con que este esquema de equilibrio debe ser un principio básico del Derecho Administrativo Global.

Obviamente, la pluralidad en el entendimiento del interés general ha de brillar con más intensidad en el Derecho Administrativo Europeo, montado sobre el mito del acto administrativo y sobre el concepto de prerrogativa o privilegio de que goza la Administración pública para el cumplimiento de sus cometidos de atención y gestión del interés público. El principio de participación es, por más que esté recogido en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea, una aspiración que cada vez va teniendo más peso pero que todavía está bastante alejada de los hábitos culturales o políticos de unos ciudadanos que suelen pensar que la representación es monopolizada por los partidos y que han de ser ellos los que canalicen las iniciativas sociales de distinta naturaleza.

La ley de procedimiento administrativa de 1946, que se inscribe en este contexto, propició que, efectivamente, en el marco de la elaboración de las resoluciones y las normas administrativas, la presencia de los grupos afectados no fuese algo decorativo o formal, sino algo real porque la sociedad está viva y se plantea, con iniciativas y propuestas, influir en la toma de decisiones. En el fondo de esta cuestión late, como ya señalamos anteriormente, una idea que es fundamental en la concepción del sistema democrático. El poder de toma de decisiones en el espacio global administrativo, que ha de ser jurídico, ha de poder tener en cuenta las diferentes dimensiones y aspectos que están presentes. Se trata de hacer real la democracia deliberativa y que tengan acceso al espacio público los diferentes matices y elementos que lo componen.

Como ha señalado acertadamente el profesor Ballbé, se trata de asegurar un sistema plural de participación de los diferentes grupos con proyección social en el Derecho Administrativo Estadounidense, no tanto como una repre-

sentación mecánica de los intereses en presencia, como de garantizar con esa participación una deliberación pública donde se busque una nueva solución fruto de esa deliberación colectiva. En otras palabras, la aplicación de los principios del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario sobre la realidad administrativa aconseja introducir técnicas y metodologías que propicien que los productos del quehacer de las Administraciones públicas, actos, normas y contratos especialmente, esté imbuido de pluralidad y compatibilidad.

La tercera oleada del Derecho Administrativo Norteamericano, según Ballbé, se refiere a la regulación de los riesgos y a la constatación de la fuerza en el espacio público, de los derechos de algunas minorías –negros y mujeres– que trajeron consigo nuevas regulaciones y, desde luego, una notable apertura del interés general más allá de los grupos tradicionales que representaban los intereses privilegiados de siempre. Esta regulación social provocó un crecimiento exponencial del aparato público federal para atender estas nuevas reivindicaciones.

Por otra parte, la regulación administrativa iniciada años atrás registró algunos problemas derivados, por ejemplo, de la captura de los reguladores por poderosos grupos de interés. Se denunció que algunas agencias no seguían objetivamente el interés general, lo que motivó un conjunto de reformas normativas orientadas a garantizar la independencia de los reguladores y, sobre todo, un mayor acceso de la ciudadanía a los asuntos públicos. Se promovió una mayor transparencia en términos generales a base de subrayar la relevancia de la información veraz de manera que la captura de los reguladores, en caso de producirse, dejarían al aire libre los posibles riesgos de orden contaminante o sanitario que tal comportamiento produce. Esta nueva perspectiva de la regulación conectada a la prevención de riesgos provocó, como señala Ballbé, que el complejo Gobierno–Administración pública reaccionara con prontitud desarrollando técnicas de coste–beneficio para evaluar los riesgos especialmente para la salud de las personas o para el medio ambiente.

En efecto, la cuestión de los riesgos es un componente básico del Derecho Administrativo Global. Hasta tal punto que la acción administrativa global tiene en la prevención de los riesgos una de sus principales notas caracterizadoras. Quizás por ello Ballbé ha llamado la atención sobre otra característica del Derecho Administrativo Global que surge inevitablemente de la incidencia de los riesgos en la sociedad global: la evaluación. Evaluación que hace del Derecho Administrativo un Derecho llamado a intervenir en la medida en que sea posible la prevención del riesgo en presencia, sobre todo en materia de seguri-

dad y medio ambiente. Consecuencia de este Derecho Evaluativo, como lo denomina el profesor Ballbé, es la re-regulación que esta caracterizando la nueva actividad administrativa global. Re-regulación que no se debe confundir con ese nuevo intervencionismo de no pocos gobiernos dedicados, en cuerpo y alma, a la imposición de un pensamiento único, no sólo a través de la regulación sino también a través de las técnicas de fomento, que se convierten así en una eficaz manera de imponer determinadas políticas o modelos culturales, por ejemplo en educación, a los que se considera los únicos dignos de ser financiados con fondos públicos.

En este contexto aparece lógicamente la ley de transparencia y acceso a la información. En esta ley se potencia el control judicial de los actos de las Agencias reguladoras y se revitaliza la participación de la sociedad a través de los grupos interesados en los procedimientos correspondientes. La incidencia de esta norma, sobre todo en el espacio iberoamericano, es muy grande. A día de hoy muchas Repúblicas centro y sudamericanas ya han aprobado leyes reguladoras del derecho al acceso a la información y de transparencia, o están a punto de hacerlo.

Ballbé, a quien seguimos en este tema, señala que en la década de los setenta del siglo pasado culmina esta tercera oleada de la mano de la regulación ambiental: creación de la Agencia reguladora en la materia, leyes del aire limpio y agua limpia, del agua de beber segura, de suelos contaminantes o la ley nacional de política ambiental. En esta época se introduce el sistema del impacto ambiental. La efectividad de los movimientos ecologistas está fuera de dudas y hoy el Derecho Ambiental, como señala el profesor Sanz Larruga, es uno de los exponentes más obvios de la existencia del Derecho Administrativo Global. En este campo, con sólo echar una ojeada al panorama internacional se comprende el alcance de la afirmación precedente. Además, se comprueba una vez la fuerza de la participación en la política norteamericana. Estos grupos, a través del movimiento ecológico, aportarán una perspectiva de la seguridad más integral y una mayor protección a los consumidores.

Otro campo de regulación global que nace en Norteamérica se refiere a los códigos de buen comportamiento o códigos éticos, que también en Europa están de moda. Se trata de regulaciones, a veces sin fuerza normativa, que incluyen criterios de buen comportamiento para diferentes profesiones. Cuando se trata de la codificación de la ética, de la buena conducta en la función pública, entonces parece que el Derecho Administrativo tendría algo que decir puesto que se trata del “humus”, del substrato sobre el que deben operar los

funcionarios y los políticos, que con un adecuado sistema de sanciones administrativas y normas penales, forma parte de una codificación que alcanza una clara dimensión global.

Otro principio del Derecho Administrativo Global que surge de la práctica norteamericana del federalismo, de las relaciones entre el Estado federal y los Estados federales es el del reconocimiento de legislaciones. Principio que está en la base del modelo de cooperación y competición del sistema constitucional yanqui. En efecto, las normas de mayor calidad son reconocidas en el resto de los Estados federales. El caso que relata el profesor Ballbé en este punto es paradigmático y ofrece interesantes consecuencias para otros modelos de Estados compuestos, entre los que se encuentra ciertamente el español. Resulta que el 50 % de las empresas más importantes de los EEUU se registran en Delaware por la sencilla razón de que allí la legislación es más dinámica y cuentan con unos Tribunales mercantiles especializados famosos por su agilidad en resolver y por su prestigio y solvencia jurídica. En virtud de este principio, las empresas actúan en todo el país bajo el Derecho del Estado de origen en ejercicio del sistema federal de reconocimiento de legislaciones.

En el Derecho Comunitario Europeo este sistema se está implantando, pero en países como España, que es federal en sus principios, puede haber diecisiete legislaciones distintas, a veces con diferencias sustanciales por la sencilla razón de que el cabildeo político impide que se recurra al Tribunal Constitucional tal diversidad en aspectos esenciales o que el propio máximo intérprete de la Constitución resuelva los conflictos en lugar de con criterios jurídicos, con argumentos políticos, con argumentos de poder.

También existe otro principio extraído del federalismo norteamericano que empieza ya a conformar el orden principal del Derecho Administrativo Global y que podría ser pensado para resolver algunos problemas que plantea el modelo autonómico español. Me refiero a los principio de legislación federal inspirado en las mejores regulaciones estatales y al principio de legislación federal en defecto de legislación estatal. Ante la ausencia de legislación de los Estados, el Estado federal puede regular fundándose en las mejores legislaciones existentes en los estados miembros de la federación. La doctrina de la soberanía dual reconocida por el propio Tribunal Supremo permitió que, en efecto, el Estado central legisle ante la inactividad de los Estados miembros, muchas veces sobre la base de regulaciones exitosas de los Estados federales. Es, desde luego, una forma de garantizar que la sociedad no se quede huérfana de regulaciones si es que los políticos deciden mantenerse en la inactividad o en la omisión de sus obligaciones legislativas.

Otro principio básico del federalismo norteamericano es el de cooperación. Principio fundamental en el Derecho Administrativo Global. Los Estados federales mantienen encuentros al máximo nivel político y administrativo. Todos aprenden de todos y lo que funciona se introduce sin problema, independientemente del color político de la Administración estatal de que se trate. Junto a la cooperación y a la sana competición, el principio de reconocimiento de legislaciones ha dado mucho juego en el Derecho Público Norteamericano y en el Derecho Administrativo Global.

Un principio que también puede extraerse del Derecho Administrativo Norteamericano es el relativo al compromiso de las Administraciones públicas con el cambio climático. Tema propio del Derecho Ambiental pero que está alterando las reglas jurídicas tradicionales del entendimiento del moderno Derecho Administrativo. El llamado “efecto California” ha sido el detonante de esta nueva manera de entender el Derecho Administrativo en forma más global. En síntesis, se puede decir que la obligación de la Administración de reducir las emisiones de los coches llevó a que el Estado de California regulara la materia estableciendo unos límites más estrictos que los de la legislación federal, hasta el punto de que los constructores de automóviles se vieron obligados a diseñar dos modelos: el general y el “California”. El tema se llevó a la justicia federal, que no tuvo ningún problema en subrayar, como es lógico, que la obligación que pesa sobre las Administraciones públicas de reducir las emisiones que provoca el calentamiento global ampara a los Estados miembros de la federación de dictar normas que puedan conseguir este resultado de la mejor forma posible. Es decir, los patrones o cánones generales de restricción de que dispone el Estado central como competencia propia pueden ser mejorados por las regulaciones estatales. Es lógico, puesto que si se trata de reducir los efectos del calentamiento global, quien mejor pueda y sepa hacerlo, que lo haga. Impedir que se puedan adoptar políticas que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos es, sencillamente, incongruente con un sistema político democrático. Facilitar que los Estados puedan dictar regulaciones que mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos es una de las tareas que el Derecho Administrativo debe posibilitar.

Otra realidad institucional que nace bajo el manto del Derecho Administrativo Global y que poco a poco ha ido evolucionando hasta constituir un vivo ejemplo de Administración global es la OMC. La Organización Mundial del Comercio, en efecto, ha conseguido sustituir el rígido esquema del veto imperante en el GATT por el Derecho. Todos los países que forman parte de la OMC han admitido, de una u otra forma, el principio de legalidad en forma de sometimiento al Derecho de las cuestiones comerciales así como el princi-

pio del equilibrio en la versión anglosajona de “cheks and balances” del sistema federal de los Estados Unidos de América. Este país ha aceptado las reglas del juego y se somete también al Tribunal que dirime los conflictos, el Apellate Body, generándose así, como señala el profesor Ballbé, un repertorio de jurisprudencia que se puede enmarcar dentro de un Derecho Común que no es otra cosa que, por razón de la materia, Derecho Administrativo Global. Es tal la fuerza de la participación y de la necesidad de interconectar el comercio con otras realidades sociales que el Tribunal ha empezado a abrir la mano en lo que a la legitimación se refiere, escuchando en audiencias a personas jurídicas distintas de los Estados como las ONGs y planteándose cuestiones relativas a los derechos humanos, al Derecho Laboral, o, por ejemplo al Derecho Sanitario. Obviamente, también se ha asumido el principio del reconocimiento de legislaciones.

Finalmente, Ballbé plantea el espinoso tema del control judicial de la Administración del orden público. A pesar del intento de la Administración Bush de eludir los controles judiciales en lo referente al uso de la fuerza militar en la lucha antiterrorista, el Tribunal Supremo de los EEUU ha sentenciado que en todo caso tales decisiones políticas o administrativas deben estar sometidas al control judicial en el seno del territorio de los Estados Unidos. Es decir, hoy por hoy el Tribunal Supremo de los EEUU permite a que se eluda el control del Tribunal Penal Internacional, pero no el control de los Tribunales Norteamericanos. La sentencia Humdi-Rumsfield constata, por otra parte, que los presos de los Estados Unidos tienen derecho a un juicio justo y gozan de todas las garantías de cualquier ciudadano que se enfrente a un juicio de los Estados Unidos.

A modo de resumen de lo expuesto en este epígrafe se puede afirmar que la evolución del Estado en los Estados Unidos ha posibilitado, de la mano de una regulación fundada sobre el pluralismo, el equilibrio de los poderes, las relaciones jurídicas entre ordenamientos multinivel, las Agencias como modelos de garantía de los derechos y la centralidad del ser humano, un Derecho Administrativo que ha trascendido las propias fronteras influyendo decisivamente en el Derecho Administrativo Global.

La experiencia norteamericana confirma, desde mi punto de vista, que la tarea que tiene entre manos el Derecho Administrativo Global, siguiendo la tradición de los orígenes de esta disciplina en el siglo XVIII, se encuentra, como diría García de Enterría, en seguir luchando contra las inmunidades del poder, sea éste político o económico. Frente a esta orientación, encontramos, por otra parte, intentos de convertir al Derecho Administrativo Global en la

“longa manus” de la tecnoestructura global que intenta a toda costa imponer determinados criterios y consignas de orden social, económico, y sobre todo ideológico, con el fin de garantizarse el dominio y control de las sociedades. Frente a esta nueva dictadura global, a veces sutil e imperceptible por momentos, se está librando una nueva batalla por el Derecho que ha de convocar al jurista del Derecho Administrativo Global a defender con ahínco y fortaleza los principios del Estado de Derecho, unos principios que en el marco del espacio jurídico global permite integrar lo mejor de la tradición jurídica continental con lo mejor de la tradición jurídica anglosajona.

III. EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO Y LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO

El Derecho Administrativo de corte continental, el que nace según algunos tras la revolución francesa, tiene unos contornos y un ambiente ciertamente autoritario que trae su causa precisamente de la explicación histórica en cuya virtud la burguesía accede y se encarama al poder. En este contexto, el acto administrativo es el gran mito que justifica esta versión unilateral del poder y el sentido que desde el principio se confió a los conceptos de privilegio y prerrogativa. No podemos olvidar que, efectivamente, la elusión del control judicial por parte de la Administración pública es uno de los principios sobre los que se montó en Francia este ordenamiento que permitió la organización del Estado, tantas veces construido al margen y de espaldas, a pesar de las solemnes declaraciones programáticas de las más “progresistas” Constituciones. En Europa, la tradición del Derecho Administrativo ha preterido en sus inicios la centralidad de la condición humana para lanzarse a la construcción y diseño de un modelo de Estado al que se reclamaba que solucionara todos los problemas sociales. El esquema del esquema de bienestar en el que hoy vivimos no es más que una fiel representación de esa gran construcción autoritaria que pide a los ciudadanos que no se preocupen de los asuntos comunes, colectivos, porque para ello ya está el Estado, las estructuras administrativas y los funcionarios.

Es verdad que los principios configuradores del Estado de Derecho: legalidad, separación de los poderes y reconocimiento de los derechos individuales tienen, de alguna manera, matriz europea. Pero también es verdad que en su desarrollo y evolución han ido quedando un tanto desdibujados ante la omnipresencia y omnipotencia de un Estado del que los ciudadanos debían esperar todo, prácticamente todo. Esto explica la escasa virtualidad operativa de la participación real en Europa y la fuerza que poco a poco ha ido asumiendo

el llamado Estado de partidos como dueño y señor de la realidad política, y tantas veces económica, en el solar del viejo continente. La separación de poderes se ha ido tornando una quimera ante la posición hegemónica de los partidos. El reconocimiento de los derechos humanos se entiende en clave positivista, como si la dignidad del ser humano viniera de la ley. La arbitrariedad, como ausencia de racionalidad y, por ello, el dominio de los fuertes sobre los débiles está dirigiendo los destinos de un continente en degradación permanente precisamente por haber renunciado a su raíces culturales y al sentido originario del principio de legalidad, de la separación de poderes y de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona.

En este contexto, la interacción de los Ordenamientos, la emergencia del Derecho Administrativo Global y la proyección de los principios del nuevo Derecho Comunitario de rostro humano, están permitiendo que, en efecto, el viejo continente salga del marasmo y de la atonía cultural en que se encuentra, para tomar el relevo que históricamente le corresponde. En este sentido, una tarea pendiente que tiene el Derecho Administrativo Europeo es, precisamente, revitalizar la dimisión jurídica del espacio administrativo continental para evitar que la captura de lo económico sobre lo institucional no continúe pervirtiendo el sentido de un Ordenamiento nacido para que la justicia brille con luz propia en el viejo continente y no para ponerse al servicio del poder, sea éste de naturaleza política o económica.

La europeización del Derecho Administrativo es hoy una realidad. Una realidad que, sin embargo, no está del todo asumida al interior de los Estados miembros ni interiorizada por numerosos operadores jurídicos de los Estados de la Unión Europeo. Una de las razones de tal situación se encuentra, efectivamente, en la resistencias mostrencas a la compartición de espacios de soberanía a la Unión por parte de los Estados y por un emergente nacionalismo que impide que el espacio jurídico global sea la realidad que debiera tras tantos años de andadura comunitaria. En cualquier caso, se trata de un proceso jurídico imparabile que, con luces y sombras, poco a poco va calando en la conciencia jurídica europea. La europeización del Derecho Administrativo es un proceso que se va produciendo a golpe de reglamento, a golpe de directiva y, en la medida en que ambas fuentes del Derecho son de aplicación obligatoria en los Estados miembros de la Unión, en esa medida el Derecho Administrativo Comunitario va siendo más conocido y también más utilizado por los Tribunales de justicia de los países miembros. Estas normas jurídicas han venido disciplinando la acción sectorial de la Administración, esfera de actuación de la Administración europea que contiene las principales políticas públicas de la Unión: agricultura, pesca, seguridad, política social, entre otras.

Schmidt–Assmann ha llamado la atención sobre la posición jurídica del ciudadano en el Derecho Administrativo Comunitario, que aunque ocupa un lugar relevante, no ofrece el mismo plano de centralidad que tiene en el Derecho Alemán porque esa posición del ciudadano parece confundirse con con la defensa de la legalidad objetiva, con la intención de asegurar la efectividad del Derecho. Esto, según este autor alemán, se pone de relieve en dos puntos.

Primero, los ciudadanos pueden recurrir la transposición de las directivas aunque la dimensión del interés general afectado sigue siendo un problema por su abstracción y su generalidad. Y, segundo, en materia de medio ambiente se intenta sensibilizar al ciudadano para que pueda participar en la elaboración y configuración de estas políticas públicas comunitarias de tanta trascendencia. Como señala Schmidt–Assmann, con ello se pretende no descargar la responsabilidad sólo en el aparato ejecutivo del Estado, sino movilizar a los propios ciudadanos como administradores del medio ambiente.

Ciertamente, en materia de medio ambiente, este proceso de europeización ha saltado las fronteras del viejo continente y se ha instalado nada menos que en los Estados Unidos de América. En efecto, en virtud del principio de sustitución, la legislación comunitaria europea, para proteger a las personas y al medio ambiente, debía ser capaz de promover soluciones innovadoras que llevarán a la eliminación progresiva de las sustancias químicas más peligrosas, sustituyéndolas por mejores alternativas.

En cualquier caso, como señala Schmidt–Assmann, la clave conceptual del Estado de Derecho sigue siendo la libertad individual. Así, el Estado de Derecho, sigue diciendo este profesor, se nos muestra como la forma de Estado capaz de dejar espacio al individuo, de garantizar su autonomía individual. Sin embargo, la aparición del modelo del Estado social de Derecho incorpora una forma solidaria de ejercicio de las libertades porque el ciudadano ciertamente no está sólo en el mundo, sino que está en relación continua y permanente con otras personas y con instituciones sociales y de naturaleza pública. Concebir la cláusula del Estado de Derecho como una cápsula para el aislamiento del individuo me parece poco acorde con los postulados de la justicia y de la racionalidad. Más bien, esa dimensión de la cláusula del Estado social de Derecho va a hacer posible que el Estado deje de ser un espectador pasivo para convertirse en un decisivo actor que, a través de la regulación, crea condiciones, genera contextos y marcos en los que, en efecto, el ejercicio de las libertades, en todas sus manifestaciones, sea más real y efectiva.

Como es sabido, en el preámbulo del Tratado sobre la Unión Europea se refiere al Estado de Derecho y a la democracia como intereses compartidos por los Estados miembros, intereses que tras el Tratado de Amsterdam son ya principios generales de la Unión Europea. Como señala Schmidt-Assmann, tanto el Estado de Derecho como la democracia son, pues, la base común del Derecho Administrativo Europeo, actualmente en fase de construcción. En el Estado de Derecho, como recuerda este profesor a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es el Derecho el que da forma y medida al Estado, a su eficacia y a la vida colectiva que se desarrolla en su seno. El Derecho ha de presidir el espacio administrativo europeo y el funcionamiento de las Administraciones públicas europeas. En el Estado de Derecho las personas han de disfrutar de sus derechos fundamentales y han de poder ser garantizados en casos de conflicto o controversia con arreglo a parámetros de justicia articulando procedimientos administrativos, dice Schmidt-Assmann que conduzcan a la racionalidad. Justicia y racionalidad, por tanto, son dos principios básicos del espacio jurídico europeo que ya son patrimonio también del Derecho Administrativo Global.

La cláusula del Estado de Derecho ayuda a entender el sentido que tiene el Derecho Administrativo Global también como Derecho del poder público global para el ejercicio solidario de las libertades por parte de los ciudadanos del espacio jurídico administrativo global. Europa es un espacio jurídico comprometido con la libertad y con la efectividad de los derechos fundamentales de la persona.

El papel que juegan los derechos fundamentales en el Estado social de Derecho debe completarse, forzosamente, con una referencia a la necesidad de una adecuada participación de los ciudadanos en el control inmediato del funcionamiento del sistema político al servicio objetivo del interés general. Así, solo a través de esa participación social en la responsabilidad y en la tomas de decisiones, el hombre puede llegar a realizarse como personalidad propia y –esto es decisivo– esa realización personal le permite desempeñar mejor su papel en la sociedad. Esta idea de los derechos fundamentales de la persona en el Estado social ha sido, poco a poco, desnaturalizada por un deficiente entendimiento de la intervención pública.

En efecto, la Ley Fundamental de Bonn afirma la vinculación “a la ley y al Derecho del poder ejecutivo y judicial”. También la Constitución española dispone, en su artículo 103, que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa (...) con sometimiento a la Ley y al Derecho” y el artículo 10.1, dispone que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables

que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Las fórmulas “Ley y Derecho”, “dignidad de la persona” o “derechos inviolables que le son inherentes”, parecen sugerir la idea de un derecho Administrativo en el que junto a normas y regulaciones coexisten principios, principios que son los que dotan de sentido y congruencia la construcción de un Estado de Derecho que en muchos Estados de la Unión Europea se reduce a un rancio positivismo que solo admite la existencia de principios en cuanto corolarios inmanentes de las normas jurídicas en sentido formal.

Paralelamente a la afirmación y el desarrollo jurídico de estos derechos y libertades, se ha llevado a cabo la construcción de unas instituciones comunes que han tenido, durante largo tiempo, la misión primordial de garantizarlos. Posteriormente, la madurez de estas instituciones permitió que asumieran un papel de dirección de determinadas políticas comunes, de representación de los intereses, también comunes, de los ciudadanos y, en definitiva, de ejercicio del poder que corresponde a una comunidad organizada políticamente para servir al bien común.

En este punto, podríamos preguntarnos cuales son las causas de que la construcción europea en marcha se continúe hoy percibiendo como una realidad, economicista y ajena a la vida de los ciudadanos, cuando no burocráticamente opresora. Probablemente, la respuesta a esta gran cuestión nos ayude a comprender la importancia del Derecho Administrativo Global como Derecho comprometido con los valores del Estado social de Derecho y con los principios generales que permiten que las regulaciones tengan sentido, tengan congruencia y, fundamentalmente, trasluzcan la lucha por la justicia en un mundo en el que con frecuencia encontramos tecnoestructuras que pretenden someter al Derecho a una fórmula más de “racionalidad” económica.

En este punto es menester caer en la cuenta del diferente entendimiento que de la libertad se ha realizado a ambas orillas del océano Atlántico. Se trata de poner de relieve las profundas diferencias que en orden al concepto de la libertad encontramos en el sistema jurídico continental y en el sistema jurídico anglosajón. Ambas tradiciones, como ya he señalado en más de una ocasión, más que confrontarse deben ser articuladas a través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que está en la base del Derecho Administrativo Global. Es decir, es fundamental conciliar adecuadamente las tradiciones constitucionales anglosajona y continental. Obtener lo mejor de ambos sistemas jurídicos, desde esquemas de complementariedad,

ayuda a comprender el sentido que tiene este Derecho Administrativo Global que hoy emerge con gran vitalidad.

El sistema anglosajón opera sobre la idea de la “liberty” liberal y tiende a concebir los derechos y las libertades políticas como límites a la actuación de los poderes públicos. Frente a ella, la tradición romano-germánica que impera en el continente nos muestra a estos derechos como inseparablemente unidos a ciertas obligaciones positivas que los poderes públicos han de adoptar en relación con los ciudadanos.

Estas construcciones jurídicas, que encierran dos maneras distintas de entender la persona, deberán confluir en la medida en que la tensión entre el individuo y la sociedad, entre la persona y el poder, debe resolverse en clave de interdependencia, sin por eso vaciarse el valor intrínseco de la persona. He aquí, pues, uno de los apasionantes desafíos que Derecho Administrativo Global tiene por delante y que habrá de resolver desde el diálogo entre las diferentes tradiciones y sistemas jurídicos-públicos al servicio de la centralidad del ser humano y de su innegociable dignidad.

Como es sabido, los Tratados Fundacionales y el resto del Derecho Originario de las Comunidades Europeas no establecieron una carta de Derechos Fundamentales hasta el año 2000. Ello fue consecuencia, según parece, del enfoque funcionalista que asumió la Comunidad en su nacimiento, consistente en aproximar realidades económicas y favorecer libertades comerciales como paso previo, en teoría, a la integración política. No es este el momento ni el lugar para analizar si el camino elegido ha sido el correcto, pero quizá sea útil recordar lo que uno de los fundadores de la Comunidad Económica Europea, Jean Monnet afirmaba, al final de su vida: “si hubiera de comenzar de nuevo el proceso de unificación europea, lo haría por la educación y por la cultura, no por la economía”.

El contenido preferencialmente económico de las Comunidades Europeas posibilitaron que los Tratados Constitutivos solo establecieran medios para la protección de los derechos a la no discriminación por razón de nacionalidad y sexo, a la propiedad (en su forma industrial y comercial), a la libre circulación de personas, mercancías y capitales, el libre establecimiento empresarial, el secreto profesional y la garantía de no discriminación en el ejercicio de los derechos laborales y sindicales. Sin embargo, la idea de competencia, omnipresente en los Tratados y en buena parte del Derecho derivado ha provocado un auténtico terremoto en las formas tradicionales de entender la intervención de los poderes públicos en la economía, hasta el punto de dismantelar, de al-

guna forma, conceptos e instituciones que por largo tiempo presidieron el Derecho Administrativo en los países de tradición continental.

Tampoco el decurso histórico de la unión Europea ha supuesto un gran avance en materia de regulación de derechos fundamentales de la persona. Las distintas normas que se han ido incorporando tanto a las bases constitucionales como al Derecho derivado, apenas han alterado el status quo. Todas ellas, desde el Acta única hasta el propio Tratado de Maastricht, han venido siendo consideradas por quienes abogan por la constitucionalización plena de los derechos fundamentales en una Constitución europea de Europa, oportunidades perdidas. Todo lo más, como señala el profesor Díez Picazo, han conseguido incorporar al acervo comunitario europeo, por remisión, el contenido del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950, cuyo mecanismo de garantía, el Tribunal de Estrasburgo, no es una institución comunitaria, aunque sí del Consejo de Europa, con los problemas que ello conlleva.

En todo caso, el Convenio Europeo de Derechos Humanos es Derecho interno de los Estados miembros. Los Estados han de cumplirlo, asumen la obligación de su cumplimiento. Además, como señala el profesor Cassese, el Convenio tiene una influencia indirecta en los Estados pues tal y como dispone el artículo 6 del Tratado de la Unión “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el convenio europeo de derechos humanos”. Así las cosas, nos hallamos ante una protección múltiple de los derechos fundamentales de la persona: por las Constituciones nacionales, por el Convenio y por el Tratado de la Comunidad Europea, en este último caso también como principios establecidos por el Convenio (Cassese).

Un punto interesante del alcance de la protección de los derechos fundamentales en el solar europeo se refiere a que mientras el Convenio afirma expresamente que el derecho fundamental se garantiza frente a un juez, el Tribunal de Estrasburgo ha ido más allá y, superando la distinción entre actividad administrativa y judicial, ha establecido, como señala el profesor Cassese, que el derecho fundamental se tutela también en procedimientos administrativos semicontenciosos. Así, de esta manera, el Tribunal ha llevado normas, configuradas por el Convenio para procesos ante jueces, a procedimientos que se realizan ante autoridades administrativas de naturaleza contenciosa o semicontenciosas. En este contexto, aparecen principios, que en el campo del orden sancionador y en las actividades de ordenación, son ya propios del Derecho Administrativo Global, como pueden ser el principio de independencia e imparcialidad del órgano resolutor, el principio de contradicción, el principio de

proporcionalidad, el principio de racionalidad, el principio de publicidad, o el derecho a un defensor. Evidentemente, como advierte Cassese, esta interpretación del Tribunal de Estrasburgo se refiere a procedimientos administrativos en los que existe una función materialmente jurisdiccional, como puede ser el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración pública.

En realidad, si el Tribunal de Estrasburgo entiende, en el caso de una demanda individual, que ha habido una lesión del Convenio y que el Derecho interno sólo de manera indirecta permite reparar tal violación, entonces concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Además, el artículo 46 del Convenio dispone que los Estados contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas en los litigios de que sean partes, sobre cuya ejecución el Comité de Ministros tiene funciones de vigilancia. Sin embargo, el contenido de las indemnizaciones en ocasiones es bastante desproporcionado y con frecuencia la ejecución de las sentencias condenatorias al Estado deja mucho que desear. Ciertamente, la indemnización que lleva aparejada la lesión del Convenio ha sido criticada por la doctrina al entender que lo razonable sería que el propio Tribunal pudiera anulara actos y normas. Si embargo, todavía algunos piensan que la soberanía reside únicamente en el ámbito estatal, que es dónde se pueden anular actos y normas. Esta es, desde luego, una limitación derivada del deficiente entendimiento de la dimensión global o de la coherencia de un sistema jurídico que bascula sobre un espacio jurídico supranacional como es el europeo.

El caso del Tribunal de Estrasburgo y del propio Consejo de Europa plantean la necesidad de simplificar esta dualidad de autoridades sobre el solar europeo, de manera que la Administración supranacional europea sea más sencilla y más adecuada a la realidad del tiempo en que vivimos. Es verdad que hoy en día la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha establecido un conjunto de principios de Derecho Administrativo sustantivo o material que deben ser respetados por las Administraciones públicas nacionales en cuanto que realicen procedimientos de naturaleza contenciosa. Pero, a pesar de ello, el espacio jurídico europeo precisa de una Constitución, un Poder ejecutivo, un Poder judicial y un Poder legislativo que permitan el recto ejercicio de los postulados del Estado de Derecho para todos los países de la Unión Europea.

Otra vía de creación del Derecho Comunitario Europeo, la jurisprudencial, procedente del Tribunal de Luxemburgo, ha sido más relevante. Los mecanismos puestos en marcha para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y libertades netamente comunitarios, especialmente los recursos ante el

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, se encontraron muy pronto con problemas derivados de la necesidad de resolver litigios en los que, además de las libertades consagradas en los Tratados, la propia acción de la Comunidad o de los Estados miembros ponía en cuestión el ejercicio de otros derechos fundamentales no expresamente reconocidos en los Tratados. El Tribunal de Luxemburgo ha pretendido resolver esta cuestión justificando sus incursiones en el ámbito de los derechos fundamentales de la persona a partir de considerarlos como “principios generales del Derecho Comunitario” derivados de la tradición jurídica común de los Estados Miembros”. Lo cual es muy cierto y, a falta de su reconocimiento en la futura Constitución europea, muestra has que punto en el Derecho Administrativo Europeo la incidencia de los derechos fundamentales ha sido y es sobresaliente.

En este sentido, no se puede olvidar que la proyección, por ejemplo, del principio de tutela judicial efectiva, en lo que se refiere a la justicia ahora llamada cautelar, ha tenido un gran avance precisamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de dónde ha saltado a la jurisprudencia de los Estados miembros. El caso “factortame”, recogido por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en una resolución del año 1990 pone de manifiesto hasta que punto el Derecho Procesal Administrativo Europeo ha desembocado en el establecimiento de principios de Derecho Administrativo Supranacional como el que reza así: el proceso para el que tiene la razón no puede ser un obstáculo que le quite precisamente la razón.

Así, poco a poco, se ha ido perfilando una construcción ciertamente “procesal” de derechos como el de audiencia al ciudadano, o garantías como la irretroactividad de las disposiciones limitadoras de derechos, la proporcionalidad de las sanciones o la obligación de resarcir los daños ocasionados por los incumplimientos de las normas comunitarias. Piénsese, en este punto, la sentencia que obligó a al Reino Unido a indemnizar a los pescadores españoles que habían sido privados ilegítimamente de su derecho a faenar en aguas inglesas con sus buques de bandera británica.

También la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, de 5 de octubre de 1994, incorpora al ámbito de los derechos fundamentales comunitarios, el “respeto a la vida privada”, tras examinar la licitud de unas pruebas médicas como requisito de acceso a un empleo al servicio de las instituciones comunitarias. En cualquier caso, esta construcción jurisprudencial no satisface a la doctrina mayoritaria, que la considera plagada de incertidumbres, cuando no de cierta discrecionalidad. Sin embargo, a pesar de los pesares, esta jurisprudencia muestra hasta que punto en el

ámbito del Derecho Administrativo Europeo los derechos fundamentales de la persona son uno de sus principales pilares.

Las autoridades judiciales, en especial los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros de la Unión Europea han criticado este procedimiento de creación jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, manteniéndose hoy un cierto *status quo* de equilibrio entre la primacía del Derecho Comunitario Europeo frente a las normas nacionales incluso de rango constitucional.

Para lograr sus fines propios, la Europa unida debe asumir el reto de llevar lo más lejos que sea posible la protección efectiva y la promoción de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Por ello, la síntesis de las actuales regulaciones de los derechos fundamentales de cada Estado miembro debe aspirar a ser un repertorio de máximos, no de mínimos. Debe aspirar, por tanto, a incorporar al acervo jurídico comunitario las regulaciones más perfectas y más acordes al sentido de la dignidad del ser humano. Así, de esta manera, haciendo un estudio analítico de los derechos fundamentales de la persona en todas las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea se podría llegar a un catálogo comúnmente aceptado por todos los países en los que en efecto brille con luz propia la dignidad del ser humano, fundamento del Estado de Derecho.

Schmidt-Assmann ha llamado la atención sobre la constatación de la construcción sistémica del Derecho Administrativo a partir de los derechos fundamentales, tendencia que se aprecia en los nuevos tiempos. Sin embargo, para el profesor alemán, esta línea de trabajo presenta algunos riesgos como el de dar una relevancia exacerbada a la equidad como justicia del caso concreto o construir una dogmática administrativa excesivamente especializada en torno a algunos concretos derechos fundamentales de la persona. Tal peligro se produce, obviamente, si se mantiene una posición de la relevancia de los derechos fundamentales sin tener presente el concepto de libertad solidaria, o, si se quiere, olvidando la dimensión social que ahora acompaña a la cláusula del Estado de Derecho. Los derechos fundamentales de la persona no atienden, solo y exclusivamente, a los intereses individuales, al igual que el interés general no es, no puede ser, el interés de los poderes públicos. Hoy el contenido de los derechos fundamentales, porque parten de la centralidad de la dignidad del ser humano, reclaman que el Estado propicie espacios para el ejercicio de la libertad solidaria por todos los ciudadanos, especialmente los más débiles. Hoy, la definición de los intereses generales ya no se realiza unilateralmente por la Administración pública, sino que ésta de-

be abrirse a la realidad social y dialogar con las instituciones y grupos que trabajen en ese concreto sector sobre el que adoptar algunas decisiones de política pública.

Del mismo modo, la idea de que la protección de los derechos fundamentales supone tutelar especialmente los intereses individuales es una idea que olvida que la protección de los derechos del hombre, en la medida en que son derechos que el Estado reconoce porque son innatos a la condición humana y con el hombre vienen y con el hombre se van, tiene una evidente dimensión pública que al Ordenamiento jurídico toca tutelar. Reducir los derechos fundamentales a intereses individuales se antoja una posición individualista que puede pasar por alto otros derechos fundamentales tanto o más importante que la libertad y la propiedad como el derecho a la vida, primero y principal de los derechos fundamentales de la persona.

En alguna medida, esta dimensión individual del Derecho Administrativo de la que habla Schimdt-Assmann parece haber justificado, según su criterio, una serie de principios como el de interdicción de la arbitrariedad, prohibición de exceso, proporcionalidad, adecuación, exigibilidad, igualdad o confianza legítima. El profesor Schimdt-Assmann señala, en este sentido, que estos principios han sido subsumidos en una suerte de metaprincipio general o potestad general de la Administración de actuar conforme a equidad, o de acuerdo a la justicia del caso concreto. Concebir este meta-principio en criterio o guía única para la actuación administrativa implica, según Schimdt-Assmann, colocar la realidad, las circunstancias de cada caso en el primer plano de la práctica administrativa superando toda tendencia a automatizar la aplicación del Derecho y a tipificar la actuación de la Administración pública. En opinión de este autor, aplicar tal criterio supone, además, que la Administración está en condiciones de conocer individualizadamente las circunstancias de todos los ciudadanos, lo que, desde su punto de vista, trae consigo que la Administración ha de atender los intereses individuales de los administrados.

Este planteamiento me parece que no tiene en consideración que si la Administración está sometida a la Ley y al Derecho es porque ambos conceptos, que ordinariamente tienden a identificarse, no siempre se expresan a través de los mismos instrumentos jurídicos. Y, además, en ocasiones, hasta es posible que se puedan encontrar leyes que no son jurídicas: la historia nos enseña, como sabemos, multitud de casos. El sometimiento del poder al Derecho, que como hemos señalado ya es una de las principales tareas del Derecho Administrativo Global para evitar la tiranización del Derecho por los poderes pú-

blicos o económicos, supone que las normas jurídicas respiren, se muevan y se desarrollen en el oxígeno de los principios del Derecho que, lejos de formulaciones diseñadas para atender los intereses individuales de los ciudadanos, son la representación real de la aspiración a la justicia que late, como no, en el Derecho Administrativo. Y, entre ellos, el principio de equidad y el de la justicia del caso concreto, que en eso consiste nada menos que la función de la jurisprudencia, ayudan sobremanera a comprender el alcance que tiene la centralidad de la dignidad de la persona para el Derecho Administrativo Global. Por una razón, porque la dignidad del ser humano poco o nada tiene que ver con los intereses puramente individual. Significa, sobre todo, que en la construcción del Derecho Administrativo Global, y, por ello, en la actividad de la Administración pública global, la dimensión personal, la sensibilidad hacia las personas sea determinante de las políticas públicas. Para mí está cuestión adquiere plena congruencia a partir del concepto de Derecho Administrativo que se maneje. Si se tiene claro, como es mi caso, que estamos en presencia de un Derecho del poder público para la libertad, entonces la dignidad del ser humano también encierra conceptos supraindividuales como el de solidaridad. Si el Derecho Administrativo o, la actividad administrativa se concibe como una mera aplicación mecánica y automática de una norma a la realidad, entonces es posible que no exista posibilidad de que el Derecho tenga protagonismo alguno.

Scmidt-Asmann señala, a continuación, que la apelación a la equidad puede desembocar en el peligro de que la Administración se desvincule de la Ley con el consiguiente desmoronamiento del principio de igualdad. La equidad como apelación a la justicia del caso concreto opera en primer lugar en relación con la norma de aplicación al caso. El problema reside en que en ocasiones, como la norma no puede preverlo todo ni es una garantía de juridicidad dada la tiranía a que nos somete la dictadura del Estado de partidos, entonces es razonable que opere el Derecho, por la sencilla razón de que la actividad administrativa cada vez tiene que ser más consciente, tal y como establecen las Constituciones modernas, y es hoy principio incontestable del Derecho Administrativo Global, de que está vinculada por los principio de efectividad de los derechos fundamentales de la persona y por los principios del orden político y social, conceptos que lejos de entenderse desde los esquemas del pensamiento de confrontación, han de comprenderse, desde el principio de compatibilidad y complementariedad.

Otro problema que se presenta para expulsar a la equidad de la constelación de principios generales de aplicación al accionar administrativo tiene que ver con la idea de que la justicia del caso concreto nos dispersa de lo abstracto

y nos conduce inexorable y obligatoriamente a un espacio dónde domina única y exclusivamente lo concreto. Si esto fuera así, que no lo es, resultaría que sería imposible la convivencia de lo abstracto y lo concreto, de lo general con lo particular. Pues bien, si en algo se caracteriza el Derecho Administrativo Global a partir de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es precisamente en hacer posible que la actividad administrativa, que se realiza en virtud de normas, se pueda proyectar sobre la realidad concreta con ayuda de una serie de principios. No es que la aplicación de la equidad nos conduzca al pragmatismo y la aplicación mecánica de la norma a la abstracción. Que la aplicación de la norma a la realidad se aplique de la misma forma a todos sus destinatarios no quiere decir que no exista espacio posible para la equidad.

Los principios del Derecho Administrativo han de aplicarse con prudencia y con mesura. Por ejemplo, Schmidt-Assmann nos alerta del peligro de que el principio de proporcionalidad se aplique de manera unilateral. En sí misma, la proporcionalidad reclama un juicio de ponderación entre los medios previstos y los fines a alcanzar. Y cuando se aplica acerca de la ponderación entre intereses públicos y particulares, tarea que tantas veces pertenece al ámbito judicial, ha de realizar una tarea de contraste jurídico que persiga el servicio objetivo al interés general.

IV. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Llegados a este punto de este estudio, parece aconsejable reflexionar, siquiera sea brevemente, sobre el alcance moderno de los principios generales en el Derecho Administrativo. En efecto, la consideración de los principios generales del Derecho en el campo del Derecho Administrativo puede realizarse de muy diferentes formas, atendiendo a distintos puntos de vista. Se puede, por ejemplo, analizar su condición de fuente del Derecho y explicar cuales son sus peculiaridades proyectadas sobre nuestra disciplina. Se puede, también, estudiar específicamente su carácter de elemento informador y transversal de todo el Ordenamiento jurídico-administrativo. Igualmente, se puede poner el acento desde su conexión a la dimensión ética y a su proyección sobre el plano de los valores. Es posible detenerse a partir del análisis de los principios políticos que presiden el Estado social y democrático de Derecho o centrarse en el estudio de los aforismos, de las técnicas de argumentación, de las reglas de interpretación o de determinados criterios procesales. Es decir, como señala Santamaría Pastor, existe una pluralidad de significados y de aproximaciones en re-

lación con los principios generales que hacen necesario clarificar y concretar el objeto de la reflexión.

El sometimiento del poder público global al Derecho en buena medida se produce gracias a la existencia de una serie de principios que son la atmósfera en la que ha de respirar el Ordenamiento jurídico administrativo global. La jurisprudencia de algunos Tribunales nacionales y de algunos Tribunales del orden global, como por ejemplo el Tribunal de la OMC, enseña que los principios generales son el resultado del genio jurídico de la construcción del Estado de Derecho y la esencia del entero Ordenamiento jurídico.

En el marco del Derecho Administrativo los principios generales son los criterios inspiradores del entero sistema normativo de nuestra disciplina. De este modo, los principios generales, que son la esencia del Ordenamiento, siempre nos ayudarán a realizar esa fundamental tarea de asegurar y garantizar que el poder público en todo momento se mueve y actúa en el marco del Derecho. Es más, su carácter inspirador del Ordenamiento nos lleva a reconocer en los principios las guías, los faros, los puntos de referencia necesarios para que, en efecto, el Derecho Administrativo no se convierta en una maquinaria normativa al servicio del poder de turno sin más asideros que las normas escritas y las costumbres que puedan ser de aplicación en su defecto.

En los inicios del siglo XXI la pregunta acerca de la significación de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo puede ser contestada desde dos planteamientos muy distintos. Desde el positivismo más radical se diría que los principios generales no tienen apenas más sentido que el de, en todo caso, reconocer en términos abstractos las reglas que se expresan en el sistema normativo. El sistema normativo se da a sí mismo los principios porque es el Ordenamiento el origen y la causa de ellos. Si, por el contrario, nos situamos en una perspectiva de positivismo abierto, de positivismo que reconoce la existencia de un solar jurídico general, de una cultura jurídica universal, global podemos afirmar, que representa el Estado de Derecho, entonces las cosas son de otra manera. Desde esta perspectiva, los principios generales juegan un papel central porque son los garantes de que el Estado de Derecho y sus postulados sean una realidad en todas las ramas del Derecho. Así, de esta manera, los principios no son solo fuente del Derecho Administrativo Global, que no es poco, sino que son, además, elementos inspiradores, criterios sobre los que se debe edificar el Derecho Administrativo. Claro, si el Derecho Administrativo no es más que una rama del Derecho Público que regula relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos sin más, los principios

tendrán una funcionalidad muy limitada. Si el Derecho Administrativo se concibe, siguiendo a González Navarro, como el Derecho del poder para la libertad del ser humano, entonces se comprende fácilmente la virtualidad operativa que tienen en el orden jurídico-administrativo global.

A este propósito debe tenerse presente que el Tribunal Supremo español señaló por sentencia de 18 de febrero de 1992 que “los principios generales del Derecho, esencia del Ordenamiento jurídico, son la atmósfera en que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios informen las normas –art. 1.4 del Código Civil– y que la Administración esté sometida no sólo a la ley sino también al Derecho –art. 103 de la Constitución–. Y es claro que si es principios inspiran la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, esta potestad ha de actuarse conforme a las exigencias de los principios”.

A poco que se examine en sus justos términos la doctrina que se contiene en esta sentencia se comprenderá el alcance y significado de los principios generales como exponentes del solar jurídico, del ambiente general que ha de presidir el entero sistema normativo. Se trata, en este caso, de los principios como elementos basilares del Ordenamiento, como las columnas vertebrales que sostienen y dan vida a las normas jurídicas. Con palabras de la sentencia del Tribunal Supremo, son el oxígeno que envuelve a las normas, la atmósfera que permite la pervivencia de las normas. Si se desconocen o si se eliminan es como si dejara de existir el oxígeno para el hombre. Por eso, los principios generales, desde esta perspectiva de elementos informadores y de criterios esenciales, han de ser tenidos muy en cuenta no sólo por el intérprete de la norma, sino también por quien la elabora.

Es verdad que muchos principios han venido al mundo jurídico como consecuencia del trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. Lo hemos podido comprobar, por ejemplo, estudiando el Derecho Administrativo Norteamericano y el Derecho Administrativo Comunitario Europeo. En otros casos, además, aparecen, como no puede ser menos, reflejados en las normas. Pero lo más importante es que existen por sí mismos porque son la proyección en la realidad jurídica de la esencial idea de justicia que trasciende al Ordenamiento y le da sentido. Desde este punto de vista, los principios son previos al Ordenamiento. Podría decirse que son su fundamento y que el Ordenamiento se justifica en la medida en que dichos principios inspiran y presiden el sistema normativo.

Hoy en día, la mayor parte de los principios generales del derecho están recogidos en las normas escritas. Es razonable que así sea porque en general

han calado en la conciencia jurídica general los postulados del Estado de Derecho. Pero que ello sea así no quiere decir que durante largo tiempo estos principios fueran contruidos y levantados gracias al trabajo de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Luego, pasaron a las normas hasta el día de hoy en el que, afortunadamente, los principios generales de derecho fundamentales están explícitamente reconocidos en las Constituciones modernas de los países democráticos. En este sentido, repugnaría el sentido común jurídico general que hoy se elaborara una Constitución en la que no se encontrase el papel central de los derechos fundamentales del ser humano o el principio de seguridad jurídica.

V. LOS PRINCIPIOS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El Derecho Administrativo Global, tal y como sostienen Kingsbury, Krisch y Stewart, se refiere a todas las regulaciones, procedimientos y principios que ayuden a asegurar la “accountability”, la transparencia, la participación, la racionalidad y el control en la toma de decisiones en el espacio administrativo global. Estos autores no son muy partidarios de articular el sistema de fuentes del Derecho en su versión tradicional y postulan, de alguna manera, un renovado *Ius gentium* que englobaría normas que emergen entre una gran variedad de actores y en escenarios muy diversos, en lugar de depender de un *Ius inter gentes* construido sobre acuerdos entre Estados. De esta manera, desde la perspectiva de las fuentes, se podrían admitir normas no necesariamente configuradas en el seno de los centros de producción normativa tradicional, resolviendo así el problema de la posibilidad de dictar normas con repercusión en el espacio jurídico global por parte de Administraciones híbridas o de determinados sujetos jurídicos privados.

La consideración del *us gentium*, que a los profesores anglosajones citados se les antoja, sin embargo, complicada por la dificultad de admisión global de una serie de principios generales de Derecho de dimensión universal es precisamente el punto de partida del que se parte en este estudio para construir, con las dificultades que ello supone, una teoría de los principios del Derecho Administrativo Global. Esos principios, que parten del Estado de Derecho y de la centralidad de la dignidad del ser humano, como son la base del Derecho deben aspirar a impregnar un Derecho Administrativo Global que no puede, que no debe renunciar a las conquistas más estables y humanistas de nuestra civilización. No se trata, ni mucho menos, de forzar un choque de culturas jurídicas para afirmar con pretensión de victoria que el modelo del Estado social de

Derecho constituye la matriz única del Derecho Administrativo Global. No, de lo que se trata es de partiendo de estos pilares, construir un Derecho que permita que en el espacio jurídico global, la nueva Administración global pueda realizar una actividad pública en la que a través de los controles y patrones o estándares que se determinen, puedan mejorarse permanentemente las condiciones de vida de los ciudadanos. Y, hoy por hoy, el Estado social de Derecho, no nos engañemos, es fundamento razonable para la construcción de este edificio jurídico.

De esta manera entiendo la afirmación de la cláusula del Estado de Derecho como base y fundamento del Derecho Administrativo Global. La cuestión, sin embargo, aunque es compleja, requiere de unos mínimos básicos que han de ser aceptados por todos los integrantes de la Administración global. El desarrollo del Derecho Administrativo Global, que es un Derecho “in fieri”, en formación, nos irá ilustrando acerca de cómo es posible articular el Derecho interno de un Estado que participa en una Administración global con la norma que regula el funcionamiento de esa institución en el plano doméstico. Partiendo de unos principios básicos, será posible, a través de algunos instrumentos como el del reconocimiento de legislaciones, como el de racionalidad, transparencia, rendición de cuentas, sometimiento al control judicial, ir construyendo un Derecho que al final debiera ser el Derecho regulador de la denominada gobernanza global.

A día de hoy lo que se puede reclamar de este nuevo Derecho Administrativo es que sea capaz, y no es poco, de juridificar el orden económico global, sometiendo a regulaciones jurídicas el complejo mundo de la actividad administrativa de orden económico que se produce en el espacio global. Como enseñan Kingsbury, Krisch y Stewart, la panoplia de Entes públicos, semipúblicos y privados que realmente están protagonizando la realidad de la normación en el espacio global, demuestra que como lo fáctico suele ir por delante de lo jurídico, es fundamental que la regulación global que va surgiendo para racionalizar el ejercicio de esos poderes globales se haga en el solar del Estado de Derecho. A pesar de que estamos en el siglo XXI y de que deberíamos habitar en un mundo más justo y racional que en el pasado, nos enfrentamos todavía a fenomenales ejemplos de arbitrariedad y de autoritarismo en la esfera global que reclaman del Derecho Público soluciones jurídicas y , por ello, profundamente humanas.

La realidad nos está demostrando como, poco a poco, las instituciones públicas globales van formulando, sobre todo en el área de la “accountability” y la participación, reglas y principios propios. Se trata de una serie de casos que relatan Kingsbury, Krisch y Stewart el que comienza con establecimiento por

el Consejo de Seguridad de la ONU de un procedimiento administrativo limitado para el listado y exclusión de personas objeto de sanciones por parte de la ONU en el que existe la posibilidad de revisión judicial y en el que se exige la racionalidad en las decisiones.

El panel de inspección del Banco Mundial se creó para garantizar la racionalidad ambiental de los proyectos. Algunas redes intergubernamentales han ido caminando hacia una mayor transparencia en sus procedimientos, como por ejemplo el llamado Comité de Bancos Centrales de Basilea, la OCDE, la Organización mundial de sanidad animal o las cumbres de jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos. También se aprecian avances en materia de participación de ONGs en los procesos de toma de decisiones en la Comisión del Codex Alimentarius. Las ONGs también han constituido en forma más o menos cooperativa sociedades de gobernanza regulatoria con empresas. En relación a ciertos patrones laborales y medioambientales, las empresas han intentado integrar a las ONGs en lo que previamente eran estructuras auto-regulatorias en orden a mejorar la legitimidad de los estándares y de los mecanismos de certificación establecidos por esas instituciones. En todos estos casos, lo que se aprecia es trabajo presidido por el Estado de Derecho, que tantas veces se expresa a través de racionalidad, participación, cooperación y posibilidad de control judicial de las decisiones administrativas.

Otro espacio en que también encontramos Derecho Administrativo Global se refiere a los casos en que las Agencias intergubernamentales procuran que las normas globales se apliquen no sólo a la sustancia de las regulaciones nacionales, sino también, y sobre todo, a los procesos de toma de decisión seguidos por los reguladores estatales cuando aplican normas globales o cuando están sujetos a sus limitaciones (Kingsbury, Krisch y Stewart). Estos requisitos otorgan, dicen estos autores, un papel especial a estos órganos reguladores nacionales como aplicadores del Derecho Administrativo Global y como responsables de su cumplimiento. En este sentido, algunas resoluciones del órgano de apelación de la OMC obligaron a que se demostrara que a los países y a los productores extranjeros afectados en un determinado pleito habían sido otorgadas algún tipo de garantías en el proceso. También, en esta materia nos encontramos con el arbitraje internacional cuando determinados derechos establecidos en virtud de un Tratado de inversión han sido violados. Estos Tribunales arbitrales, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, han ido poco a poco estableciendo límites procesales y sustanciales a los reguladores internos. El problema reside en que este tipo de soluciones, cuando no van acompañadas del empeño por instituir Tribunales independientes nacionales suele ser una excusa para el desequilibrio de los intereses públicos a favor de los particulares de los inversores.

Kingsbury, Krisch y Stewart llaman la atención acerca de cómo la teoría y la práctica del buen gobierno, de las buenas prácticas y los códigos a que han dado lugar en buena parte del sector público y privado de diferentes países proceden de los criterios establecidos en el Banco Mundial para otorgar ayudas financieras a determinados países. Estas condiciones para acceder a los créditos requiere la obtención de una serie de estándares en cuestiones tan relevantes como la lucha contra la corrupción o prácticas que promueven transparencia. La corrupción es, en tantos casos, uso del poder para fines particulares. Y la transparencia refleja el empeño de los gobiernos por ser casas de cristal ante los ciudadanos. La ética pública, por tanto, se nos presenta también como un elemento transversal del Derecho Administrativo Global en la medida en que el Derecho Administrativo siempre ha estado comprometido con la lucha frente a las inmunidades, oscuridades, y abusos en que puede, por acción u omisión, incurrir el poder público, sea en el marco del ejecutivo, del legislativo o del judicial.

A día de hoy, la consideración del buen gobierno y de la buena administración de los asuntos públicos es, desde luego, otro elemento principal del Derecho Administrativo Global. En la declaración del milenio de Naciones Unidas y en los más destacados documentos de reforma del Estado de casi todos los países, a veces incluso en el marco de leyes y normas administrativas, hoy el derecho a la buena administración y al buen gobierno es, desde luego, un derecho de los ciudadanos.

En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporciona, en efecto, el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución Europea (artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le decía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrantamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de poder en que se constituyó tantas veces el Estado.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en

todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
- la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración. La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en mi opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad en libertad porque la razón y el sentido de la Administración en la democracia reside en su disposición al servicio

objetivo al pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales, reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho. Parámetros que en el precepto son claros.

La referencia la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primer derecho derivado del de la buena administración se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho Administrativo Interno. No merece más comentarios.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, se refiere al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro del catálogo de derechos que establece el artículo 35 de la ley del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Se trata de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Adminis-

tración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración es, para mí, el más importante: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiera a todas las resoluciones europeas sin excepción. Me parece un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto. Sobre todo porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla, motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos.

En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones comunitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los Derechos de los Estados miembros. La obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuándo las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad. La peculiaridad del reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena administración, reside en que, por lo que se vislumbra, el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en Derecho Comunitario.

Lorenzo Membiela ha recopilado en un trabajo recientemente publicado en *Actualidad Administrativa*, en el número 4 de 2008, algunas de las sentencias más relevantes en la materia, bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bien del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Evidentemente,

la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena Administración, principio del que más adelante se derivaría, cómo su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena administración. Por ejemplo, en el 2005, el 20 de septiembre encontramos una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirma que en virtud del principio a la buena administración el traslado de funcionarios de un municipio a otro debe estar justificado por las necesidades del servicio.

Una sentencia de 24 de mayo de 2005, también del Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales, señaló, en materia de justicia, que el principio de la buena administración consagra la celeridad en los procesos judiciales. Expresión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones administrativas lo podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1997, en cuya virtud cualquier restricción de los derechos de defensa deben estar convenientemente motivados. También es consecuencia de la buena administración pública la resolución en plazo razonable de los asuntos públicos, de manera que cómo dispone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1995, “la inactividad de la Administración más allá de los plazos establecidos en las normas constituye una lesión al principio de la buena administración pública”. Igualmente, por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2005 es consecuencia del principio de la buena administración, la óptima gestión de los organismos administrativos, lo que incluye, es claro, el respeto a los plazos establecidos y al principio de confianza legítima, en virtud del cual la Administración pública, merced al principio de continuidad y a que no puede separarse del criterio mantenido en el pasado salvo que lo argumente en razones de interés general.

Es también una consecuencia del principio de la buena administración, dice el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de febrero de 2003, que la Administración ha de facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en el procedimiento administrativo.

Esta dimensión del buen gobierno, de la buena administración, como obligación de la Administración global y como derecho de todos los ciudadanos se encuentra presente entre las tareas más importantes que tiene por delante la globalización del Derecho Administrativo tal y como razona agudamente el profesor Daniel C. Esty en su trabajo “Good governance at the supranational scale: Globalizing Administrative Law”, publicado en el volumen 115, número 7, de mayo de 2006 por la revista de la escuela de Derecho de la Universidad de Yale. En efecto, a través de la buena administración de las instituciones de la

Administración global es posible comprender mejor el alcance que tal principio proporciona como criterio fundamental para construir el Derecho Administrativo a nivel global a partir de la lucha contra la corrupción, tarea que como ya se ha comentado en este trabajo en más de una ocasión es el origen de la aparición como sistema científico del Derecho Administrativo allá por los finales del siglo XVIII. El profesor Esty plantea en su estudio la relevancia de esta operatividad del Derecho Administrativo Global junto a lo que para él son las principales transformaciones que debe afrontar el Derecho Administrativo Global que hemos planteado también en estas líneas: la mejor regulación de la responsabilidad administrativa, la necesidad de regular de la mejor forma posible los fenómenos de informalidad y flexibilidad que se aprecian tantas veces en la manera de producir actos y normas por parte de las diferentes instituciones que componen la Administración pública global, un mejor encaje de los actores privados que realizan tareas de interés general entre la panoplia de Entidades que conforman esta Administración global, una más atinada comprensión del fenómeno del gobierno y la gobernanza de instituciones públicas a nivel mundial, un recto entendimiento desde nuevos parámetros más abiertos, plurales, dinámicos y complementarios de lo que es el interés general, así como la necesidad de resolver los problemas que la política plantea en esta materia, sobre todo cuando se intenta dominar a nivel global la Administración desde determinados esquemas tecnoestructurales de naturaleza política.

Es más, puede decirse de alguna manera que el repertorio de principios del Derecho Administrativo Global parte de esta capital consideración. Por una razón fundamental: porque las exigencias de transparencia, racionalidad, motivación, objetividad, responsabilidad, participación, pluralismo... que debe caracterizar a la acción de la Administración global se deducen de este derecho del ciudadano, por ser el dueño de las instituciones públicas, a una buena administración y a un buen gobierno de los asuntos públicos.

Por ejemplo, el principio de participación en el orden procesal, el derecho de audiencia, es hoy uno de los principios más relevantes de este emergente Derecho Administrativo Global. Puede parecer algo obvio, pero algunos resoluciones del órgano de apelación de la OMC ya entendido que los Estados miembros deben respetarlo. Kingsbury, Krisch Stewart nos ilustran con algunos ejemplos: el derecho de las personas a ser oídas en el código anti-doping del Comité Olímpico Internacional, la participación de las ONGs en el proceso de toma de decisiones del Codex Alimentarius, la posibilidad de participación o de audiencia en redes globales híbridas que se ocupan de la certificación sustentable en materia silvicultura, el acceso público a la información sobre las disposiciones medioambientales de la Convención de Aarhus.

El principio de racionalidad, corolario también del derecho a la buena administración global, es un principio que ha pasado de la dimensión interna a la global. Sin embargo, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, en materia de regulación global todavía hay un largo camino por recorrer aunque algunas organizaciones globales, como el Comité de Basilea o la Corporación Financiera Internacional del banco Mundial poco a poco van caminando en esta dirección.

Otro principio es el de posibilitar que las decisiones de la Administración global puedan ser revisadas ante un órgano judicial independiente. La revisión es, pues, una exigencia de la buena administración. Por eso, como también nos enseñan Kingsbury, Krisch y Stewart, el Tribunal de Estrasburgo, en virtud de los artículos 6 y 13 de la Convención, ha reconocido el derecho de que las decisiones de los organismos intergubernamentales puedan ser revisadas, el órgano de apelación de la OMC igualmente lo sancionó, como el Tribunal de Arbitraje para el deporte. En este punto también nos encontramos con sombras en lo que se refiere al contenido de este derecho de revisión como nos demuestran los problemas existentes para la revisión de algunas sanciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o en las dificultades para superar la perspectiva interna o doméstica de la revisión (ACNUR).

Cuando los derechos fundamentales de la persona adquieren a nivel global el lugar que le corresponde, entonces se comprende mejor, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, que el Derecho Administrativo Global incorpore en su seno un repertorio de patrones o estándares sustanciales para la acción administrativa que tienen que ver con la proyección de la fuerza de estos derechos en orden al ejercicio de una mejor y más humana acción administrativa. Estos autores citan, desde esta perspectiva, la importancia que tiene para el Derecho Administrativo Global, la incorporación a su acervo de principios, por ejemplo, del principio de proporcionalidad, que ocupa un lugar central, como se sabe, en la propia jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo al aplicar la convención en determinados casos. La proporcionalidad también aparece, como es lógico, en las resoluciones de algunos órganos administrativos globales como la Federación Internacional de Deportes cuando ha de sancionar algunas conductas en materia, por ejemplo de “dopping”. En el mismo sentido, tal y como comentan Kingsbury, Krisch y Stewart, la proporcionalidad la encontramos también en algunas restricciones establecidas a los principios de libre comercio bajo el GATT, que son permitidas únicamente si cumplen ciertos requisitos diseñados para asegurar un ajuste racional entre fines y medios.

Una materia en la que los principios del Derecho Administrativo Global pueden alterar el status quo es la referente a las inmunidades de que gozan los

Entes intergubernamentales para ser enjuiciados bajo una ley nacional. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos están jugando un papel muy relevante aplicando tests de proporcionalidad y sopesando en la operación de balance y contraste jurídico la posibilidad de que se pueda recurrir ante el Organismo intergubernamental. Así lo ha declarado el Tribunal en una sentencia de 1997 al sentenciar que las reglas de inmunidad de Estado del Derecho Internacional Público no se pueden considerar como principio en cuya virtud se pueda imponer una restricción desproporcionada del derecho de acceso al Tribunal, según lo dispuesto por el artículo 6 de la convención. Como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, esta línea de trabajo permite que el carácter absoluto de estas inmunidades tradiciones pierda tal naturaleza precisamente en atención al principio de proporcionalidad. Igualmente, una ojeada a la realidad nacional y global muestra, en el marco de diferentes temas como pueden ser la seguridad y las decisiones de los Bancos centrales, que en estos supuestos la transparencia no tiene la misma intensidad que en otras materias. Lo importante, sin embargo, es que la transparencia y la “accountability” no sean orilladas a nivel global sino que, por el contrario, cuándo han de ser aplicadas en ciertos campos puedan brillar con luz propia. El principio sería tanta transparencia como sea posible y tanta restricción como sea irrevocable.

Es verdad, no se puede negar que en el orden internacional existen diversos patrones que fundan diversos marcos normativos que han de convivir en el contexto del Derecho Administrativo Global. El problema, todos lo sabemos, es que estos patrones admiten diversas interpretaciones, a veces incluso claramente contradictorias, entre esos marcos normativos. Este problema, sin embargo, debe resolverse en el marco del Estado de Derecho, en el marco de la centralidad de los derechos fundamentales de la persona, que conforman los criterios mínimos, el solar sobre el descansa el Derecho Administrativo Global. La interpretación que se realice sobre esta cuestión entendemos que debe ser respetuosa con el sentido capital que en el Ordenamiento global tiene la dignidad del ser humano.

Kingsbury, Krisch y Stewart señalan los tres patrones clásicos del orden internacional según la terminología utilizada por la escuela británica de relaciones internacionales: Pluralismo, solidaridad y cosmopolitismo. Patrones que han de ser comprendidos desde una perspectiva supranacional evidentemente. El pluralismo desde este punto de vista hace referencia a la manera tradicional en la que el Derecho Internacional ha entendido las relaciones entre los Estados a través de Tratados, de Acuerdos internacionales de manera que la Administración internacional limita su actividad a las áreas de entendimiento interestatal. La solidaridad, en este enfoque, trabaja a partir de la búsqueda de valores comunes a los diferentes Estados planteando la acción de la Adminis-

tración pública global en esta dimensión de cooperación y colaboración. Por su parte, lo que podríamos denominar cosmopolitismo considera que el gobierno global no es sólo interacción a nivel gubernamental general sino también, y sobre todo, trabajo conjunto entre agentes públicos y privados o sociales. Obviamente, estos tres patrones no se producen en estado puro en el escenario global. Según los casos y los tiempos, aparecen unos y otros con más o menos intensidad, conectados más o menos. Así, como comentan Kingsbury, Krisch y Stewart, mientras en materia de control de armas y de desarme estamos en presencia del enfoque pluralista, en lo que atiende a la Corte Penal Internacional prevalece la solidaridad y en cuestiones de Administración de lo global en el mundo deportivo, nos hallamos ante la dimensión cosmopolita.

La relevancia de estos patrones del orden internacional en materia de Derecho Administrativo Global ha sido puesta de relieve por los profesores anglosajones que seguimos en este trabajo al considerar que tales criterios pueden yuxtaponerse a tres conceptos diversos y complementarios de entender el Derecho Administrativo Global que tienen gran trascendencia desde la perspectiva de los principios: la llamada “accountability” administrativa internacional, la protección de los derechos de las personas y la promoción de la democracia. En el Derecho Administrativo Global, ya lo hemos adelantado, hay componentes de estos tres conceptos que han de comprenderse de manera complementaria. Es posible que en ciertas materias prevalezca alguno de estos elementos, pero los tres forman parte de su esencia, y los tres son los rasgos de identidad de este Ordenamiento jurídico que actualmente está todavía “in fieri”, en formación.

Si nos situamos en las coordenadas de la “accountability”, el tema central va a ser el del aseguramiento de la responsabilidad de los diferentes actores en juego, sean subordinados o periféricos en relación con el ente matriz, a través de la protección de la legalidad de la acción administrativa. Si nos centramos en la segunda dimensión, la más relevante desde mi punto de vista, nos encontramos con una acción administrativa global orientada a la protección de los derechos civiles de manera que en la conformación de los correspondientes procedimientos administrativos y de revisión, se garantice la participación, presencia y capacidad de recurrir de los particulares potencialmente afectados por estas regulaciones. Finalmente, la tercera función del Derecho Administrativo Global se dirige a subrayar su misión de Derecho promotor de democracia. Es verdad que estos tres elementos aparecen configurando el Derecho nacional de muchos países del mundo, sobre todo en los que forman parte de la cultura jurídica grecorromana y anglosajona. De ahí, pues, que en la construcción del Derecho Administrativo Global haya que tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos en la búsqueda de patrones comunes que se integren en forma de ac-

countability, derechos, tanto de Estados como de ciudadanos, y democracia. Tarea que es francamente difícil a la vista de las diferencias que todavía existen en este punto en muchas culturas pero que debe afrontarse en la búsqueda de mayores cotas de desarrollo y protección de la dignidad del ser humano.

Desde el punto de vista de la “accaccountability” interna, el Derecho Administrativo Global es un derecho que vela por unas determinadas condiciones de legalidad en un orden institucional que se califica como independiente. En este sentido, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, como la Administración global actúa a través de la interacción o articulación de diferentes componentes, el Derecho Administrativo requiere de mecanismos que garanticen de cada parte pueda realizar la tarea asignada de acuerdo con las normas del régimen del ente de que se trate. Estos mecanismos suponen ordinariamente una cierta forma de vigilancia y supervisión de los límites de la delegación de que se trate y de la adecuación a las normas que emanan del centro de la institución global. En este sentido, dicen estos autores, se puede contemplar el panel de inspección del Banco Mundial, como un medio para que el Consejo Ejecutivo controle la gerencia y como un medio para que la gerencia central controle a los encargados operacionales. Otros dos casos que refieren estos profesores se refieren al funcionamiento del órgano de solución de controversias de la OMC como mecanismo para ayudar a que se cumplan las reglas del régimen global en relación con las Administraciones nacionales. El otro supuesto atiende a la aparición de reglas europeas en procedimientos administrativos de los Estados miembros que permitan la participación en la revisión judicial de las decisiones administrativas correspondientes: así es más fácil que se cumpla regulación supranacional europea puesto que de esta forma es más fácil que las regulaciones supranacionales se cumplan a nivel nacional. Se trata, pues, de introducir en las regulaciones internas reglas globales que permitan la aplicación del Derecho Global. Es un Derecho que subraya la legalidad y la revisión judicial como un medio de control de las agencias centrales sobre actores subordinados o periféricos, si bien la jurisprudencia de la Corte Internacional de La Haya o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como es sabido, ofrece amplias lagunas. Estamos, pues, ante una dimensión del Derecho Administrativo Global aplicable a estructuras administrativas de naturaleza cooperativa tanto desde la versión de la solidaridad como del cosmopolitismo.

En la segunda dimensión de protección de los derechos, el Derecho Administrativo Global se basa en la cláusula del Estado de Derecho. Aquí lo importante es que la lesión del derecho en cuestión pueda ser recurrida por el Estado o la persona afectada por un organismo independiente. Esta modalidad de Derecho Administrativo Global opera en aquellos casos, dicen Kingsbury,

Kresch y Stewart, en que la Administración global actúa directamente sobre ciudadanos. Es el caso del reconocimiento del debido proceso ante órganos globales como el Consejo de Seguridad de la ONU o en el régimen anti-doping internacional. Subrayar este enfoque, dicen estos autores, supone dar preferencia a un planteamiento liberal, al individualismo. Sin embargo, superando esta concepción ciertamente unilateral, es posible asentar la base del Derecho Administrativo Global más bien sobre una perspectiva universal de los derechos humanos. El problema vendría a partir de la interpretación de los derechos humanos, interpretación que el contenido y la letra de la declaración universal resuelve en gran medida, al menos en lo que se refiere a los mínimos que permiten un desarrollo digno del ser humano. Es verdad que en un orden plural nadie debe imponer sus puntos de vista, pero no es menos cierto que en un orden plural la dignidad del ser humano puede ser colocada como valor común, lo cual es muy importante para que ese reconocimiento de los derechos humanos sea una realidad como principio fundante del Derecho Administrativo Global. Desde la perspectiva del Derecho Administrativo Global como Derecho que protege, valga la redundancia, derechos de los Estados, las cosas se complican todavía más en la medida en que tal perspectiva no parece encaminada a solucionar, salvo por criterios de votación, los problemas de diversidad que se presentan en un mundo global de naturaleza pluralista.

Finalmente, y para terminar, el Derecho Administrativo Global como Derecho comprometido con la democracia, presenta algunas dificultades. Una no menor es la ausencia de Tribunales de justicia independientes a nivel global. Otro reside en la diversidad de entendimientos que el sistema democrático ofrece en diversas partes del globo. Sin embargo, como ha sostenido Anne-Marie Slaughter, es posible trabajar en esta dirección si se asegura la rendición de cuentas de los funcionarios encuadrados en las diferentes redes de gobierno en que funcionara la Administración global. Es, desde luego, una posibilidad que, en mi opinión, debe ser contemplada como un punto de partida posible para llegar a mayores cotas de legitimidad democrática.

VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

El Derecho Administrativo Global es un Derecho “in fieri”, en formación, que no está sistematizado, que todavía no se ha estudiado con pretensiones sistémicas, aunque se admite su existencia como se reconoce que la globalización también alcanza, como no, al campo del Derecho Administrativo. Los autores que en mi opinión más han estudiado el tema, Kingsbury, Krisch y Stewart, cuyo estudio sobre la emergencia del Derecho Administrativo Global es uno de

los materiales más relevantes sobre la materia, son partidarios de ir con cautela, siguiendo más bien un enfoque pragmático. Observar lo que funciona y construir desde esa perspectiva.

Es verdad que la realidad nos enseña que en los últimos tiempos existen órganos intergubernamentales y estructuras público-privadas, a veces incluso privadas, que realizan tareas de relevancia jurídica en el llamado espacio jurídico global, especialmente en la vertiente administrativa. Este dato ha de ser tenido muy en cuenta a la hora de estudiar, no sólo las formas de composición de la Administración global, sino los actos y las normas que se producen.

Las diversas maneras de comprender el Derecho, el Ordenamiento jurídico plantean algunas dificultades acerca del establecimiento de principios sobre los que levantar el edificio del Derecho Administrativo Global, pues no hay una Constitución global, ni tampoco poderes públicos a nivel global claramente establecidos. Sin embargo, sobre la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es más que posible, junto a la realidad de las normas, actos y resoluciones judiciales que se producen en este ámbito, establecer un catálogo de principios que para quien escribe deben partir de la cláusula del Estado de Derecho. Si somos fieles a lo que supuso la aparición del Derecho Administrativo en Europa tras la caída del Antiguo Régimen, tenemos que ser conscientes de que hoy el régimen general requiere de nuevos impulsos jurídicos que restauren, que recuperen el sentido del Derecho Administrativo como un Derecho que lucha por reducir a los poderes públicos y económicos a sus justos límites. A través del principio de buena Administración, compendio donde lo haya del sentido de sus principios inspiradores: racionalidad, participación, pluralismo, rendición de cuentas, transparencia, revisión, responsabilidad, encontramos un buen camino para ir construyendo un orden jurídico-administrativo global que permita que, en efecto, el Derecho Administrativo sea lo que debe ser: el Derecho del poder para la libertad.

Agustín Gordillo nos recuerda en un estudio de este tiempo que son precisamente los principios de seguridad jurídica y de justicia los principios que deben presidir esta nueva expresión de la tendencia permanente a la unidad del Ordenamiento jurídico que hoy, para el caso del Derecho Administrativo, denominamos, Derecho Administrativo Global. En ese sentido, proyectando ambos principios sobre la realidad económica, el principio de racionalidad, del que hemos tratado extensamente en estas líneas, se nos presenta, como advierte magistralmente el profesor Gordillo como un principio que es la misma proyección del más general principio de racionalidad derivado del Estado de Derecho al funcionamiento de la actividad económica y financiera. Probablemen-

te, si en este tiempo de convulsiones que vivimos la racionalidad económica hubiera prevalecido, muchos de los desaguisados que han acontecido no hubieran sido posibles. Porque la regulación habría funcionado, porque los reguladores no se habrían dejado capturar por el mercado. En una palabra, porque los principios del Derecho Administrativo Global habrían podido detener una escalada de descontrol sin precedentes. Sin embargo, lo que prevaleció fue la irracionalidad en que consiste el mercado sin control, sin límites, sin regulación.

A través de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, pienso que es más sencillo comprender el alcance del Derecho Administrativo Global, de entre sus muchas versiones y aproximaciones, a partir de esta perspectiva de garante y asegurador de los derechos de los ciudadanos. Si nos quedamos en un enfoque funcional que legitime los excesos y los abusos de una tecnoestructura que no aspira más que al dominio global a través del poder y la economía, entonces habremos perdido el tiempo. En este tiempo en que el Derecho Administrativo Global está surgiendo, en lugar de renunciar a establecer el solar sobre el que levantar este edificio, estas páginas pretenden precisamente contribuir al debate sobre la necesidad de que el Derecho Administrativo Global, como Derecho que es producto cultural, ha de expresar un punto de vista sobre la justicia de base profundamente humanista, de manera que la libertad solidaria de los ciudadanos pueda ser garantizada también desde el Orden jurídico administrativo global.

BIBLIOGRAFÍA

- B. Kingsbury, N. Kisch y R.B. Stewart, The emergence of Global Administrative Law, 68 *Law and Contemporary Problems*, 15, 2005. En castellano, El surgimiento del Derecho Administrativo Global, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración pública*, n° 3, 2007.
- A. Gordillo, Hacia la unidad del orden jurídico mundial, Exposición del autor en la Universidad de Buenos Aires, en el Centro de Estudiantes, el 17 de marzo de 2009.
- S. Cassese, *La globalización jurídica*, Madrid, 2006.
- D.C. Esty, Good governance at the supranational scale: globalizing Administrative Law, *The Yale Law Journal*, 117, 2006.
- M. Ballbé, El futuro del Derecho Administrativo en la globalización, *Revista de Administración Pública*, 174, 2007.
- E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, 2003.

Fórmulas complementarias de resolución de controversias jurídico-administrativas: acerca de la creación de comisiones o tribunales administrativos

Manuel J. Sarmiento Acosta

Profesor Titular de Universidad de Derecho Administrativo
de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

SUMARIO: I. EL PERENNE PROBLEMA DE LA LENTITUD JUDICIAL. EN PARTICULAR, EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.-II. ACERCA DE LAS VIRTUALIDADES DEL ARTÍCULO 107.2 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. 2.1) *Determinaciones previas.* 2.2) *Caracteres generales.*- III. UN EJEMPLO TRADICIONAL: EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NAVARRA.- IV. UN SUPUESTO SECTORIAL: EL CONSELL TRIBUTARI DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA.- V. UN PROYECTO PARA EL FUTURO: EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. 5.1) *Planteamiento general de la cuestión: similitudes y diferencias con los dos órganos anteriores.* 5.2) *Organización y composición.* 5.3) *Competencias.* 5.4) *Procedimiento y resolución.*-VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA.-BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN:

Durante muchos años la reclamación administrativa ha tenido un valor muy pequeño para garantizar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. En la actualidad, es necesario considerar y desarrollar nuevas alternativas, para, por un lado, establecer una vía administrativa eficaz, y, por otro, intentar reducir el atasco judicial que experimentan los Tribunales de Justicia. En este contexto, son ilustrativas las experiencias del *Tribunal Administrativo de Navarra* y del *Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*, que realizan una función muy importante para reducir el número de asuntos judiciales. En esta línea, es

destacable, también, el *Proyecto de Tribunal Administrativo de Andalucía*, que se puede convertir en un órgano muy eficaz para resolver conflictos administrativos en determinadas materias

Palabras clave:

Reclamación administrativa, Tribunal Administrativo, autoridad administrativa, y Proyecto de Tribunal Administrativo de Andalucía.

ABSTRACT:

For many years the administrative complaint has had a value too small to guarantee the rights and legitimate interests of the citizens. Nowadays, is necessary to consider and develop new alternatives, so that on the one hand, to establish an administrative authority more effective, and, on the other hand, try to reduce the judicial jam that have the Courts of Justice. In this context, the experiences are illustrative of the *Administrative Tribunal of Navarre* and the *Tributari Council of the City Council of Barcelona*, to perform a function very important to reduce the number of judicial affairs. In this line is notable, also, the *Project of Administrative Tribunal of Andalusia*, which can become a body very effective to settle administrative disputes in certain matters.

Key words:

Administrative complaint, Administrative Tribunals, administrative authority, and Project of Administrative Tribunal of Andalusia

I. EL PERENNE PROBLEMA DE LA LENTITUD JUDICIAL. EN PARTICULAR, EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

No se descubre ningún *Mediterráneo* si se pone de relieve el atasco que sufre la Administración de Justicia, y los consiguientes desfallecimientos del Poder Judicial¹, auténtico pilar de un Estado de Derecho, cuyo correcto funcio-

¹ Los Informes del Defensor del Pueblo y las Memorias del Consejo General del Poder Judicial son elocuentes sobre este problema, que se ha convertido en una rémora para la efectividad del Estado de Derecho. Desde el punto de vista doctrinal, puede consultarse el implacable diagnóstico que hace A. NIETO GARCÍA en su libro *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004, que habla de una justicia tardía, atascada, cara, desigual, imprevisible, mal trabada, desgarrada e ineficaz.

Una voz autorizada, por ser de un Magistrado profesional, aclara cualquier duda que se pueda tener sobre el particular. E. ARAGONÉS BELTRÁN, en su estudio "El autocontrol jurídico de las Corporaciones Locales: el ejemplo del Consell Tributari de Barcelona", en *Revista de Hacienda Local*, núm. 70, 1994, p. 17, dice: "Los retrasos en la resolución de los procesos no sólo constitu-

namiento es crucial para lograr dar efectividad a los valores, principios y derechos constitucionales. En particular, la situación de la jurisdicción contencioso-administrativa es de una gravedad palmaria,² pues los asuntos se incrementan cada vez más, y ello origina otros problemas colaterales que de alguna manera desnaturalizan y hacen perder vigor a este orden jurisdiccional, como es la pérdida de calidad técnica de las Sentencias y demás resoluciones judiciales, las prácticas poco ortodoxas de la Administración, que parte de la base de la desmotivación que supone la lentitud judicial para el recurrente, la iniciación de procedimientos de forma infundada, y para impugnar asuntos de mínima entidad, etc, etc³. Hay, pues, una evidente pérdida de eficacia y efectividad de la jurisdicción contencioso-administrativa, que se patentiza en su grado de aceptación, cumplimiento de las sentencias, y aplicación de las normas administrativas⁴. Y esta cuestión no es precisamente un problema pequeño, sino que puede amenazar a todo el sistema. Desde la perspectiva de la filosofía del Derecho, se recalca el esencial valor que tiene la eficacia para el ordena-

yen intolerables dilaciones indebidas en el otorgamiento de la tutela judicial, sino que repercuten en el funcionamiento del régimen administrativo en su conjunto. Por lo pronto, la jurisprudencia queda privada de una de sus funciones esenciales como guía de actuación de los operadores jurídicos, pues cuando se consolida una línea jurisprudencial, la normativa interpretada ya no suele estar en vigor. Se trata entonces de decisiones judiciales para los libros de historia del derecho, diciendo cómo debieron ser interpretadas normas ya derogadas. A la frustración del litigante que, salvo casos de portentosa memoria, no será capaz de recordar sobre qué versaba su reclamación interpuesta 3, 4, 5 ó 6 años antes, se añade la de todo el sistema judicial”

² Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1989, en concreto, pp. 55 y ss. J. TORNOS MAS, “La situación actual del proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, pp. 103 y ss. Con un planteamiento general, R. MARTÍN MATEO, *Eficacia social de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Cátedra de Derecho Administrativo, Universidad, D. L. 1989.

³ Vid, sobre estos extremos, las observaciones que hace, por ejemplo, L. MARTÍN REBOLLO en la edición que prepara este profesor para Thomson-Aranzadi, *Leyes administrativas*, Pamplona, 13.^a ed. 2007, pp. 1254 y ss. Dice este autor: “*Las Administraciones Públicas, por su parte, utilizan perversamente en ocasiones esta situación para no resolver o para enviar al administrado al recurso a sabiendas de que lo va a ganar... dentro de algunos años, perpetuando así un talante y unos comportamientos inerciales difícilmente compatibles con los que deben imperar desde planteamientos constitucionales (...)*”.

⁴ Vid, sobre estas cuestiones generales, E. DÍAZ, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 31. Si es claro que la aceptación de la jurisdicción contencioso-administrativa nadie la pone en duda, otra cosa acontece con el cumplimiento de las normas y la ejecución real y efectiva de las resoluciones judiciales.

miento jurídico. Así, Elías DÍAZ ha afirmado: “*Los déficits de eficacia son también en todo momento déficits de validez, y como antes se ha subrayado, en caso de grave pérdida de efectividad y eficacia general, social y política ésta puede acabar repercutiendo de manera negativa y negadora sobre la propia validez de todo el ordenamiento. Con todo, la verdad es que por ello no me parecen muy convincentes los alegatos de KELSEN concediendo que la eficacia será “condición” pero no causa o “razón” para la validez: se trata, creo, de una condición no sólo necesaria sino suficiente, la más suficiente (...). Sin aquélla, sin la eficacia administrativa y judicial, sin el respaldo del poder político y social no hay –a mi juicio– normatividad jurídica ni nadie se consideraría obligado o vinculado a proceder según tal. Así es el Derecho*”⁵. De forma que, si el “centro de imputación (que es el Derecho) no funciona, si el aparato judicial o, tras él, el poder político y social deja de responder, se acaba desvaneciendo la validez”⁶

Es indudable que el paso de un Estado autocrático y fuertemente centralizado a otro que se califica constitucionalmente como “social y democrático de Derecho” (art. 1.1 CE.), y en el cual se ha llevado a cabo una potente labor descentralizadora que ha creado *ipso facto* muchos más organismos con aptitud para intervenir mediante actos, acuerdos y reglamentos en la vida y la hacienda de los ciudadanos, juega un papel clave en el sustancial incremento de asuntos contencioso-administrativos. También es evidente que la mayor conciencia de los ciudadanos de sus derechos e intereses legítimos colabora en dicho aumento, y que ambos fenómenos no son en sí mismos perversos⁷. Pero también es diáfano que ha habido otros factores que no son tan elogiables, como, por ejem-

⁵ *Curso de Filosofía del Derecho*, ob cit., pp. 31 y 32.

⁶ E. DÍAZ, *Curso de Filosofía del Derecho*, ob cit., p. 129.

⁷ J. TORNOS MAS, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, pp. 151 y ss, alude a dos crisis: una de crecimiento, que responde al incremento de las funciones administrativas “*coincidente con la mayor conciencia ciudadana sobre el contenido de los derechos*”, el perfeccionamiento del sistema, la generosidad en la interpretación de los requisitos de legitimación, la posibilidad de recurrir, en materia de personal, sin abogado ni procurador, la escasa utilidad de la condena en costas, y la deficiencia técnica del sistema normativo; y otra de identidad, de carácter más complejo, que surge cuando la norma se limita a habilitar o “*imponer una conducta vinculada tan sólo en cuanto a los objetivos finales*”. “*El juez podrá anular la decisión administrativa, pero la acción del recurrente tiene otro objetivo. Que el juez defina cuál es el interés y, en consecuencia, el contenido del acto*” (p. 152).

plo, la eliminación de ciertos filtros como el económico-administrativo en la esfera local, la falta, en muchísimas ocasiones, de una buena técnica legislativa⁸, y la carencia de unos criterios o axiomas jurisprudenciales precisos, seguros y bien trabados, que generen seguridad jurídica, y, por ende, desanimen a los provocadores de pleitos artificiales, que ven en las aguas turbias del océano legislativo una oportunidad para lanzar las redes y pescar en provecho propio.

Ciertamente, el problema no es nuevo⁹, pero cada vez está más enquistado y produce mayores deficiencias para el sistema globalmente considerado¹⁰, y perjuicios para el justiciable, que observa inerte cómo pasa el tiempo y no se hace nada eficaz para que le resuelvan su conflicto. Es claro que ello dibuja un escenario donde la decepción y la desmotivación ocupan los papeles cen-

⁸ Una Ley clara, precisa y coherente, que pueda ser fácilmente interpretada, origina muchos menos problemas que otra opaca, inconcreta e incongruente, que produzca una multiplicidad de interpretaciones que obligan a impugnar una y otra vez para saber exactamente cuál es el mandato legal que se impone. Y es claro que es habitual la aprobación de normas que, más que aclarar y desarrollar el Ordenamiento jurídico, lo hacen más oscuro, confuso y farragoso. El caso del urbanismo es aquí paradigmático. (Sobre estas cuestiones, véanse, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Pamplona, 1.ª ed. 1999; reimpresión de 2006, particularmente, pp. 80 y ss, que habla de que en ocasiones el texto final de la ley resulta “*inextricable para el lector incluso más despierto*”; del mismo autor, junto con A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1997, pp. 52 y ss; y P. CRUZ VALLALÓN, “Control de la calidad de la Ley y calidad del control de la ley”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, pp. 147 y ss).

⁹ Véase, por ejemplo, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1992, pp. 59 y ss. “... si la lentitud de la Justicia no es un problema de hoy ni exclusivamente nuestro, lo cierto es que hoy ha alcanzado proporciones intolerables (...). Los Tribunales, desbordados por la avalancha de demandas que se acumulan ante ellos, son incapaces de impartir justicia en plazos medianamente razonables (...).

Si el enfermo que engrosa las colas de espera de la Seguridad Social puede esperar varios meses en recibir la prestación sanitaria adecuada, para el justiciable que pide Justicia los meses se convertirán en años. Y así como la prestación sanitaria llega a veces cuando el paciente ha muerto, es casi seguro que la sentencia llegará cuando ha desaparecido el objeto litigioso, cuando ya no tiene sentido o cuando se han producido perjuicios muy superiores al contenido patrimonial del derecho que se pretendía satisfacer.

Y es que una justicia que tarda en tramitarse varios años es sólo una caricatura de Justicia. En palabras del TC, “una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela jurisdiccional efectiva” (STC 26/1983, de 13 de abril) (...).”

¹⁰ En concreto, para su credibilidad y su fuerza para captar la adhesión del ciudadano.

trales; decepción y desmotivación que pueden convertir en muchos casos en papel mojado los derechos e intereses legítimos del ciudadano, y restar consistencia y credibilidad al sistema judicial.

Las soluciones no son fáciles ni pueden confiarse al milagro, que no encuentra su lugar natural en sitios tan poco espirituales y agrios, como las sedes parlamentarias o las oficinas judiciales. Y es un hecho que el legislador ha intentado en varias ocasiones solventar estos problemas, con la adecuación de las plantillas, la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, la ampliación de medidas cautelares, etc. En esta dirección, hay que mencionar tanto la creación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por medio del Real Decreto-Ley de 4 de enero de 1977, la aprobación de la importante Ley de 26 de diciembre de 1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales¹¹, la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, la aprobación de la Ley 10/1992, de 30 de abril, con la creación del recurso de casación, o, en fin, la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998, y la creación efectiva de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, de ámbito nacional y provincial, respectivamente¹². Pero, con ser estos avances dignos de reconocimiento, lo cierto es que los problemas no se han resuelto y ni siquiera se ha atenuado sustancialmente la dramática situación que originan. La lentitud, la ineficacia y la falta de credibilidad crecen cada día más, y no definen un horizonte muy esperanzador para la adecuada tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos; mientras tanto, los Gobiernos y Administraciones estatal, autonómicas y locales ven reforzadas sus prerrogativas por el perverso efecto que esta situación origina. Tener plena consciencia de que si se pierde se paga a muy largo plazo, produce una agradable sensación de irresponsabilidad temporal, de libertad momentánea, que, además, ni siquiera genera consecuencias directas si el

¹¹ Que como se sabe introdujo algunas novedades elogiadas, como la conversión de la vía administrativa previa en facultativa, un régimen más favorable de suspensión cautelar de los actos o acuerdos recurridos, etc, etc, vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, "Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales", en *Poder Judicial*, núm. 31, 1993, pp. 220-225.

¹² Es evidente que en un trabajo de esta naturaleza no podemos detenernos en la problemática de estas novedades. Para una visión general y sintética, véase, por ejemplo, J. A. SANTA-MARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid, 2.^a ed. 2009, pp. 662 y ss.

que sufre las sentencias condenatorias es otro Gobierno de signo ideológico distinto. Los efectos de este juego combinado y diabólico son terribles para el ciudadano, pues no es que tenga que esperar largos años para obtener una resolución favorable, sino que, además, debe sufrir la arrogancia en el ejercicio de las potestades administrativas; una arrogancia que en ocasiones raya la arbitrariedad¹³, y que no es propia de una Administración de un Estado de Derecho que debe servir con objetividad a los ciudadanos (art. 103.1, CE.)¹⁴.

Por lo tanto, la respuesta meramente legislativa que sólo atienda al reforzamiento organizativo de la Administración de Justicia, el incremento de personal o los cambios de orden competencial se muestra hoy insuficiente, y como ha destacado ya hace algún tiempo TORNOS MAS, la demanda se dirige ya directamente a evitar el conflicto jurisdiccional, con la expresión ADR, esto es, *Alternative Dispute Resolution*, que tiene en los *Administrative Tribunals* ingleses un ejemplo señero¹⁵.

Las vías previas al recurso contencioso-administrativo se han definido de una manera muy clara en nuestro Ordenamiento jurídico¹⁶, muchas veces co-

¹³ En asuntos como la selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas, calificaciones y reclasificaciones urbanísticas, planeamiento, etc la arbitrariedad adopta fórmulas que por desgracia, siguen siendo aceptadas por los Tribunales bajo excusas como la discrecionalidad técnica, etc.

¹⁴ L. MARTÍN REBOLLO, cit., p. 1258, que destaca que congestión, lentitud y falta de credibilidad son problemas de la justicia administrativa, pero no son fáciles de resolver exclusivamente con respuestas legislativas.

¹⁵ Vid. J. TORNOS MAS, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, cit., pp. 151 y 163, respectivamente. Asimismo, F. ROMERO HERNÁNDEZ, “Alternativas de los Recursos Administrativos en la Administración Local”, *Administración Pública. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, 1994, pp. 11 y ss.

¹⁶ Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Cívitas, Madrid, 1.ª ed. 1996, pp. 71 y ss, donde se analiza en detalle el proceso de sustantivación y definición de la vía administrativa previa, y se comprueba cómo esta vía se configura conforme a dos factores: como un medio para que la Administración revise su propia actuación, y, en concreto, para facilitar al superior jerárquico la posibilidad de corregir o anular lo resuelto por el órgano inferior, y como medio para proteger los derechos e intereses del particular. Así, por ejemplo, el Real Decreto de 21 de mayo de 1853 integró la vía gubernativa o ad-

mo expresión de un privilegio o prerrogativa administrativa, alguna como una especie de conciliación (Real Orden de 9 de junio de 1847),¹⁷ y otras como un intento en orden a proteger o garantizar los derechos e intereses de los particulares. Fundamentar en uno u otro extremo la configuración de la vía administrativa previa es lo que, en último término, justifica su mantenimiento. Hoy, tras la aprobación de la Constitución Española de 1978, las prerrogativas o potestades deben tener una aplicación razonable, que, además, contribuya a mejorar no sólo la tutela de los intereses públicos, sino de los derechos de los ciudadanos¹⁸, pues los artículos 9.3, 24, 103. 1 y 106 de la Carta Magna de 1978 fijan unos parámetros muy claros y determinantes en este punto. Por ello, *en la actualidad, la vía previa puede concebirse como garantía, y, además, como mecanismo de ayuda a la justicia administrativa en orden a reducir el atasco desproporcionado de ésta*. Así que es claro que, en sí misma considerada, no puede estimarse inconstitucional, como lo ha entendido, por lo demás, el propio Tribunal Constitucional, quien en la STC 217/1991, de 14 de noviembre, declaró:

ministrativa con la contenciosa, pues su artículo 2 estableció la exigencia de revisión gubernativa ante el Ministro de las resoluciones de los Directores Generales. Por el contrario, en la esfera de Hacienda, la Real Orden de 20 de agosto de 1866, estableció que los acuerdos de la Junta Superior de Ventas y de la Dirección de Propiedades y Derechos del Estado causaban estado en vía administrativa si en el plazo de sesenta días no se reclamaba.

¹⁷ Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, 6.ª ed. 1999, pp. 689 y ss. Vid, asimismo, J. A. SANTA-MARÍA PASTOR, “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 77, 1975, pp. 81–180. También, M. CLAVERO ARÉVALO, “Consideraciones generales sobre la vía gubernativa”, en *Estudios dedicados al Profesor García Oviedo. Vol I*, Sevilla, 1954; ahora incluido en el volumen recopilatorio *Estudios de Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo–Universidad de Sevilla–Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1992, pp. 185–204, quien resalta que la vía administrativa previa es “necesaria y conveniente” (p. 201), y J. L. RIVERO ISERN, “Vía administrativa de recurso y justicia administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992, pp. 382–385.

¹⁸ Derechos de los ciudadanos, pero ejercidos de forma coherente. Así, la STS de 20 de marzo de 2002 (en la Ley Actualidad, núm. 31, 2002), declaró: “*En el sistema español de recursos administrativos no es posible aprovechar recursos ajenos. No es posible que un interesado no impugne en alzada un acto administrativo, lo deje firme y después, cualquiera que sea el tiempo transcurrido (un año en nuestro caso), comparezca en un recurso de alzada ajeno, interpuesto en tiempo y aún no resuelto, y pretenda con ello, ante el silencio de la Administración, que ha agotado la vía administrativa como requisito para acceder a los Tribunales Contencioso-Administrativos. El agotamiento de la vía administrativa es un requisito subjetivo y no objetivo, es decir, una persona puede haberla agotado y otra no, y la que no lo ha hecho no puede aprovecharse indebidamente de la diligencia ajena*”.

*“Este Tribunal ha declarado reiteradamente la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa (por todas, STC 60/ 1989, las que en ella se citan y también, por su proximidad al presente supuesto, la STC 162/1989). De un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocésal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intervenciones el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo”.*¹⁹

Ello significa que la vía previa en modo alguno puede convertirse en un obstáculo para la recta aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE.); no sólo es que no pueda impedir su ejercicio, sino algo más: que no se convierta en un obstáculo por su desproporción y su falta de justificación, como ha acontecido muchas veces que no sólo se ha impuesto una vía previa, sino que, encima, ésta se ha alargado de forma injustificada con claro perjuicio para los intereses del particular.

Por lo demás, a nadie se le escapa que el tradicional sistema de recursos administrativos²⁰, que pivota sobre los recursos de alzada y de reposición, ofrece unos resultados muy pobres para el particular. Un porcentaje muy elevado se resuelve tarde, o no se resuelve, y sólo un porcentaje muy escaso sirve para que la Administración rectifique, toda vez que lo habitual es que la Adminis-

¹⁹ Por el contrario, tampoco puede entenderse que el derecho al recurso previo forma parte de la tutela judicial efectiva. La STS de 21 de febrero de 2003, así lo afirmó: *“Debe coincidir con dicho órgano constitucional en que el derecho a un recurso administrativo previo no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y que por esta razón la omisión de esa posibilidad no es contraria a lo establecido en el artículo 24 CE, que queda debidamente atendido con la remisión que el repetido artículo 423.2 de la LOPJ hace a la vía jurisdiccional”.*

²⁰ Una descripción y análisis pormenorizado de estos recursos puede verse en M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, ob cit., pp. 292 y ss. También, C. BARRERO RODRÍGUEZ, voces “Recurso de alzada”, “Recurso de reposición” y “Recurso de revisión (administrativo)”, en *Diccionario de Derecho Administrativo Tomo II*, dir por S. MUÑOZ MACHADO, Iustel, Madrid, 1.ª ed. 2005, pp. 2057–2064, 2093–2100, y 2100–2107, respectivamente.

tración confirme, pura y simplemente, lo decidido en el acto o acuerdo administrativo impugnado, algo que es comprensible por la propia dinámica administrativa, en la que el mismo órgano –en el caso de la reposición– no suele reconocer su fallo –en caso de existir–, o el superior jerárquico no suele tampoco rectificar lo actuado por el inferior jerárquico, para no descalificarle, o, simplemente, para manifestar un mensaje de firmeza en lo acordado. Lo cierto es, por tanto, que los recursos resueltos por la Administración activa no constituyen ninguna garantía para el ciudadano, sino una carga que debe sobrellevar antes de acudir a los órganos jurisdiccionales. Por ello no es ningún despropósito alumbrar un nuevo camino que tienda a cambiar el enfoque de esta materia, si se le quiere dar alguna validez, y ese camino es el de otorgar competencia a otros órganos separados de la estructura jerárquica de la Administración activa²¹ para que puedan resolver los recursos o reclamaciones de los particulares, pues lo que no es de recibo es mantener una vía administrativa que sirve para muy poco. En este contexto, es donde tiene alguna trascendencia lo que ha incorporado el artículo 107. 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común²², al permitir la sustitución del recurso de alzada por otros procedimiento y reconocer el valor de comisiones específicas para solventar las controversias. Si se pretende fundamentar la vía previa como un cauce para garantizar los derechos del particular, es obvio que la experiencia demuestra que son órganos colegiados, situados fuera de la estructura jerárquica de la Administración Pública, y, por tanto, dotados de cierto grado de independencia, los que tienen mayor aptitud para que la vía previa sirva para algo más que para agotar un engorroso trámite antes de acudir a los órganos jurisdiccionales. La experiencia de los Tribunales Económico-Administrativos²³ o de los Jurados

²¹ Así ya se sostenía en M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, ob cit., pp. 419-424.

²² Bien es verdad que esta Ley, tanto en su primera redacción de 1992, como en la modificación de 1999, no abandona las bases del sistema tradicional de recursos administrativos, que se basa en el recurso jerárquico o de alzada, el de reposición y el extraordinario de revisión. Sólo apunta una apertura en el artículo 107.2, que necesita un desarrollo legal ulterior.

²³ Desde hace muchísimos años es propio de lo económico-administrativo la separación entre órganos de gestión y órganos especializados encargados de resolver los recursos administrativos. La STS de 16 de mayo de 1996 (Ar. 4311), lo explica con claridad: “*La materia económico-administrativa y, más concretamente, los asuntos relativos a la gestión, inspección, recaudación, revisión y devolución*”

Provinciales de Expropiación²⁴ arroja cierta luz sobre este punto. Pero, además, el papel de otros órganos, quizá menos conocidos, como el *Consell Tributari* del Ayuntamiento de Barcelona, o el *Tribunal Administrativo de Navarra*, así como el *proyecto del Tribunal Administrativo de Andalucía*, tienen un evidente valor para dotar de mayor consistencia y credibilidad a una vía previa, hoy por hoy, claramente perfectible²⁵

*de los tributos estatales, se ha caracterizado desde tiempo inmemorial por la división y separación del orden de gestión y del orden de reclamaciones económico-administrativas, proclamado ya en la instrucción definitiva sobre reorganización de la Administración Económica Central y Provincial y del procedimiento económico-administrativo de 1902, principio organizativo ratificado en la actualidad por el artículo 90 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 que dispone: "Las funciones de la Administración en materia tributaria se ejercerán con separación en sus dos órdenes de gestión, para la liquidación y recaudación, y de resolución de reclamaciones que contra aquella gestión se susciten, y estarán encomendadas a órganos distintos." Véanse, entre otros, P. L. SERRANO CONTRERAS, *Lo económico-administrativo: historia y ámbito*, Instituto "García Oviedo", Sevilla, 1966, y J. GONZÁLEZ PÉREZ y J. TOLEDO JÁUDENES, *Comentarios al Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas*, Civitas, Madrid, 2.ª ed. 1997, especialmente, pp. 330 y ss.*

²⁴ Con muy buena crítica de, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984 (reimpresión de 1989, de la primera edición de 1956 del Instituto de Estudios Políticos) pp. 131-134.

La *Exposición de Motivos* de esta importante Ley de Expropiación, de 16 de diciembre de 1954, afirmaba, como aspectos que contribuían a su solvencia: "*La permanencia y especialización de la función, la colegiación (que permite llevar a su seno los intereses contrapuestos) y la preparación, al mismo tiempo, en los aspectos material y jurídico, de la cuestión a decidir*".

J. A. SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General II*, ob cit., p. 474), destaca la importancia que tiene la decisión del Jurado en la práctica, porque la jurisprudencia ha considerado que las valoraciones que este órgano hace están realizadas con la capacidad técnica y jurídica necesarias, y con independencia, por no hallarse vinculados sus miembros a los intereses en juego.

²⁵ No obstante, los supuestos que se citan tienen puntos comunes, pero evidentes diferencias. Los Tribunales Económico-Administrativos tienen una competencia muy concreta en materia tributaria, los Jurados de Expropiación actúan en el concreto extremo de la determinación de la indemnización que debe satisfacer la Administración expropiante al expropiado, el Consell Tributari, además, es un simple órgano que dictamina con carácter preceptivo en un Ayuntamiento —el de Barcelona—, y el Tribunal Administrativo de Navarra es producto de las particularidades de la evolución del régimen de Navarra, y contrae sus competencias a los recursos potestativos de alzada contra actos y acuerdos de las entidades locales de Navarra. Lo común, por el contrario, es la colegialidad, la especialización (están integrados por individuos cualificados en esas singulares materias), y su ubicación fuera de la estructura jerárquica de la Administración activa.

II. ACERCA DE LAS VIRTUALIDADES DEL ARTÍCULO 107. 2 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

2.1) *Determinaciones previas*

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en adelante, LRJAP y PAC), aunque mantiene el sistema tradicional de recursos administrativos (de alzada, potestativo de revisión, y extraordinario de revisión), y, por tanto, confiere a los propios órganos de la Administración activa, implicados en los actos y acuerdos que se impugnan, la competencia para resolver estos recursos administrativos –superior jerárquico, en el caso del de alzada, el mismo órgano que dictó el acto, en el supuesto del recurso potestativo de reposición– prevé una posibilidad que permite abrir otra forma de resolver en sede administrativa las controversias jurídico–administrativas, y así, el artículo 107.2, modificado por virtud de la Ley 4/1999, de 13 de enero,²⁶ dispone:

“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

²⁶ La redacción de 1992 se refería al recurso ordinario, y no mencionada al recurso de reposición. Al recuperar la tradicional denominación de “recurso de alzada”, y, después de la lluvia de críticas que tuvo que soportar, restablecer el recurso de reposición, con carácter potestativo, se añadió un nuevo párrafo al artículo 107. 2 para prever la sustitución, también, del recurso de reposición (Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, “El sistema de recursos administrativos (A propósito de la regulación de la Ley 4/1999)”; texto de la conferencia pronunciada por su autor el día 24 de marzo de 1999, en el Palacio de Congresos Europa de Vitoria–Gasteiz, en las “*Jornadas sobre modificación de la Ley 30/92 operada por la Ley 4/1999*”, organizadas por el Instituto Vasco de Administración Pública; ahora publicado en la *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 5, 2000, pp. 391 y ss. Véase, asimismo, J. TORNOS MAS, “Los recursos administrativos en la Ley 4/1999”, *Justicia administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 5, 1999, pp. 5–26.

Sobre las modificaciones que incorporó la aludida Ley 4/1999, de 13 de enero, puede consultarse, J. GONZÁLEZ PÉREZ, F. GONZÁLEZ NAVARRO y J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1999.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando el carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.²⁷

De la lectura de este precepto se infiere que se dispone de una vía alternativa por la cual se pueden establecer en concretos ámbitos sistemas de solución de reclamaciones y recursos distintos a los tradicionales, cuya implantación, según proclama la *Exposición de Motivos* de la Ley, se va haciendo frecuente en los países de nuestro entorno y que ya existen, en algún caso, en nuestro ordenamiento.

El establecimiento de estas nuevas –en términos históricos, claro es–, fórmulas de solución de controversias jurídico-administrativas lo puede hacer tanto el legislador estatal²⁸ como los legisladores autonómicos, según la distribución constitucional de competencias realizada por el denominado “bloque de la constitucionalidad”, pero dichos legisladores, según el texto y el espíritu de la norma, no tienen un poder omnímodo para la sustitución de los recursos de alzada y potestativo de reposición, pues sólo puede hacerse cuando la especificidad de la materia así lo justifique²⁹. Debe haber, entonces, una razón que

²⁷ Este precepto, como es natural, es necesario ponerlo en relación con el artículo 109 b) de la Ley 30/1992, según el cual ponen fin a la vía administrativa “*Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2*”.

²⁸ Hay que recordar que la propia Ley 4/1999, de 13 de enero (que modificó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), en su disposición adicional segunda, estableció. “*En el plazo de dieciocho meses, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el proyecto o proyectos de ley que resulten necesarios para regular los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y reposición*”. Como es sabido, el plazo se superó ampliamente, y aunque ha habido borradores, lo cierto es que no se ha aprobado la Ley –o Leyes–, que esta disposición auspiciaba.

²⁹ En los debates parlamentarios se incluyó el matiz, sin duda importante, de que el proceso sustitutorio procede “cuando la especificidad de la materia así lo justifique”; porque en el Proyecto de Ley (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, de 4 de marzo de 1992) sólo se establecía que: “Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específi-

no puede ser meramente formal, sino que debe obedecer a causas reales. Empero, el límite que establece la Ley quiere decir mucho, pero al mismo tiempo no concreta nada específico, y, en cualquier caso, tiene una virtualidad más bien simbólica, pues la Ley posterior no necesariamente está condicionada por la Ley 30/1992, en virtud de los principios jurídicos que articular las relaciones entre Leyes³⁰; y lo que procede entender es que parece que el legislador no quiere que se haga un uso abusivo de lo dispuesto en el precitado artículo 107.2, ya que como supuesto ordinario o normal el medio de impugnación en sede administrativa sigue siendo el tradicional –es decir, los recursos de alzada y potestativo de reposición–. Sólo en aquellos casos en que éste no pueda desempeñar ningún cometido puede darse entrada al sistema alternativo contenido en dicho precepto.

2.2) *Caracteres generales*

La primera nota característica de los procedimientos que permite el artículo 107.2 LRJAP y PAC es que se trata de procesos de sustitución, y no de acumulación al recurso administrativo– en particular, y después de la redacción dada al precepto por la Ley 4/1999 –del de alzada y del potestativo de reposición–. Lo que implica la consecuencia lógica dentro de la estructuración de los recursos –principio de instancia única– de que sólo proceden contra actos o acuerdos administrativos que puedan ser objeto de estos recursos. En segundo término, se establece que la sustitución puede ser mediante la creación de otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, arbitraje o mediación. Lo que hay que interpretar en el sentido de que no necesariamente el procedimiento sustitutivo será la conciliación, el arbitraje o la mediación³¹, sino que es perfectamente posible la creación de otros

cas no sometidas a instrucciones jerárquicas...” (art. 105.3 del Proyecto). En el Informe de la Ponencia, el –ahora– artículo 105.2, ya contenía dicha especificación, la cual pasó al texto final de la Ley (vid la edición preparada por F. SÁINZ MORENO, *Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, 1993, p. 269).

³⁰ En este sentido, J. TORNOS MAS, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, cit., p. 166. Dice este profesor: “*El valor del artículo 107 de la Ley 30/1992 se reduciría a ser una manifestación de juicio del legislador, en el sentido de sugerir la conveniencia de avanzar sectorialmente en la tendencia que apunta*”.

³¹ Que, además, como es obvio, son distintos entre sí. En la mediación, hay una propuesta concreta, para resolver el conflicto, por parte del mediador. Así, por ejemplo, en Cataluña, el

procedimientos, que bien pudieran tener el carácter de recurso, al margen o con independencia del nombre que puedan asignarle. En tercer lugar, los procedimientos de impugnación sustitutivos deben llevarse a cabo ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, que actúen con respeto a los principios, garantías y plazos que la Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento. La colegialidad es, pues, una de las características configuradoras de estos órganos³², así como la especialidad y la independencia en su funcionamiento³³. La Ley no expresa nada sobre la composición y el funcionamiento de dichos órganos, por lo que habrá de ser la Ley que establezca el procedimiento sustitutivo la que concrete el régimen jurídico. SÁNCHEZ MORÓN estima que la conciliación y el arbitraje son útiles en el ámbito de las relaciones funcionariales³⁴. No obstante, no se

artículo 28.1 de la Ley reguladora del *Sindic de Greuges*, (Síndico de Agravios o Quejas), de 20 de marzo de 1984, prevé que esta institución pueda “proponer al Departamento, organismo o entidad afectados en el marco de la legislación vigente, fórmulas de conciliación o de acuerdo que faciliten una resolución positiva y rápida de las quejas”; en el arbitraje, por el contrario, hay un laudo, una decisión del árbitro, que tiene la fuerza de cosa juzgada (art. 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), y que debe ser cumplida por las partes; y en la conciliación se llega de un modo paccionado a la solución del problema (Vid. J. TORNOS MAS, “Medios complementarios... cit., pp. 169 y ss. También, sobre el arbitraje, J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997, pp. 75–106).

³² Puede consultarse, E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999; J. VALERO TORRIJOS, *Los órganos colegiados: análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.ª ed. 2002. También, de este mismo autor, “Las bases del régimen jurídico de los órganos administrativos colegiados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Comentario a la STC 50/1999)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, pp. 255–278.

³³ M. SÁNCHEZ MORÓN, “Capítulo XII. Recursos administrativos”, del volumen colectivo, coord por J. LEGUINA VILLA y él mismo, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 347, considera que estos órganos pueden estar compuestos por personal funcionario, técnico, expertos o árbitros ajenos a la Administración, y que el éxito de esta nueva fórmula depende de la capacidad técnica e independencia de criterio. Y, ciertamente, dada la redacción del precepto parece que se piensa en materias o sectores específicos, en cuyo caso deberán ser especialistas elegidos con criterios de objetividad los que formen tales órganos.

³⁴ “Capítulo XII. Recursos administrativos”, del volumen colectivo, coor por J. LEGUINA VILLA y él mismo, cit., p. 347.

puede pasar por alto el hecho de que en el Derecho Público la mediación tiene menor importancia que en el Privado³⁵. Por lo que respecta al arbitraje no se especifica qué tipo de arbitraje debe utilizarse³⁶. Lo único que puede decirse con los materiales que proporciona la Ley es que es una incógnita³⁷ que deberán despejar las futuras leyes que constituyan los procedimientos sustitutivos.

En especial, el arbitraje, para que sea de Derecho Administrativo, supone un medio de resolución del conflicto en el que “*como mínimo, una de las partes es una Administración Pública*”³⁸, e implica la voluntariedad para someterse a la de-

³⁵ Esto no es ningún apriorismo dogmático, sino una constatación de la realidad jurídico-administrativa más evidente, y es una consecuencia derivada de la distinta posición que tiene la Administración Pública con relación a los particulares. Esto es evidente si se tiene en cuenta que la Administración sirve con objetividad los intereses generales (art. 103.1, CE.), y tiene por ello mismo unas potestades que son indisponibles por la misma en cuanto creación del Derecho objetivo. Dichas potestades implican, además, la obligación de actuar a favor del fin para el que fueron conferidas. Por tanto, no es que la mediación no tenga ni pueda tener papel alguno, sino que las soluciones que puede proponer el mediador en el ámbito del Derecho Público están delimitadas por su misma posición.

³⁶ Puede consultarse, J. ROSA MORENO, *El arbitraje administrativo*, Universidad de Alicante–McGraw–Hill, Madrid, 1998. También, F. LÓPEZ MENUDO, “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa*, núm. 2, 1999, pp. 5–21, R. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Ed Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 301–321, e I. GRANADO HIJELMO, “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, 2005, particularmente, pp. 52–54.

El arbitraje es una técnica de resolución de conflictos en virtud de la cual las partes se someten a la decisión de un tercero – el árbitro –, que resuelve con fuerza de cosa juzgada. Este árbitro, en cuanto ajeno al orden jurisdiccional, posee *jurisdictio*, en tanto se la reconocen las partes y el mismo ordenamiento, pero no tiene *imperium* para imponer su decisión, como sí la tiene el Poder Judicial. Destaca TORNOS (cit., pp. 173 y 174), que el arbitraje debe diferenciarse de la transacción, la pericia contractual o la resolución de conflictos por un órgano de composición arbitral. “*En los casos en los que el recurso administrativo sea resuelto por un órgano colegiado independiente y compuesto por especialistas en la materia, podría pensarse que estamos ante una solución arbitral. El conflicto se resuelve por un tercero, ajeno al órgano jurisdiccional. Sin embargo, en estos casos falta la nota de la fuerza de cosa juzgada que posee el arbitraje, elemento esencial en esta técnica de resolución de conflictos (...)*”. Vid, asimismo, J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, “El arbitraje de Derecho Administrativo”, cit., pp. 82 y ss.

³⁷ Véase, M. J. SARMIENTO ACOSTA, “Las incógnitas de la regulación de los recursos administrativos”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 1996, pp. 44–47.

³⁸ J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, “El arbitraje de Derecho Administrativo”, cit., p. 78.

cisión del árbitro (STC 56/1990, de 29 de marzo). Además, subraya TRAYTER que en este sector del Derecho esos árbitros deberán reunir una serie de notas características, como el carácter colegiado, y el no sometimiento a instrucciones jerárquicas³⁹. Junto a ello debe resaltarse que, para poder hablar con propiedad de “arbitraje”, es necesario que el laudo o decisión arbitral se cumpla, con efectos idénticos a los de cosa juzgada (art. 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje), y que los conflictos que puedan resolverse por este medio sean disponibles por las partes, que en el campo del Derecho Administrativo son reducidos, y se circunscriben a la esfera de las materias típicamente convencionales⁴⁰, puesto que, como es sabido, la competencia administrativa es indisponible y se ejerce por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia (cfr art. 12. 1, LRJAP y PAC). En este contexto, es destacable la doctrina vertida en la STS de 6 de marzo de 1987 (Ar. 1419, asunto relativo a Hispano Alemana de Construcciones, S. A.), en la cual se admite la sujeción a arbitraje de las controversias surgidas con sociedades estatales cuando éstas actúan sometidas al Derecho Privado, así como lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la citada Ley de Arbitraje, de 1988⁴¹.

Lo que, en cualquier caso, debe quedar claro es que estos procedimientos, al ser sustitutivos del recurso administrativo, no pueden derogar las garantías, principios y plazos que la Ley establece, y, por lo tanto, es claro que debe establecerse la audiencia del interesado, la admisión de prueba, y, por ende, la solicitud de los informes que sean pertinentes, la congruencia con las pretensiones del interesado, y la prohibición de la *reformatius in peius*⁴²; prescripción en-

Por otra parte, no puede confundirse el arbitraje como medio que puede resolver un conflicto en el que la Administración sea parte interesada de la denominada “actividad arbitral de la Administración”, prevista en algunas Leyes, y en la cual es la Administración la que resuelve la controversia. Véase, sobre esta actividad, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 17.ª ed. 2008, pp. 507 y ss.

³⁹ Cit., pp. 80 y 81.

⁴⁰ Véase, J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, cit., p. 81.

⁴¹ Vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, cit., pp. 87 y 88.

⁴² El precepto, sin embargo, contiene un inciso relativamente superfluo: “La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”; puesto que resulta evidente que los procedimientos previstos no pueden afectar las facultades de los mencionados órganos representativos de la Administración Local.

caminada a evitar el excesivo casuismo que desvirtúe la propia posición institucional de la Ley (con respeto, naturalmente, a las Leyes autonómicas). El respeto a tales extremos nucleares, y la utilización no abusiva de la previsión del artículo 107. 2, LRJAP y PAC puede impedir una perturbadora proliferación de especialidades que, como se ha demostrado a lo largo de la historia del procedimiento administrativo, constituye uno de los principales obstáculos para que los recursos respondan o se ajusten a uno de sus principios fundamentales: el de ser unos verdaderos medios de garantía.

III. UN EJEMPLO TRADICIONAL: EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NAVARRA

Dentro de la materia que analizamos, debe destacarse un supuesto de órgano colegiado que tiene ya una consolidada tradición en orden a resolver recursos administrativos, y que se sitúa fuera de la estructura jerárquica de la Administración activa. Es el denominado “*Tribunal Administrativo de Navarra*”⁴³, que se creó por medio del acuerdo del Consejo Foral Administrativo, de 24 de junio de 1964, de creación del Tribunal Administrativo de Navarra delegado de la Diputación Foral, de conformidad con la base 11^a del Real Decreto-Ley, de 4 de noviembre de 1925, de Bases para la aplicación del Estatuto Municipal en la Provincia de Navarra, que decía que “*la Diputación organizará un Tribunal Administrativo, con funciones delegadas de la misma, para resolver los recursos que entiende esta Corporación*”. Estas funciones delegadas se trasladan con “carácter indefinido” (base II del Acuerdo de 24 de junio de 1964), y suponen el ejercicio de una competencia para resolver recursos de alzada e impugnaciones que se formulen contra decisiones de : Autoridades y Organismos de Municipios, Concejos

⁴³ Puede consultarse el libro de M. J. IZU BELLOSO, *El Tribunal Administrativo de Navarra*, Gobierno de Navarra–Departamento de Administración Local, Pamplona, 2004; también, M. M. RAZQUIN LIZÁRRAGA, “El Tribunal Administrativo de Navarra”, incluido en *Anuario del Derecho Local 2001*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2002, y, del mismo autor, “Recursos administrativos y Administración Local. Régimen general y régimen especial de Navarra”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995, así como el capítulo L. “El régimen especial de Navarra”, de la obra colectiva, dir por S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal II*, Civitas, Madrid, 2.^a ed. 2003, pp. 2779 y ss.

También, J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA, “Reflexiones sobre el Tribunal Administrativo de Navarra”, *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 195–210, y E. COBREROS MENDAZONA, “La autonomía municipal en Navarra. El Tribunal Administrativo delegado de la Diputación Foral”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983, pp. 259–292.

y Entidades administrativas de Navarra, en general (base III). El Tribunal entenderá “igualmente de los recursos que se entablen contra la actuación individualizada de las normas relativas a los Presupuestos, aplicación de contribuciones e impuestos y de las Ordenanzas a que se refiere el actual artículo 394 del Reglamento de Administración Municipal de Navarra”(base III, segundo párrafo). No obstante, la Diputación retuvo competencias para resolver reclamaciones sobre un conjunto de asuntos (legalidad de los Presupuestos, infracción de disposiciones de la Base 8.^a del Real Decreto-ley de 4 de noviembre de 1925, etc).

Este Tribunal funcionaba de forma delegada, lo cual quiere decir que, en aplicación estricta de la técnica de delegación administrativa⁴⁴, en cualquier momento podía dejarse sin efecto la delegación (así se decía textualmente en la Base II del mencionado Acuerdo de 1964)⁴⁵, y, por esta razón, no podía plantear a la Diputación cuestiones de competencia, ni positivas ni negativas, si bien los terceros interesados, recurrentes, recurridos o con interés directo en el acuerdo sí podían suscitar esta cuestión, con arreglo a un procedimiento descrito en la base V. Curiosamente, el Acuerdo de 1964 calificaba las resoluciones del Tribunal como “Sentencias”⁴⁶.

Por Acuerdo, también, de 24 de julio de 1964, de organización del Tribunal Administrativo de Navarra, se establecieron las normas sobre organización,

⁴⁴ No obstante, a pesar de que los textos hablan de delegación, hay ciertas particularidades que han inducido a pensar que no era una delegación en sentido estricto. Así, por ejemplo, M. J. IZU BELLOSO, cit., p. 88, estima que la atribución de funciones al Tribunal Administrativo ha carecido siempre de las características propias de la delegación de competencias administrativas, pues desde el primer “momento el Tribunal recibió competencias propias directamente por las normas jurídicas que decidían su creación, y esas normas no fueron aprobadas por la Diputación sino por el Gobierno, en 1925, y por el Consejo Foral, en 1964”.

“Curiosamente —prosigue este autor—, el Tribunal Administrativo sí tuvo parcialmente la calidad de órgano delegado entre 1934 y 1936, cuando el Gobierno de Navarra le delegó expresamente la tramitación de los recursos de alzada contra ordenanzas fiscales y presupuestos; justo en vísperas de que se abandonara definitivamente la denominación de “Tribunal delegado”.

⁴⁵ Por ello los miembros tenían la consideración de empleados de la Diputación, y ésta podía inspeccionar al Tribunal, el cual, a su vez, debía dar cuenta a la misma de las sentencias que dictase (puntos 16.º y 17.º del Acuerdo de 24 de julio de 1964).

⁴⁶ Así se decía en la base VII: “Las sentencias del Tribunal Administrativo delegado de la Diputación Foral de Navarra causarán estado en vía administrativa (...), y contra las mismas cabrá el recurso contencioso-administrativo (...)”.

sede y funcionamiento del mencionado órgano. Formaban parte de él cuatro miembros –Letrados– y un Secretario, si bien para “dictar Sentencia” (sic) será indispensable la concurrencia, como mínimo, de tres miembros del Tribunal y del Secretario. El Presidente tenía “voto decisorio” (puntos 1.º, 3.º y 4.º del Acuerdo), y su mandato duraba sólo un año. Por su parte, los cuatro miembros del Tribunal tenían la condición de empleados de nómina y plantilla de la Diputación, y estaban sujetos a incompatibilidades (punto 8.º del Acuerdo).

Pues bien, con esta regulación este órgano de Navarra estuvo funcionando hasta 1986, es decir, durante veintidós años seguidos⁴⁷. Pero, como es conocido, la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, incorporó modificaciones sustanciales que incidieron directamente sobre la Administración local (cfr arts. 137, 140, 141 y 142), aunque, también es verdad, que la Disposición Adicional primera de la Carta Magna garantizó la pervivencia del régimen foral⁴⁸. Ante esta situación, se planteó la necesidad de reforma de un Tribunal que, de alguna manera, chocaba con los nuevos postulados constitucionales sobre autonomía local, y, asimismo, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la misma (v.gr.: SSTC 4/1981, de 2 de febrero, y 214/1989, de 21 de diciembre, entre las más relevantes). De forma que la actualización del régimen foral se llevó a cabo por medio de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, cuyo artículo 46 salvaba las competencias navarras sobre régimen local, y, en concreto, dispuso que “*La Diputación Foral, sin perjuicio de la jurisdicción de los Tribunales de Justicia, ejercerá el control de legalidad y del interés general de las actuaciones de los Municipios, Concejos y Entidades Locales de Navarra, de acuerdo con lo que disponga una ley foral*”⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. M. J. IZU BELLOSO, *El Tribunal Administrativo de Navarra*, ob cit., p.46. Este autor subraya que este Tribunal además “*de asumir como función principal la de resolver los recursos de alzada contra actos de las entidades locales (...) vino a funcionar también como un órgano asesor de la Diputación durante sus veinte primeros años de vida. La emisión de informes jurídicos sobre las más diversas cuestiones, a petición de la corporación local, fue una labor habitual. A partir de la reorganización de la Administración Foral que se produce en 1984 como consecuencia del Amejoramiento del Fuero el Tribunal perderá esa función*” (p. 47).

⁴⁸ Textualmente dice: “*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*”.

⁴⁹ Artículo 46.2 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto.

De suerte que reconocidas las competencias de Navarra sobre esta materia, y, en especial, invocando expresamente el ya citado Real Decreto-Ley de 4 de diciembre de 1925, parecía que no había obstáculo para la pervivencia del Tribunal Administrativo de Navarra⁵⁰. Y así la Ley Foral 23/1983, de 11 de abril, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, disponía en su artículo 4 que el Gobierno tenía la facultad revisora en materia administrativa y económica-administrativa, previa a la judicial, y “podrá delegar el ejercicio de dicha facultad en el Tribunal Administrativo de Navarra”. Y la Disposición Adicional Primera de dicha Ley establecía que las unidades administrativas de la Diputación Foral serían adscritas, mediante Decreto Foral, al departamento correspondiente. “*Nueva estructura –como refiere IZU BELLOSO–, exigida por la transformación de la antigua Diputación Foral, entidad local de régimen especial, en Gobierno de Navarra, poder ejecutivo de la Comunidad Foral y, por tanto, equiparable a los demás gobiernos autonómicos que habían ido surgiendo (...)*”⁵¹. De forma que el Decreto Foral 36/1984, de 7 de mayo, adscribió al Tribunal Administrativo de Navarra al Departamento de Presidencia.

Después de aprobada la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LRBRL), se mantienen las competencias navarras⁵², y se dictó la importante Ley Foral 2/1986, de 17 de abril, *reguladora del control por el*

⁵⁰ Vid. M. J. IZU BELLOSO, *El Tribunal Administrativo de Navarra*, ob cit., p.48. No obstante, se produjeron críticas sobre la subsistencia de este órgano de la Diputación; así un autor particularmente cualificado en este tema, J. A. RAZQUIN LIZÁRRAGA (“Reflexiones sobre el Tribunal Administrativo de Navarra”, trabajo incluido en el volumen *Estudios de Derecho Público de Navarra, Homenaje a D. Luis Oroz Zabaleta*, Eusko Ikaskuntza/ Sociedad de Estudios Vascos, San Sebastián, 1986, p. 206.) argumentaba que se producía una situación paradójica, “*toda vez que el Tribunal Administrativo de Navarra, nacido de la idea del Estatuto Municipal de preservar la autonomía municipal, es hoy cuestionado precisamente desde esa misma perspectiva de la autonomía local, proclamada en la Constitución española, por lo que la misma razón (siempre externa al ámbito foral) que motivó mediatamente su creación, se esgrime ahora en sentido opuesto, en orden a su supresión*”.

⁵¹ *El Tribunal Administrativo de Navarra*, ob cit., p. 50.

⁵² La disposición adicional tercera de la LRBRL establece: “*La presente Ley regirá en Navarra en lo que no se oponga al régimen que para su Administración local establece el artículo 46 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. A estos efectos, la normativa estatal que, de acuerdo con las Leyes citadas en el mencionado precepto, rige en Navarra, se entenderá modificada por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*
(...)”

Gobierno de Navarra de la legalidad y del interés general de las actuaciones de las entidades locales, para dar cumplimiento a las previsiones del artículo 46.2 del Amejoramiento, que hizo una nueva regulación del recurso de alzada ante el Tribunal Administrativo, y le confirió carácter potestativo y gratuito, en orden a adecuar el régimen de este recurso a las exigencias constitucionales de autonomía local. De manera que, ahora, el interesado podía acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa para interponer el recurso contencioso-administrativo, o bien interponer el recurso de alzada ante el Tribunal (art. 2). Posteriormente, la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, mantiene también esta opción (art. 333), y ese recurso se tramitará y resolverá por el Tribunal Administrativo de Navarra por el procedimiento que se determine reglamentariamente (art. 338.1), y en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de su interposición (art. 338.2)⁵³. La ejecución de las resoluciones⁵⁴ del Tribunal Administrativo de Navarra corresponderá al órgano que hubiese dictado el acto o acuerdo objeto del recurso (art. 340.1). Es más, el “Gobierno de Navarra podrá disponer lo pertinente para la ejecución subsidiaria de las referidas resoluciones” (art. 340.2).

⁵³ M. M. RAZQUIN LIZÁRRAGA describe este recurso de alzada de la siguiente forma: “Se trata de un recurso de carácter potestativo, a elección del recurrente, quien también puede acudir a la vía contencioso-administrativa directamente o previo recurso de reposición. El recurso es gratuito y está sujeto a unas formalidades mínimas, correspondiendo la competencia para su tramitación y resolución al Tribunal Administrativo de Navarra. Constituyen su objeto todos los actos y acuerdos locales que pongan fin a la vía administrativa local, pudiendo fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Junto a la legitimación general de los interesados, se admite también la legitimación vecinal, de modo que los vecinos pueden recurrir en alzada cualquier acto o acuerdo local aunque no les afecte personalmente. Para su interposición no es necesaria la intervención de Abogado ni Procurador. El plazo para la interposición del recurso de alzada es de un mes, contado a partir de la fecha de notificación o publicación del acto o acuerdo, o de la fecha en que se entiende producida la denegación presunta de la correspondiente petición (...)” (Vid. Capítulo L “El régimen especial de Navarra”, ob cit., pp. 2784 y 2785). Como es lógico, la resolución del Tribunal Administrativo es perfectamente impugnabile ante los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo.

Es el artículo 337.3 de la citada Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, el que permite la legitimación de los vecinos.

⁵⁴ Hay que indicar que ya no se alude a “Sentencias”, denominación completamente inadecuada para mencionar a simples resoluciones de un órgano administrativo, como es este Tribunal. Se dice ahora que las decisiones del Tribunal “*revestirán la forma de providencias o resoluciones*” (art. 22 del Decreto Foral 279/1990, de 18 de octubre, Reglamento de desarrollo parcial de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, en materia de impugnación de los actos y acuerdos de las Entidades Locales).

Por lo que se refiere al Tribunal estrictamente considerado, es necesario tener presente que por Decreto Foral 217/1993, de 5 de julio, se modificó la composición, incrementando en dos plazas el número de miembros que lo integran, que son, después de esta norma, seis miembros letrados y un Secretario (art. 1 del Reglamento Orgánico del Tribunal), y el Decreto Foral 31/1998, de 9 de febrero, aprobó el nuevo Reglamento Orgánico del Tribunal, para adaptarlo a las nuevas exigencias derivadas de los cambios normativos y de la propia realidad del Tribunal, que ha visto incrementado el número de asuntos. De acuerdo con este nuevo Reglamento:

- el Tribunal es un órgano de la Administración Foral de Navarra, que ejerce sus funciones con independencia de los restantes órganos de la Comunidad Foral (arts. 1 y 3)⁵⁵;
- tiene su sede en Pamplona (art. 4);
- está compuesto por 9 vocales, uno de los cuales será el Presidente, y un Secretario (art. 5). El Presidente será designado por el Gobierno de Navarra de entre los Vocales, y tendrá a todos los efectos la categoría de Director de Servicio (art. 6). La Presidencia, pues, deja de ser rotatoria⁵⁶;
- el Tribunal se organiza en Secciones; en concreto, tres, integrada cada una de ellas por tres Vocales. El Secretario tiene voz, pero no voto (art. 14, g), y en caso de vacante, ausencia o enfermedad “será sustituido por el funcionario que habilite el Consejero de Presidencia e Interior” (art. 15);
- las resoluciones del Tribunal se adoptarán por mayoría de votos, decidiendo en caso de empate su Presidente (art. 18). Ninguno de los miembros del Tribunal podrá abstenerse de votar, si bien puede for-

⁵⁵ Obsérvese que ya este Tribunal no es calificado como “delegado”, sino como órgano que ejerce funciones propias. Vid. M. J. IZU BELLOSO, *El Tribunal Administrativo de Navarra*, ob cit., p. 79.

Se trata, en cambio, de un órgano *desconcentrado* (según LOPERENA), pues está adscrito al Departamento de Presidencia jerárquicamente ubicado por debajo del Gobierno (Véase, D. LOPERENA ROTA, *Derecho histórico y Régimen Local de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1988, p.336.). Sobre las técnicas de delegación entre órganos y desconcentración, véanse los artículos 12 y 13, LRJAP y PAC. En la doctrina, vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, voz “Delegación interorgánica”, en el *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo I, dir por S. MUÑOZ MACHADO, Iustel, Madrid, 1.ª 2005, pp. 806 –811

⁵⁶ Véase, M. J. IZU BELLOSO, cit., p. 80.

- mular voto particular (art. 19). Como es lógico, están sujetos al deber de abstención en unos términos muy parecidos a los del artículo 28 de la LRJAP y PAC (cfr art. 21 del Reglamento Orgánico). Cabe, como es obvio, la recusación, pues los miembros del Tribunal están sujetos al Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra (art. 24 del Reglamento);
- los puestos de Vocal serán cubiertos por funcionarios de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos que ocupen puestos de trabajo encuadrados en el nivel A⁵⁷ para cuyo desempeño se les haya exigido el título de Licenciado en Derecho, y desempeñarán sus funciones “en régimen de plena disponibilidad y de total y absoluta dedicación, percibiendo por ello el correspondiente complemento” (art. 25); la provisión de puestos se hace mediante el concurso de méritos

Por consiguiente, se trata de un órgano adscrito a la Administración Foral, que resuelve recursos administrativos⁵⁸ con pretensiones de independencia. No obstante, es claro que ni la denominación de Tribunal, ni la indicación de independencia puede llegar a confundir, puesto que hay una fuerte vinculación con la Comunidad Foral –está adscrito orgánicamente al Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra, bajo la dependencia directa de la Secretaría general de Presidencia (Decreto Foral 32/1998, de 9 de febrero)–, y, además, sus miembros son funcionarios de la Administración Foral⁵⁹, sin posibilidad de dar estrada a otro tipo de funcionarios, o, más amplia-

⁵⁷ En cambio, según el Decreto Foral 317/1998, de 2 de noviembre, por el que se estructura la Secretaría del Tribunal Administrativo de Navarra, para ser Secretario basta con ser funcionario de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos “que ocupe puesto de trabajo encuadrado en los niveles A o B” (art. 2).

⁵⁸ En realidad, son *recursos de alzada impropios*, pues se formulan contra actos y acuerdos de órganos sobre los que sólo existe tutela, no jerarquía: los de las entidades locales de Navarra (Vid. M. J. IZU BELLOSO, cit., pp. 95 y ss). Es destacable, además, que frente a la regla general de procedimiento administrativo común, en virtud de la cual no son posibles recursos administrativos contra los Reglamentos (cfr art. 107, 3, LRJAP y PAC), en Navarra este Tribunal sí conoce recursos contra reglamentos y ordenanzas locales, en virtud de lo que dispone el artículo 333 de la Ley, ya citado.

⁵⁹ Es más, como refiere IZU BELLOSO (cit., p. 90), el Presidente del Tribunal y los Presidentes de las tres Secciones son nombrados discrecionalmente por el Gobierno de Navarra. “*Es decir, la promoción profesional de cuatro de los nueve vocales de que consta el Tribunal (...) está en manos de decisiones discrecionales de un órgano que tiene un carácter no sólo administrativo sino político*”.

mente, expertos que puedan dar un mayor grado de autonomía al órgano que analizamos. Es una manifestación de la evolución del particular régimen local de Navarra, y una muestra de órganos que, situados fuera de la estructura jerárquica estricta de la Administración⁶⁰, contribuyen a dotar de mayor entidad a la vía administrativa previa, y, por ende, a reforzar el carácter de garantía de los derechos e intereses del particular.

IV. UN SUPUESTO SECTORIAL: EL CONSELL TRIBUTARI DEL AYUNTAMIENTO DE BARCELONA

El *Consell Tributari* del Ayuntamiento de Barcelona se creó en el año 1988⁶¹ como consecuencia de la supresión de las reclamaciones económico-administrativas en la esfera local⁶². En virtud de la *potestad autoorganizatoria* municipal, reconocida en el artículo 4.1 de la LRBRL⁶³, y en el ámbito que define el

⁶⁰ Aunque, como hemos visto, es calificado como “órgano desconcentrado” (LOPERENA), y la desconcentración, técnicamente, tiene una problemática más compleja en la cual no podemos entrar aquí.

⁶¹ De forma inicial, por el Pleno del Ayuntamiento de Barcelona, el 4 de diciembre de 1987, y de forma definitiva, el 2 de marzo de 1988. Con posterioridad, se ha convertido en un órgano previsto en la propia Ley (y, por tanto, no es sólo expresión de la potestad autoorganizatoria de la entidad municipal). La Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona (“BOE”, núm. 62, de 14 de marzo de 2006), lo prevé en su artículo 47, como un “órgano especializado” al que se encomienda un conjunto de funciones.

⁶² Véase, J. TORNOS MAS, “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona”, *Documentación Administrativa*, núm. 220 (dedicado al control jurisdiccional de la Administración Pública), 1989, pp. 207–226; en particular, sobre la supresión del recurso económico-administrativo en la esfera local, pp 210 y 211.

Asimismo, el trabajo, ya citado, de E. ARAGONÉS BELTRÁN, “El autocontrol jurídico de las Corporaciones Locales: el ejemplo del Consell Tributari de Barcelona”, pp. 15–55, y R. OLAÑETA FERNÁNDEZ-GRANDE “La organización de los servicios de gestión en el Ayuntamiento de Barcelona”, en el vol colectivo, dir por J. J. FERREIRO LAPATZA, *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Local*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 249 y ss.

⁶³ Debe, asimismo, tenerse en cuenta que la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, arts 8.1, 46 y 47, reconocen esta potestad, así como los artículos 4.1 y 119 del ROF, es decir, del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

artículo 20 c) de la mencionada Ley⁶⁴, el Ayuntamiento de Barcelona decidió crear este órgano colegiado y especializado, de naturaleza esencialmente consultiva, y de ámbito municipal. Con ello se establecía una forma singular de resolver recursos de naturaleza tributaria, que, pasado el tiempo, ha demostrado su eficacia y valía, y que ha hecho que el propio legislador la haya reconocido, certificando así su palmario éxito.

El Consejo Tributario es un órgano especializado constituido por un mínimo de tres y un máximo de nueve miembros, designados por Decreto de la Alcaldía entre personas de reconocida competencia técnica en la materia que le es propia, oídos los portavoces de los diferentes grupos municipales y dándose cuenta al Consejo Municipal (art. 47.4 de la Ley 1/2006, de 13 de marzo, y 4 del Reglament Orgànic del Consell Tributari). De entre sus miembros, se nombrará por Decreto de la Alcaldía, un Presidente y un Vicepresidente, y contará con un Secretario, que deberá ser funcionario de l' Ajuntament de Barcelona, Licenciado en Derecho (art. 4.3 del Reglament). El Secretario tiene voz, pero no voto. El mandato de los miembros del Consejo Tributario será de cuatro años, renovables por otros cuatro. La renovación se hará por mitades cada dos años, después de la constitución del Consistorio y a la mitad del período interelectoral. Durante su mandato los miembros del Consejo serán inamovibles. Es un órgano que funciona con criterios de independencia técnica, objetividad, celeridad y gratuidad (art. 47. 2 de la Ley 1/2006), lo cual se intenta asegurar a través de su configuración orgánica, su composición y las reglas de actuación, previstas en el Reglamento de este Consejo (arts. 10 y ss).

Resulta claro que tanto el Ayuntamiento, a través del Reglamento que ha aprobado, como la misma Ley 1/2006, establecen un órgano que pretende ser independiente, para lo cual disponen que los miembros deben tener la capacidad técnica precisa (“*personas de reconocida competencia técnica en la materia*”⁶⁵, dice

⁶⁴ Debe recordarse que, sobre la potestad autoorganizatoria local, la STC 214/1989, de 21 de diciembre, introdujo un importante cambio en el orden de prelación de fuentes. Es claro que este asunto no se puede abordar aquí. Véase, M. J. SARMIENTO ACOSTA, “La posición ordinamental de los Reglamentos orgánicos de las Entidades locales tras la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 252, 1991, pp. 963–983.

⁶⁵ Es evidente que la competencia técnica sobre la materia es básica para asegurar la calidad del informe y la misma independencia de criterio de los individuos que lo formulan. Esto a veces se pasa por alto, o sencillamente se minusvalora, con el sofisticado argumento, utilizado, ade-

el artículo 47.4), actuar con objetividad, y ser inamovibles durante su mandato. Con ello se opta por un sistema en el cual personas solventes y con conocimiento técnico, que se encuentran al margen de la estructura jerárquica de la Administración municipal⁶⁶, y fuera, por tanto, de lo que es la actividad común

más, en interés propio, según el cual, los asuntos se deben resolver “con sentido común” (como si Derecho y sentido común fueran antitéticos), y aludiendo a la conocida expresión de que todo juez ha de ser ante todo “bueno” y “si sabe algo de Derecho, bienvenido sea”. Como dice E. ARAGONÉS BELTRÁN (que, por cierto, es Magistrado), esa expresión “*encierra una concepción mágica del Derecho que por más que esté profundamente arraigada, es la fuente de un sinfín de arbitrariedades*” (“El autocontrol jurídico de las Corporaciones Locales...”, cit., p.25). Pretender que un profano, invocando un abstracto “sentido común”, pueda resolver complejos problemas tributarios o de urbanismo, etc, carece de fundamento. No es “de sentido común”, y sería, además, un paso atrás en el camino de la propia evolución del Derecho, que requiere, para poder ser aplicado con rigor y objetividad, conocimiento técnico, y mecanismos jurídicos estrictos, precisamente para alejarlos de la arbitrariedad y la presión del momento y del asunto concretos. Ése es su ámbito. Otra cosa – y esto ya sería otra dimensión y otra discusión – es determinar cuáles son los objetivos de esos mecanismos, a quiénes benefician y perjudican, cuál es su aceptación social, y hasta qué punto son justos o injustos. Pero ya no estaríamos en el campo de la Ciencia Jurídica estricta, sino en el de la Filosofía del Derecho o en el de la Sociología Jurídica, disciplinas muy necesarias y respetables, que se desenvuelven en otra dimensión del problema. La Ciencia Jurídica estricta es, como refiere E. DÍAZ (cit., p. 159), “*ciencia normativa, porque (...), conoce y estudia normas jurídicas, elabora conceptos y métodos para construir instituciones y un ordenamiento dinámico, ayuda a la producción y creación de otras nuevas normas, las interpreta y aplica, contribuye a regular con ellas comportamientos humanos y a resolver conflictos con efectividad*”. Pasar esto por alto, e invocar a secas el sentido común, es, sencillamente, una arbitrariedad, disfrazada con una palabra que evoca medida, para acabar, justamente, con ésta (Sobre estas cuestiones, que, como es lógico, exceden el objeto de este trabajo, resultan interesantes las argumentaciones de E. DÍAZ, *Curso de Filosofía del Derecho*, ob cit., pp. 21 y 22, y, más específicamente, del mismo autor, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2.ª ed. 1980; reimpresión de 1982).

La necesidad de la técnica jurídica es esencial para objetivar los problemas. Como dice T. R. FERNÁNDEZ en el diálogo epistolar que mantuvo hace ya algunos años con A. NIETO (*El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1.ª ed. 1998, pp. 133 y ss), “*la única objetividad posible en el Derecho es la objetividad de la técnica jurídica. Fuera de ella o al margen de ella, todo es puro decisionismo, gratificante cuando coincide con los propios intereses, pero insoportable en caso contrario*”(p.134). Véanse, asimismo, los argumentos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en su libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 3.ª ed. 1997, p.247, nota 29, así como los vertidos en su otro libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (Tecnos, Madrid, 2.ª ed. 1981, pp. 221–223), a propósito de la reivindicación de Edward COKE de la “*razón artificial*” del Derecho frente a la *razón natural o el mero sentimiento subjetivo de la justicia*, que invocaba el Rey.

⁶⁶ Como destacó J. TORNOS MAS (“El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona”, cit., p. 215): “*Independencia como criterio subjetivo (no existe relación jerárquica o de vinculación alguna de sus miembros con la Administración Municipal) y objetividad como criterio objetivo, implicando la idea de neutralidad y de exclusiva sumisión al Derecho*”.

de gestión, emitan un dictamen preceptivo cuando se va a resolver un recurso en materia tributaria presentado contra actos y acuerdos del Ayuntamiento.

Las funciones del Consejo se encuentran desglosadas en el artículo 47.1 de la Ley 1/2006, según el cual este órgano se encarga de:

- a) Dictaminar las propuestas de resolución de recursos interpuestos contra los actos de aplicación de los tributos y precios públicos y demás ingresos de derecho público.
- b) Informar, con carácter previo a su aprobación provisional, las Ordenanzas reguladoras de los ingresos de derecho público.
- c) Atender las quejas y sugerencias que presenten los contribuyentes sobre el conjunto de la actividad tributaria municipal.
- d) Elaborar estudios y propuestas en materia tributaria, cuando se solicite por los órganos municipales competentes.

Como afirmó TORNOS MAS, las funciones del Consell Tributari recuerdan, salvando las enormes distancias, al origen y la naturaleza del Consejo de Estado francés, que nació con jurisdicción retenida, con el doble cometido de asesoramiento y control⁶⁷, pero dejando la decisión final a la Administración activa. Y, en efecto, el Consejo Tributario informa de forma preceptiva la resolución de los recursos, pero el órgano que adopta la decisión definitiva no es él⁶⁸, sino el Alcalde o el Concejal de-

“Por otro lado –prosigue TORNOS–, se determina también de forma precisa que los Informes o Dictámenes tendrán carácter preceptivo, pero no vinculante.

Estas dos notas permiten definir la naturaleza del Consell Tributari. Se ha creado un órgano al que se encomienda en una materia concreta, la tributaria, el control y asesoramiento de la actuación municipal. Para dotar de eficacia al órgano creado se imponen dos condiciones: la competencia de sus miembros y la independencia”.

⁶⁷ Vid. “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona”, cit., p. 215.

⁶⁸ Como ha subrayado TORNOS MAS (cit., p. 217), funcionalmente tres son las vías a través de las cuales puede actuar este órgano especializado: informando los recursos presentados ante el Ayuntamiento, resolviendo las quejas que le llegan de forma directa de los contribuyentes, y elaborando los estudios y trabajos que les sean solicitados por los órganos legítimos, pero la más relevante es la elaboración de Informes previos a la resolución de recursos. Dice: *“El sistema, de conformidad con el RCT, se ha articulado del modo siguiente: el recurso se presenta ante el órgano municipal competente, y es tramitado por la Dirección de Servicios de Gestión Tributaria – recursos – del Ayuntamiento. Dicha Dirección de Servicios formula una propuesta de resolución que es presentada ante el Consell Tributari, el cual, de conformidad con el artículo 13 del RCT, podrá “dictaminar favorablemente la propuesta o bien pro-*

legado⁶⁹. Además, debe advertirse que la potestad normativa local queda fuera del alcance del control de este órgano (art. 2 del Reglamento), pues se excluyen las reclamaciones que se interpongan frente a los actos de aprobación de las Ordenanzas locales, de los Presupuestos y de sus modificaciones. Según TORNOS, con esta exclusión se ha tratado de evitar el llevar las cuestiones de mayor carga política al juicio de un órgano que se trata de mantener con un claro componente técnico⁷⁰.

Por consiguiente, se trata de un órgano colegiado local, de carácter consultivo y de control, que ha comportado una forma más eficaz de resolver los recursos o reclamaciones en materia tributaria en el Ayuntamiento de Barcelona⁷¹. De hecho, ha originado cambios de tendencia muy relevantes en cuanto a la resolución de recursos, y la disminución de recursos jurisdiccionales por cuestiones de escasa entidad. Al estar formado por personas de reconocido prestigio, que provienen de fuera del propio ámbito del Ayuntamiento (Abogados, Profesores, etc), ha ganado un crédito más que evidente, y ha supuesto que la propia LRBRL, en la redacción dada por la *Ley 57/ 2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local*⁷² (art. 137), lo haya tenido en cuenta a efectos de prever un órgano específico para la resolución de re-

poner una resolución alternativa". La interpretación que se ha dado al citado artículo 13 no excluye formular también una redacción distinta a la misma resolución, es decir, fundar de modo diverso la resolución al recurso, manteniendo, no obstante, la identidad en cuanto al fallo".

⁶⁹ J. TORNOS MAS, cit., p. 218.

⁷⁰ Cit., p. 218.

⁷¹ En este sentido, véase J. TORNOS MAS, cit., pp. 220 y ss, así como E. ARAGONÉS BELTRÁN, cit., pp 35 y ss, quien destaca la palpable disminución de recursos contencioso-administrativos por el buen hacer del Consejo Tributario.

⁷² Vid, sobre esta Ley, AA. VV. *Anuario del Gobierno Local 2003. La Ley de modernización del gobierno local. Cooperación intermunicipal*, dir por T. FONT I LLOVET, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004. También, entro otros que ya se han ocupado de este órgano, C. CHECA GONZÁLEZ, "Ley de modernización del Gobierno Local: órganos de gestión tributaria y de resolución de reclamaciones económico-administrativas", *Tributos Locales*, núm. 41, junio 2004, pp. 51-65, y P. CHICO DE LA CÁMARA, "Los órganos de resolución de reclamaciones económico-administrativas en la esfera local", *Justicia y Derecho Tributario: libro homenaje al profesor Julio Banacloche Pérez*, coord por C. BANACLOCHE, J. BANACLOCHE y B. BANACLOCHE, 2008, pp. 325-349.

clamaciones económico-administrativas, al que se le confiere la competencia no sólo para decidir sobre estas reclamaciones, sino, además, para emitir un informe sobre los proyectos de ordenanza fiscal y la elaboración de estudios y propuestas sobre estas materias⁷³.

V. UN PROYECTO PARA EL FUTURO: EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

5.1) *Planteamiento general de la cuestión: similitudes y diferencias con los dos órganos anteriores*

La Junta de Andalucía, en ejercicio de sus competencias, ha decidido establecer un órgano colegiado específico, llamado “*Tribunal Administrativo de Andalucía*”, para conocer y resolver los recursos de alzada y potestativo de reposición que se puedan interponer contra los actos y resoluciones⁷⁴ de la Administración autonómica, de acuerdo con la normativa general, esto es, conforme a lo previsto en la aludida Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 107–117). Este órgano colegiado y especializado se presenta en la *Exposición de Motivos del Borrador del Proyecto de Ley*⁷⁵, como una aplicación o manifestación de lo preceptuado en el artículo 107. 2 de la Ley 30/1992, y tiene evidentes similitudes con otros órganos ya analizados en este estudio, como el Tribunal Administrativo de Navarra o el Consejo Tributario del Ayuntamiento de Barcelona, en

⁷³ J. A. SANTAMARÍA PASTOR lo califica como un órgano muy relevante, que “*se diseña con un importante nivel de independencia (claramente inspirado en la notable experiencia previa ensayada en el Ayuntamiento de Barcelona), y cuyos miembros deberán ser personas de reconocida competencia técnica, nombradas por el Pleno del Ayuntamiento por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros*” (*Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2.ª ed. 2009, pp. 562 y 563).

⁷⁴ Aunque no diga en el Borrador “acuerdos”, es obvio que también caben contra éstos.

⁷⁵ El Borrador que se maneja para este trabajo es el que se formuló antes de la celebración de las Jornadas “*Los Mecanismos Alternativos al Recurso de Alzada y Reposición: la Creación de Tribunales Administrativos*”, Sevilla, 11 de diciembre de 2009, organizadas por el Instituto Andaluz de Administración Pública, y en las que el autor participó. Las modificaciones o rectificaciones ulteriores, caso de existir, no se han tenido en cuenta para la elaboración de este estudio, que lo que trata de destacar es, sobre todo, la muy interesante aportación, que, para la adecuación de la justicia administrativa española a las demandas y exigencias impuestas por la realidad, supone la creación de un Tribunal Administrativo de ámbito autonómico.

cuanto intento del legislador –en este caso, autonómico–, de arbitrar nuevos mecanismos complementarios de resolución de conflictos jurídico-administrativos, que conciban la vía administrativa previa, no como una prerrogativa o privilegio del Poder, sino como un medio efectivo para resolver las controversias, sin tener que acudir siempre y, en todo caso, a los Tribunales de Justicia, que, como ya hemos visto, tienen severos problemas de eficacia y rapidez, lo cual hace que para los asuntos de escasa entidad no resulte recomendable ni interesante acudir a ellos.

No obstante, existen notables diferencias con los órganos anteriores ya analizados, ya que mientras el futuro Tribunal Administrativo de Andalucía conoce y resuelve –más propiamente, conocerá y resolverá, si finalmente se pone en marcha–, recursos administrativos de alzada y potestativo de reposición contra actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración de la Comunidad Andaluza, el Tribunal Administrativo de Navarra conoce y resuelve recursos potestativos de alzada contra actos y resoluciones dictados por las Corporaciones locales navarras, y el Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona elabora un dictamen no vinculante a la hora de resolver los recursos en una materia, asimismo, específica, y no con carácter general: la materia tributaria. Por tanto, se trata de tres variantes, de tres expresiones de una forma singular, y potencialmente más seria y eficaz, de resolver recursos administrativos, que opta por separar los órganos concededores de éstos de la estructura jerárquica de la Administración Pública. El nervio que los une, y el perfil que los identifica de forma unívoca es, precisamente, la circunstancia de que se encuentran al margen de los poderes inherentes a la relación jerárquica, y que, además, están integrados por individuos que no han intervenido en la gestión administrativa que con el recurso se cuestiona. La exoneración del principio de jerarquía, la colegialidad, la especialidad y la cualificación técnica de sus miembros son los rasgos que hacen que puedan ser tratados como *miembros de una misma especie, si bien no son de la misma raza*⁷⁶, porque uno tiene un ámbito local y una labor circunscrita a la formación de un dictamen, mientras los otros dos tienen ámbito autonómico, y competencia propia para resolver los recursos⁷⁷.

⁷⁶ Y, por supuesto, esta asimilación se hace en sentido coloquial, y, en modo alguno, técnico o biológico. En particular, se usa el término “especie” en su primera acepción del Diccionario de la RAE, es decir, como “conjunto de cosas semejantes entre sí por tener uno o varios caracteres comunes”, y el de raza, en la séptima acepción del mismo Diccionario, esto es, como “calidad de algunas cosas, en relación a ciertas características que las definen”.

⁷⁷ Los tres órganos específicos que analizamos tienen rasgos comunes, pero también notables diferencias. *Tienen en común:*

5.2) Organización y composición

El Tribunal Administrativo de Andalucía es, como ya se ha visto, un órgano administrativo colegiado –y, en modo alguno jurisdiccional, pese a su denominación de “Tribunal”–, que no está sometido a instrucciones jerárquicas, y que asume la “*competencia específica para tramitar y resolver los recursos que ante él se promuevan contra resoluciones y actos dictados por los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias*” (art. 1 del Borrador del Proyecto de Ley). Ejerce sus funciones con autonomía funcional, para garantizar su objetividad e independencia, y “*está adscrito orgánicamente a la Consejería competente en materia de Administración Pública*” (arts. 1.3 y 2 del Borrador). Debido a la gran extensión⁷⁸ que tiene la Comunidad Andaluza, se compone de tres secciones. La primera tiene su sede en la ciudad de Granada, la segunda en la ciudad de Sevilla, y la tercera en la ciudad de Málaga. Según el artículo 4. 1 el “*Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía está constituido por el Presidente, que también lo será de la Sección Primera, y por el número de Vocales –no inferior a ocho– que se establezca en su Reglamento Orgánico, dos de los cuales ejercerán la Presidencia de las Secciones Segunda y Tercera*” Como es obvio, tendrá un Secretario General, y Secretarios de la Sección Segunda y Tercera, que “*actuarán con voz y sin voto*”⁷⁹. El Presidente será nom-

a) ser órganos colegiados y especializados, b) encontrarse fuera de la estructura jerárquica de la Administración Pública, sin por ello perder el carácter de órganos administrativos, y no ser, por consiguiente, órganos jurisdiccionales, c) tener pretensiones de independencia, d) estar integrados por personas de reconocida competencia técnica, y en un número impar, y e) ser órganos con competencias propias, y no, simplemente, órganos delegados.

Por su parte, se diferencian :

a) por su origen (histórico, en un caso, por ejercicio de la potestad autoorganizatoria local, en otro, y por el ejercicio de la potestad autoorganizatoria autonómica y aplicación del artículo 107.2 de la Ley 30/1992, en el andaluz), b) por su ámbito territorial (en un caso local, en otro autonómico), c) por su ámbito material (en materia específica uno, en materia estrictamente local otro, y en materia autonómica, el andaluz), d) por su ámbito funcional (en un caso carece de auténticas funciones para resolver, en los otros tiene competencia resolutoria de recursos), e) por su composición (exclusivamente funcionarios o bien personas de reconocida competencia técnica que no tengan tal condición), f) por la legitimación para recurrir (el caso navarro permite, incluso, la legitimación vecinal), y g) por el alcance de la competencia para la ejecución de la resolución del recurso.

⁷⁸ Piénsese que Andalucía tiene una superficie que supera en extensión a países como Bélgica, Holanda, Suiza o Austria, y casi iguala a Portugal.

⁷⁹ Por tanto, se deduce de lo que prevé el Borrador que serán funcionarios. En este punto, hay que recordar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su artículo 25.1 dispone: “*Los ór-*

brado por Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía, oído el Consejo de Gobierno, entre funcionarios del grupo A subgrupos 1 y 2 de la Administración de la Junta de Andalucía que sean juristas de reconocido prestigio con una experiencia superior a diez años. Asimismo, el cese del Presidente del Tribunal Administrativo será acordado por Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía. El Presidente del Tribunal tendrá rango asimilado al de Director General (art. 5). Como sucede en otros órganos colegiados, se dispone que para los casos de vacante, ausencia o enfermedad “u otra causa legal”, será sustituido por el Presidente de la Sección más antiguo, y en caso de concurrir ambos en esta condición, por el que tenga mayor antigüedad en el órgano y edad, por este orden.

Al Presidente le corresponden las funciones más relevantes, como es natural, y así el Borrador refiere que: a) representa a todos los efectos al Tribunal (algo común en todos los presidentes o directores de órganos colegiados), b) dicta las instrucciones, circulares y órdenes de servicio necesarias para coordinar la actividad del Tribunal Administrativo y unificar su doctrina⁸⁰, c) convo-

ganos colegiados tendrán un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente”, y, si es funcionario, tendrá voz, pero no voto. Vid los comentarios de F. GONZÁLEZ NAVARRO, en J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)I, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1997, pp. 533 y 534.

⁸⁰ Ésta es sin duda una función importante, y, también, peligrosa para la misma independencia del Tribunal. Si se parte de la base de que al Presidente lo nombra y lo cesa un Decreto de la Presidencia del Gobierno de la Junta de Andalucía, como dice el artículo 5 del Borrador, y, por tanto, es una figura que carece de la inmovilidad que sí tienen los Vocales, ¿no se corre el riesgo de que esta función que persigue, en teoría, la “unificación de la doctrina”, se convierta en un Caballo de Troya para atenuar o, sencillamente, anular la independencia de los Vocales? En mi opinión, este asunto se superaría otorgando al Presidente de igual inmovilidad que a los Vocales; pero es que, además, la Presidencia de un órgano colegiado no otorga la supremacía jerárquica (así lo han declarado, por ejemplo, la STC 76/1983, de 5 de agosto, o las SSTs de 6 de abril y 25 de septiembre de 2009 –relativas a un asunto en el cual la Ministra de Sanidad y Consumo no convocó al Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud–. En la doctrina especializada, F. GONZÁLEZ NAVARRO, cuando comenta el artículo 24 de la Ley 30/1992 –en la obra, ya citada, de este autor con J. GONZÁLEZ PÉREZ–, p. 528, asevera que “no hay relación jerárquica entre el presidente y los componentes del órgano colegiado”). Una cosa es la relación jerárquica, que lleva implícita el ejercicio de unas facultades que se manifiestan, por ejemplo, en la posibilidad de dictar órdenes e instrucciones, etc (cfr. art 21, LRJAP y PAC), y otra muy distinta es la relación de un Presidente de un órgano colegiado con el resto de los miembros del mismo, donde la jerarquía brilla por su ausencia. La colegialidad, por su misma

car, según su criterio, a los Presidentes de Sección, a todos o parte de los miembros del Tribunal Administrativo, a sesiones de coordinación y unificación de doctrina, d) ejercer la jefatura de los miembros y, en general, personal adscrito al Tribunal Administrativo, incluyendo la potestad disciplinaria⁸¹, sin perjuicio de las competencias del Titular de la Consejería competente en materia de Administración Pública en relación con la suspensión cautelar de los miembros del Tribunal Administrativo.

naturaleza, anula la jerarquía, o la hace mucho más difícil de desarrollar. Introducir formulas propias de la jerarquía administrativa en una relación de un órgano colegiado es un poco forzado, sin perjuicio, claro está, de las naturales competencias que un Presidente tiene, y que están dirigidas a preservar el buen funcionamiento del órgano, pero no a condicionar lo que éste decide, ya que, en este último caso, el órgano colegiado se convertiría en una extensión del Presidente, lo que no resulta aceptable en términos técnicos.

⁸¹ Los argumentos esgrimidos en la anterior nota son, también, en parte aplicables a este supuesto, pues el Presidente, en buena lógica institucional, no es el jefe superior de los miembros – Vocales – del Tribunal; otra cosa bien distinta es la jefatura que le corresponda en relación con los funcionarios y, en general, personal al servicio del Tribunal que no tengan la condición de Vocales, sobre los cuales sí es posible predicar esta condición. Pero, si se quiere garantizar la independencia de criterio, no puede preverse esta especie de *espada de Damocles* (jefatura superior, ejercicio de la potestad disciplinaria, etc) sobre los miembros del Tribunal, ya que el ejercicio de la potestad disciplinaria, que refiere el artículo 5.3, d) del Borrador, constituye también una manifestación inherente a la jerarquía administrativa (en este sentido, y, entre otros, R. PARADA, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, 20.^a ed. 2008, p. 45; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, ob cit., p. 716, y, también, A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 4.^a ed. 1997, pp. 516 y 517), y por eso el artículo 29 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado (Real Decreto 33/1986, de 10 de enero), dispone que será competente para ordenar la incoación del expediente disciplinario el Subsecretario del Departamento (que es, como se sabe, el que desempeña la “jefatura superior de todo el personal del Departamento”, art. 15.1, f) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado), los Directores Generales respecto del “personal dependiente” de su Dirección General y los Delegados del Gobierno. Es, pues, a órganos superiores jerárquicos a los que compete la apertura del expediente disciplinario. Otra cosa es lo que motive la iniciativa para acordar la apertura, ya que, como es conocido, ésta puede hacerse por propia iniciativa del órgano competente, o como consecuencia de una orden superior, moción razonada de los subordinados o por denuncia de cualquier persona (art. 27 del Real Decreto 33/1986, ya citado). Es en este ámbito donde las facultades de un Presidente de un órgano como el que analizamos podrían tener protagonismo, ya que lo que también es claro es que el Presidente debe velar por el adecuado y legal funcionamiento del órgano (así, el artículo 23 de la Ley 30/1992, si bien la STC 50/1999, de 6 de abril, declaró que no tenía carácter básico).

Las resoluciones que dicte el Presidente del Tribunal Administrativo en ejercicio de estas potestades “*ponen fin a la vía administrativa y son directamente impugnables mediante recurso contencioso-administrativo*”. (art. 5.5).

Por lo que se refiere a los Vocales, señala el artículo 6 que la provisión de los puestos de Vocal se realizará mediante concurso de méritos de entre funcionarios del grupo A subgrupos 1 y 2, de la Administración de la Junta de Andalucía que sean juristas de reconocido prestigio con una antigüedad superior a cinco años. Dichos funcionarios quedarán en situación de servicio activo. Pero “*con carácter particular*”, podrán proveerse puestos de Vocal por juristas de reconocido prestigio con una experiencia superior a diez años, mediante concurso de méritos. Dichos vocales no funcionarios no podrán representar más de la quinta parte de los vocales de cada Sección. Su nombramiento se efectuará por un período improrrogable de cinco años. Con lo cual se intenta dar entrada a otras personas cualificadas para integrar el Tribunal, lo que hay que considerar como positivo. Es importante destacar que, a diferencia del Presidente, que puede ser cesado discrecionalmente, los Vocales, al igual que acontece hoy en una pluralidad de organizaciones que se suelen llamar “Administraciones independientes” (Banco de España, Agencia Española de Protección de Datos, etc, etc)⁸², las causas de cese están previs-

⁸² Y sin que ello, como es natural, quiera decir que se asimila *ipso facto* este órgano a las denominadas “Administraciones independientes”. Hoy por hoy la delimitación dogmática, las características esenciales y la extensión de esta categoría no son definitivas, y, de hecho, no hay unanimidad doctrinal respecto de qué organizaciones u órganos se incluyen dentro de la misma. Un aspecto que podría dar un poco de luz, como es el de la personalidad jurídica, ni siquiera está claro, pues hay autores que incluyen a órganos que carecen de personalidad jurídica (por ejemplo, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 20.^a ed., cit., p. 283, que incluye la misma “Administración electoral”, o J. L. MEILÁN GIL, “La Administración Pública a partir de la Constitución de 1978”, en el volumen recopilatorio, *Administración Pública en perspectiva*, Universidade da Coruña–Universidade de Santiago de Compostela–Escola Galega de Administración Pública, A Coruña, 1996, p. 378, que incluye, por ejemplo, los Jurados de Expropiación o los Tribunales Administrativos), mientras que existen otros que sólo reputan Administraciones independientes a entes con personalidad jurídica reconocida (así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 9.^a ed. 1999, p. 420, o J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, 2.^a ed., p. 637, si bien este autor dice que la personalidad jurídica no es relevante a efectos de la independencia).

En cualquier caso, hasta el momento, la mayoría de la doctrina que se ha ocupado sobre las Administraciones independientes no inserta a este tipo de órganos –como los Tribunales Económico-Administrativos– dentro de esta clase de Administraciones (véase, entre otros, A. BE-

tas y tasadas⁸³, lo que se establece para garantizar la inamovilidad de estas personas en el ejercicio de sus funciones, para otorgarles una mayor independencia a la hora de decidir. Estos Vocales, cualquiera que sea su extracción, quedarán sujetos al régimen general de incompatibilidades del personal al servicio de la Administración Pública, así como al régimen de abstención y recusación, en los términos previstos por los artículos 28 y 29 de la LRJAP y PAC.

TANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994). En esta misma dirección, J. GONZÁLEZ PÉREZ y J. TOLEDO JÁUDENES *Comentarios al Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas*, 2.ª ed., cit., pp. 331 y 332. Sólo hay alguna opinión doctrinal que incluye a los Tribunales administrativos dentro de las Administraciones independientes, como la ya citada de J. L. MEILÁN GIL (p. 378).

⁸³ Constituyen, por tanto, un *numerus clausus*, y son, por lo demás, las habituales: a) fallecimiento, b) renuncia, c) incompatibilidad de sus funciones, d) incumplimiento grave de sus funciones, e) incapacidad declarada en sentencia firme, f) condena por delito doloso en virtud de sentencia firme, g) pérdida de la condición de funcionario, incluyendo la jubilación, y h) para el caso de vocales no funcionarios, por el transcurso del período para el que fueron nombrados.

Se podría, no obstante, argumentar que, teniendo en cuenta las circunstancias, y la actividad que desarrollan, en la cual la experiencia es un plus, y no un demérito, se podría optar por señalar que la causa de cese fuera el haber cumplido los 70 años (edad similar para Profesores de Universidad y Jueces y Magistrados, y la que se fija para los Consejeros del Banco de España, Ley 27/1994, de 29 de septiembre, y arts. 2.2 de la Ley Orgánica 7/1992, de 20 de noviembre, y 25. 4 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España), y no la jubilación a los 65 años, pues hay personas que se encuentran en perfectas condiciones para desarrollar su actividad después de los 65 años.

Hay que añadir, además, que, en el caso del Banco de España, el cese se produce por el exclusivo “procesamiento por delito doloso” (art. 25.4, d) “*Separación acordada por el Gobierno, por (...) procesamiento por delito doloso. A estos efectos, el auto de apertura de juicio oral en el procedimiento a que se refiere el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se asimilará al auto de procesamiento (...)*”), y no por condena por delito doloso en virtud de sentencia firme, lo cual es más riguroso. Algo que puede vulnerar el principio de presunción de inocencia, como ha advertido L. A. POMED SÁNCHEZ en su estudio *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996, p.357, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 66/1989, de 17 de abril, y 135/1989, de 19 de julio). Por lo que lo más correcto técnicamente es establecer la causa de cese por sentencia firme, y no por mero procesamiento, sin perjuicio de que, para salvaguardar la independencia y el prestigio del propio órgano, puedan adoptarse medidas cautelares en caso de procesamiento, como se encarga de prever el mismo artículo 6. 5 del Borrador.

5.3) Competencias

La competencia que asume el Tribunal Administrativo de Andalucía se limita al conocimiento y la resolución de los recursos de alzada y potestativos de reposición que se interpongan contra los actos y resoluciones dictados por los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus agencias sujetos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Como es obvio, estos recursos pueden fundamentarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, en que incurra el acto administrativo impugnado, en los términos establecidos en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 9 del Borrador). Por tanto, es evidente que se trata de unos recursos que deberán respetar los requisitos, garantías y los plazos que establece la legislación general (esto es, la citada LRJAP y PAC), como dice el artículo 107. 2 de la LRJAP y PAC. La clave está en detraer la competencia que hasta el momento tienen los órganos de la Administración activa para conocer y resolver estos recursos, y atribuirlos al Tribunal Administrativo de Andalucía, pero esta “detracción” no puede, en modo alguno, vulnerar, desconocer o contradecir lo dispuesto por la Ley 30/1992.

Por otra parte, se trata de actos o resoluciones dictados por los órganos de la Administración Andaluza o de sus agencias⁸⁴. No es competente este futuro

⁸⁴ No se dice “Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes (...)” (términos que usa el artículo 2.2 de la LRJAP y PAC), sino “agencias”, lo que supone que el Borrador trata de adaptarse al nuevo objetivo que se persigue, y que es que, en el futuro, sean las agencias las que ocupen y absorban todo el protagonismo de lo que se conoce técnicamente como “Administración indirecta”, esto es, los entes que manifiestan la descentralización funcional, y que hasta ahora se expresan en Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales, fundamentalmente, sin perjuicio de otras fórmulas organizativas que constituyen también descentralización funcional. En este punto, lo que dice el Borrador es coherente con lo que ya ha establecido la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que tras definir las agencias como “entidades con personalidad jurídica pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional” (art. 54.1), prevé en su disposición transitoria única la adaptación de los organismos autónomos y otras entidades a la Ley, que, a su vez, es congruente con lo que dispuso la Ley estatal 28/2006, de 18 de julio, de “Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos”, que pretende, como advierte J. A. SANTA-MARÍA PASTOR, (*Principios de Derecho Administrativo General I*, ob cit., p. 611), “la conversión de la mayor parte de los Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales en Agencias estatales”.

Tribunal Administrativo para conocer y resolver de recursos formulados contra actos y acuerdos de las Entidades locales, salvo que se trate de competencias delegadas, en las cuales, como es conocido, se traslada el ejercicio de la competencia, pero no su titularidad⁸⁵, que la tendría el ente delegante –en este caso, la Junta de Andalucía–, lo que le permitiría conocer los recursos de alzada formulados contra los actos y acuerdos dictados por los entes locales delegados. Así se puede deducir de lo establecido en el artículo 27.2, LRBRL, según el cual los actos de éste (es decir, del delegado), “*podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante*”⁸⁶. Además, como es obvio, no podrá conocer de los recursos administrativos formulados contra la Administración General del Estado, ni sobre aquellas materias que específicamente se excluyan. Sobre este último extremo la *Exposición de Motivos* del Borrador destaca que dos “*son las consideraciones que determinan el conjunto de materias de cuyos recursos conocerá el Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía: de un lado, integrar materias cuyo volumen de recursos en sede judicial está suponiendo una sobrecarga no asumible por el sistema, y de otro, conocer de asuntos de menor cuantía y/o de carácter repetitivo, que permiten la solución homogénea de una pluralidad de recursos interpuestos*”, y, de esta materia, se refiere que se conocerá sobre asuntos relativos a la función pública de la Junta de Andalucía, pues es una de las que estadísticamente contribuyen en gran medida a la sobrecarga judicial, a lo que se suma su naturaleza –en no pocas ocasiones– “*de actos en masa y las ventajas para el interés público que se derivan de la pronta solución de los conflictos que se producen en este ámbito*”. En segundo lugar, se pretende atribuir las sanciones administrativas, “*excluyendo aquellas sanciones impuestas por el Consejo de Gobierno*”. En tercer lugar, se confiere el conocimiento de los recursos contra actos y resoluciones que, dictados en procedimientos en determinadas áreas sectoriales, tengan por objeto la interpretación, modificación, resolución y nulidad de concesiones y contratos administrativos cuya “*cuantía*

⁸⁵ Cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, ob cit., p. 356 y 357, y A. GALLEGU ANABITARTE y A. DE MARCO FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo I Materiales*, Madrid, 4.ª impresión corregida, 1992, pp. 192 y ss.

⁸⁶ En igual sentido se pronuncia, por ejemplo, el artículo 54, b) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, conocida coloquialmente como “Ley de Cabildos”, que atribuye al Gobierno de Canarias y a la Administración dirigida por él la “*resolución de los recursos de alzada que se interpongan contra los actos “ del delegado (Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, Régimen jurídico de los Cabildos Insulares, Instituto Canario de Administración Pública, Temas Clave de la Autonomía Canaria, Tenerife, 2005, particularmente, pp. 133 y ss, donde se analiza con detenimiento esta figura).*

no los haga objeto del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía”. De la misma forma que los casos de responsabilidad patrimonial relativos a determinadas áreas sectoriales “cuya cuantía no los haga objeto del dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía”. En ambos casos, con la determinación del límite cuantitativo “*se preserva –dice–, el ejercicio de la alta función consultiva del citado órgano como superior órgano consultivo del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Junta de Andalucía*”⁸⁷. También, se le confiere competencia para resolver sobre actividades de fomento (subvenciones, ayudas y similares), excluyendo aquellas que han de ser otorgadas o ratificadas por el Consejo de Gobierno, y, por último, se refiere la *Exposición de Motivos*, a determinadas manifestaciones prestacionales de servicios públicos.

Por lo tanto, sin perjuicio de lo que finalmente se establezca en la Ley, parece que la intención es atribuir competencia sobre materias que constituyen verdaderas masas de asuntos, que tienen una similar resolución, y, además, no las de mayor trascendencia, que no están atribuidas a este Tribunal, por lo que hay que colegir que, respecto de estas últimas, seguirá el vigente sistema de recursos de alzada y potestativo de reposición.

⁸⁷ Se pretende así evitar posibles confrontaciones entre la doctrina del Consejo Consultivo y la que, en su caso, pueda establecer el Tribunal Administrativo de Andalucía. Desde un punto de vista de armonía o “estrategia institucional”, por así decir, el criterio puede ser positivo; desde otro punto de vista, que valore la real tutela de derechos e intereses legítimos del recurrente, no, pues el Consejo Consultivo tiene una función estrictamente consultiva, y no fiscalizadora o de control de la actividad de la Administración Pública, lo que se expresa en la emisión de dictámenes, que, como regla general, son preceptivos, cuando así se disponga, y no vinculantes. El artículo 4, segundo párrafo, de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, así lo dice: “*Los dictámenes no serán vinculantes, salvo en los casos en que así se establezca en las respectivas leyes*” (Sobre el Consejo Consultivo de Andalucía, puede verse, E. PÉREZ VERA, “El Consejo Consultivo de Andalucía”, *Administración Pública: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 52, extra 1, 2003, pp. 283–294). Por tanto, es perfectamente posible que, recabado el dictamen, incluso, el órgano de la Administración activa no lo siga, o lo siga a medias. Y, además, no debe olvidarse que, en cualquier caso, lo que prima en la erección del Tribunal Administrativo de Andalucía es, de un lado, configurar los recursos administrativos como auténticos medios de garantía para los derechos e intereses legítimos del particular, y, de otro, descargar de asuntos a los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo. Estos fundamentos tienen, sin duda, mayor peso y consistencia que los meramente estratégicos o de buena armonía institucional. No obstante, es claro que el Parlamento de la Comunidad tiene plena libertad para optar por uno u otro criterio.

5.4) Procedimiento y resolución

La interposición de un recurso administrativo por los sujetos legitimados (art. 12 del Borrador) origina la iniciación de un procedimiento administrativo⁸⁸, con la tramitación de las correspondientes fases, que no ofrecen particular singularidad en este caso. Sí es necesario resaltar el interés, coherente con el momento actual y la evolución de la misma Sociedad, por el uso de los medios electrónicos. Así, el artículo 11 del Borrador, bajo la rúbrica de “*Utilización de medios electrónicos*”, dice: “*El Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía impulsará la utilización de medios electrónicos tanto en la tramitación de los procedimientos como en la gestión de índole interna. Se garantizará a la ciudadanía el ejercicio de sus derechos por medios electrónicos, permitiéndoles la interposición de recursos por dichos medios, así como para la realización de las comunicaciones a que de lugar su tramitación*”. Y, en este sentido, el artículo 13.1, a) del citado Borrador dispone que el recurso “*regulado en esta Ley podrá presentarse en: De manera preferente, en el Registro Telemático de la Junta de Andalucía, en los términos que se establezcan reglamentariamente y en el marco establecido por el artículo 111 de la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía*”, si bien ello no quiere decir que no se puedan utilizar el registro general del Tribunal Administrativo o los registros de otros órganos (cfr. art. 13), lo cual es completamente lógico, porque no se puede limitar por esta vía el ejercicio del derecho a recurso de aquellas personas –todavía existen bastantes– que no tienen acceso a medios telemáticos, o no los dominan con un mínimo nivel de eficacia⁸⁹. Lo que se implanta, precisamente, para agilizar y dar eficacia al procedimiento, no se puede convertir, de manera paradójica, en un obstáculo para recurrir.

Como es ya criterio tradicional⁹⁰, la interposición de un recurso “no suspenderá la ejecución del acto o resolución recurrida” (art. 13. 5 del Borrador,

⁸⁸ Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, ob cit., pp. 113 y ss.

⁸⁹ En un trabajo elaborado por M. DEL HOYO HURTADO, M.^a DEL CARMEN GARCÍA y J. DEL OLMO BARBERO, de la Universidad Rey Juan Carlos, titulado “Por qué no se utiliza Internet en España. La brecha interregional”, *Zer*, vol. 14, núm. 26, 2009, pp. 211–230, se afirma que “*los datos ponen de manifiesto que más de la mitad de la población española aún no dispone de Internet en su propia vivienda*”.

⁹⁰ Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Ed. Montecorvo, S. A, Madrid, 1986, pp. 241 y ss.

y 111 de la LRJAP y PAC), ya que, como refiere SANTAMARÍA PASTOR⁹¹, se ha optado por hacer prevalecer el principio constitucional de eficacia y la continuidad de la acción administrativa frente a la garantía de la legalidad y de los derechos e intereses de los particulares. No obstante, el propio precepto prevé la suspensión cautelar cuando: a) sus efectos puedan producir perjuicios graves de imposible o difícil reparación, b) se pierda la finalidad del recurso, c) concurra la causa prevista en el artículo 111. 2, b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; y, además, se dice “*Sin perjuicio de ello, el Tribunal Administrativo acordará de oficio la suspensión del acto o resolución recurrida cuando en virtud de disposición legal, el acto o resolución no sea ejecutivo*” (art. 13. 5)⁹².

Es muy ilustrativo sobre la naturaleza y alcance de este nuevo sistema de recursos lo que se establece en el artículo 14, bajo la rúbrica de “*Carácter no compatible del recurso ante el Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía*”:

“1. *La interposición del recurso ante el Tribunal Administrativo de la Junta de Andalucía sustituye al recurso de alzada y al potestativo de reposición en las materias objeto de la presente Ley.*

2. *Las resoluciones que dicte el Tribunal Administrativo como consecuencia de la interposición del recurso sustitutivo del de alzada o potestativo de reposición, ponen fin a la vía administrativa y son directamente impugnables mediante recurso contencioso-administrativo”.*

Con ello se resalta lo que ya hemos señalado antes: se trata de detraer de los órganos que hasta ahora tenían la competencia para resolver estos recursos, y conferirla al Tribunal Administrativo, con lo que es claro que no puede ser compatible, y la resolución de esos recursos pone fin a la vía administrativa, y permite, por tanto, acudir a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos previstos en la Ley Jurisdiccional de 1998.

A. GALLEGO ANABITARTE (*Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX. Conceptos, instituciones y estructuras administrativas en el nacimiento del Estado Moderno*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 72 y 91, entre otras) ha vuelto a destacar que “*desde 1435, por lo menos, y de una forma ininterrumpida hasta nuestros días, desde hace cinco siglos, en España los actos de la Administración, como se dice hoy, tienen la fuerza de la ejecutividad*” (p. 72).

⁹¹ *Principios de Derecho Administrativo General II*, 2.ª ed., ob cit., p. 149.

⁹² Hay que tener en cuenta, por lo demás, que existen las suspensiones automáticas, en los supuestos previstos por el Ordenamiento jurídico. Véase sobre este extremo, R. PARADA, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 17.ª ed. 2008, p. 165.

El Borrador del Proyecto de Ley regula cuestiones ya conocidas en la vía de recurso⁹³, como son la gratuidad, la no necesidad de acudir con Abogado ni Procurador, los plazos (un mes o tres meses, según exista resolución, o se aplique el silencio administrativo), la subsanación, acorde con el principio antiformalista de esta vía, la instrucción y la finalización (arts. 15 a 19 del Borrador). La instrucción está regulada con pormenor, y corresponde al vocal ponente. Sería conveniente en este punto establecer, entre los deberes del vocal ponente, el de fundamentar en Derecho su propuesta (art. 10 del Borrador), *pues sin duda el Tribunal ganará –o no adquirirá– prestigio dependiendo de la calidad, fundamentación y corrección jurídica de sus resoluciones*. Por eso, sería más adecuado, además, destacar que estas resoluciones fueran “motivadas”, en línea con lo previsto en el artículo 54. 1, b) de la LRJAP y PAC, que impone la motivación de los actos administrativos que “*resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos o reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje*”, y que se optase por una interpretación muy restrictiva de las causas de inadmisión del recurso, que refiere el artículo 19. 1, 1.º del mencionado Borrador⁹⁴.

La resolución del recurso debe producirse en el plazo establecido (art. 19), y, para el caso en que fuera estimatoria, la Administración que dictó el acto recurrido vendrá obligada a cumplir la resolución debiendo proceder a iniciar la

⁹³ Vid, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, ob cit., pp. 515–527; así, respecto del procedimiento administrativo, en general, pp. 452 y ss, particularmente, en relación con los principios de “*economía procesal*”, “*in dubio pro actione*”, y “*la gratuidad del procedimiento administrativo*”. Otros Tratados y Manuales destacan, como es natural, estos mismos rasgos de la vía administrativa.

⁹⁴ Dice este precepto: “*1. El procedimiento finalizará mediante resolución (no dice, pues, que sea motivada), que contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos:*

1.º Inadmisión del recurso. Debe declararse la inadmisibilidad en los casos siguientes:

- a) Cuando el Tribunal Administrativo carezca de competencia.*
- b) Cuando no concurren los requisitos de capacidad, legitimación o representación*
- c) Cuando se interponga contra actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes, y contra los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.*
- d) Cuando recayere sobre actos firmes en vía administrativa.*
- e) Cuando haya pasado el plazo para la interposición del recurso.*
- f) Cuando conste que el recurrente haya interpuesto recurso contencioso-administrativo, salvo que hubiese desistido del mismo.*
- g) Cuando el recurso tenga por objeto actos no susceptibles de impugnación”.*

actividad de ejecución, en todos sus efectos, en un plazo de 15 días a contar desde la notificación de la resolución. Cabe ejecución forzosa a través de los medios previstos a este efecto en la LRJAP y PAC (art. 20. 1 y 3 del Borrador)⁹⁵.

VI. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La experiencia de muchos años ha demostrado de forma concluyente que la regulación de la vía administrativa de recurso no ha supuesto una verdadera garantía para los derechos e intereses legítimos del recurrente que impugna un acto, resolución o acuerdo administrativo presuntamente ilegal, ni tampoco ha comportado una reducción de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales (Juzgados de lo Contencioso-Administrativos y Salas de lo Contencioso-Administrativo). Se ha mantenido, pues, como una prerrogativa y un requisito previo para acudir al correspondiente juez o Tribunal. Ante este hecho, es evidente que procede replantear seria y profundamente las bases del sistema tradicional de recursos administrativos, pues los órganos de la Administración activa competentes, según la Ley 30/1992⁹⁶, con carácter general, o no

⁹⁵ El artículo 20.4 del mencionado Borrador dice textualmente: “*El Tribunal Administrativo podrá proceder a la ejecución forzosa de la Resolución de oficio o a instancia tanto de los recurrentes, como, en su caso, de quienes hayan comparecido en el procedimiento como interesados*”.

Y el 20.5 destaca que “*La Administración que dictó el acto recurrido que no haya comunicado al Tribunal Administrativo la completa ejecución de la Resolución o que no haya cumplido ésta en todos sus términos, vendrá obligada a sufragar todos los gastos ocasionados con la ejecución forzosa*”. Se trata de un mecanismo propio de la ejecución subsidiaria, si bien es verdad que, debido a que la Administración que dicta el acto es siempre o casi siempre (salvo el caso de competencias delegadas, como ya hemos indicado, art. 27, LRBRL, o las agencias, que son, también, Administración instrumental de la Comunidad Autónoma), la Administración andaluza (no, por tanto, la local o la general del Estado), parece que el precepto quiere significar el órgano, y no la Administración conjuntamente considerada.

⁹⁶ Y antes la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

La resolución del recurso de alzada se hace por el superior jerárquico, y el potestativo de reposición se resuelve por el mismo órgano que dictó el acto. Es obvio que, por la misma naturaleza de las cosas, estos órganos, salvo casos de rectitud y conciencia de servicio público poco habituales (y que, por tanto, son la excepción y no la regla), no se muestran predispuestos a rectificar o corregir al inferior jerárquico o a sí mismos, ya que tienen ordinariamente unos prejuicios muy consolidados debido a la instrucción del propio procedimiento, la experiencia previa en casos similares, y la tendencia a preservar la validez de lo actuado, para así confirmar lo adecuado de su decisión inicial; lo que, evidentemente, les hace poco aptos para volver sobre el

resuelven los recursos, o no los resuelven en el plazo determinado legalmente, o, si los resuelven, lo hacen casi siempre en sentido negativo, y mantienen, por consiguiente, la decisión inicial⁹⁷. En esta situación, es obvio que el papel del recurso administrativo no es que sea modesto; es, sencillamente, irrelevante a efectos de una verdadera tutela de derechos e intereses del particular, y, cuando es preceptivo, se convierte en otro obstáculo más para obtener una resolución efectiva en tiempo razonable. Esto se sabe desde hace mucho tiempo, tanto por la doctrina especializada como por los Abogados y particulares que tienen que utilizar esta vía; lo que sucede es que no ha habido la voluntad política necesaria para abordar con altura de miras y rigor esta rechazable situación, y lo que ha hecho la Ley es, sencillamente, seguir la inercia, y regular unos recursos que sirven para poco, pues no aseguran tutela alguna de derechos, ni sirven para ningún autocontrol administrativo que se tenga por serio. La misma Ley 4/1999, no aportó nada significativo en este punto, e, incluso, lo que disponía en su *disposición adicional segunda*, no fructificó en el tiempo fijado para ello (dieciocho meses), como ya hemos visto.

El replanteamiento de la vía de recurso⁹⁸ debe partir de la base de que esta vía es plenamente constitucional, cuando es justificada y proporcionada

asunto con una perspectiva más aséptica y objetiva. Y es que nadie puede ser juez en su propia causa, sobre todo, cuando esta “causa” está tan cercana, y resulta, en el fondo, un cuestionamiento de la propia actuación, lo que comporta que se tienda, en principio, a mantener lo previamente resuelto.

En este mismo sentido, pero añadiendo un nuevo factor (el del temor a separarse del criterio del jefe o autoridad), se pronuncia, por ejemplo, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General II*, 2.ª ed., cit., p. 623), que destaca que “no se trata sólo del hecho de que, en ellos, la Administración ostente simultáneamente la condición de juez y parte; por lo común —prosigue este autor—, el estudio y la preparación de la resolución de los recursos se encuentra confiado a órganos y funcionarios carentes de autonomía funcional alguna, estrechamente dependientes de las autoridades cuyos actos se fiscalizan, lo que lleva, de modo inevitable, a la desestimación de la inmensa mayoría de las impugnaciones”.

⁹⁷ Hace ya algunos años la revista *Documentación Administrativa*, núm. 221, 1990, pp. 157 y ss, publicó un Informe realizado por la Inspección Operativa de Servicios sobre “*Procedimiento de resolución de recursos*”, que contenía datos descorazonadores, pues se decía que, en un análisis de tres Ministerios y un Organismo autónomo, la resolución de la práctica totalidad de los recursos administrativos se produce fuera de plazo, y, además, los que se resolvían favorablemente no superaban el 5 por 100 (p. 166).

⁹⁸ De “*replanteamiento en profundidad*” habla, también, J. A. SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General II*, 2.ª ed., cit., p.624), que considera que dicho replanteamiento debe pasar por: i) un reforzamiento de la eficacia e independencia de criterio de los órganos encargados de su resolución; ii) la conversión en potestativos; y iii) la unificación de su régimen, que hoy continúa ofreciendo disparidades injustificables.

(STC 217/1991, de 14 de noviembre), y no impide el ulterior acceso a los Tribunales de Justicia, con la preservación expresa del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24, CE.); *asimismo, tiene que fundamentar su regulación en la verdadera tutela de derechos e intereses del ciudadano, y en la ayuda para descongestionar los Tribunales de Justicia.* Éstas son, a mi juicio, las auténticas justificaciones que hoy tiene la vía de recurso, para lo cual debe articularse un sistema que, en la medida de lo posible, reduzca el papel de los órganos de la Administración activa o de gestión que han dictado los actos y acuerdos impugnados, y se lo conceda, paralelamente, a otros órganos, preferentemente colegiados, que gocen de las condiciones necesarias para resolver sin prejuicios ni temores al jefe o autoridad, y sin inercias burocráticas, observando siempre el Derecho y la jurisprudencia de los Tribunales. Con ello, como es evidente, no se quiere confundir, en modo alguno, la posición del Ejecutivo con la del Poder Judicial. Ambos poderes se encuentran separados, y constituyen una garantía por el contrapeso que definen por el ejercicio de sus respectivas funciones. Y, por tanto, estos órganos –llámense Tribunales, Comisiones o como se quiera–, son esencialmente administrativos, y no jurisdiccionales. Por consiguiente, *lo que se quiere con estos órganos es perfeccionar la misma autotutela de la Administración, y contribuir a que ésta se someta mejor a la ley y al Derecho (art. 103.1, CE), y pueda ser mejor controlada, incluso, por los Tribunales de Justicia (art. 106.1, CE), pues éstos ya tendrán una decisión, no meramente burocrática, y en muchos casos, con escasa o nula motivación, sino una decisión fundada en Derecho, que, por supuesto, se podrá cuestionar, impugnar o discutir, pero que ya es mucho más que una simple resolución que sólo tiene la fuerza de la prerrogativa administrativa, y el agrio resabio del poder nudo y descarnado.* Desde esta óptica, ya el artículo 107.2, LRJAP y PAC ofreció una vía, si bien es verdad que pasados casi dieciocho años, e, incluso, después de lo que decía la aludida *disposición adicional segunda* de la Ley 4/1999, no ha sido bien explorada y mucho menos explotada. No obstante, han surgido ya órganos colegiados que se desenvuelven en esta nueva dimensión de los recursos, y que tienden a resolver con mayor seriedad y eficacia, pues se sitúan fuera de la estructura jerárquica de la Administración Pública, y tienen por competencia elaborar informes preceptivos que sirven para fundamentar en Derecho mejor la decisión, o bien resolver ellos mismos los recursos. Dejando de lado un caso particularmente significativo, y que no hemos analizado aquí por estar ya lo suficientemente estudiado en otros trabajos y publicaciones –las reclamaciones económico-administrativas ante los Tribunales Económico-Administrativos⁹⁹–, nos hemos centrado en tres casos distintos

⁹⁹ Véase, M. J. SARMIENTO ACOSTA, *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, ob cit., pp. 186 y ss, y bibliografía allí indicada.

que tienen unos perfiles comunes: el Tribunal Administrativo de Navarra, el Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, y el Proyecto de Tribunal Administrativo de Andalucía. El primero es un órgano, como ya ha quedado demostrado, con amplia tradición y arraigo, y funciona con notables dosis de eficacia¹⁰⁰; el Consell Tributari, como asimismo ha quedado acreditado, tiene un funcionamiento eficaz y aceptable, y la prueba es que, a pesar de que nació por ejercicio de la potestad autoorganizatoria local, hoy tiene ya rango legal¹⁰¹, pues es la propia Ley 1/2006, de 13 de marzo (art. 47), la que lo prevé y regula en sus aspectos nucleares, y, además, ha servido de punto de referencia para lo previsto en el artículo 137 de la LRBRL, después de la reforma operada por virtud de la Ley 57/2003, que prevé un órgano específico para la resolución de reclamaciones económico-administrativas. El Proyecto del Tribunal Administrativo de Andalucía tiene, si cabe, un ámbito más ambicioso, ya que no se trata sólo de resolver recursos contra actos y acuerdos locales (Tribunal Administrativo de Navarra), o de emitir un informe preceptivo a la hora de resolver un recurso en una materia específica (el Consell Tributari), sino, más ampliamente, de resolver recursos contra actos y resoluciones de la Administración autónoma andaluza y sus Agencias. Dejando, por ahora, las competencias materiales concretas que se le atribuyan, lo cierto es que supone un evidente salto de escala, porque implica que esta Comunidad, en ejercicio de su potestad de autoorganización¹⁰², y de acuerdo con la legislación básica estatal,

¹⁰⁰ Según los datos facilitados por el Presidente del Tribunal Administrativo de Navarra, don Gabriel Casajús Gavari, en las Jornadas celebradas en Sevilla el 11 de diciembre de 2009, con la denominación de “*Los Mecanismos alternativos al Recurso de Alzada y Reposición: la creación de Tribunales Administrativos*”, y dirigidas por el Prof. Jesús JORDANO FRAGA, bajo los auspicios del Instituto Andaluz de Administración Pública (Consejería de Justicia y Administración Pública), en el año 2008, por ejemplo, se ingresaron 9.328 recursos de alzada, y se resolvieron 9.184; mientras los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Navarra fueron 112; lo cual, según estos datos, arroja un 1,30%. Hay más datos que se ofrecieron en estas Jornadas, pero éste es lo suficientemente ilustrativo acerca de la eficacia de este tipo de órganos.

¹⁰¹ Es, pues, un órgano legal, en la medida que una Ley formal lo prevé y lo regula en sus aspectos esenciales, por lo que es evidente que ya la potestad autororganizatoria del Ayuntamiento no puede hacer nada contra él, pues el Consell Tributari ha elevado su propio fundamento jurídico.

¹⁰² Es sabido que la potestad de autoorganización es inherente a la autonomía, y permite crear, modificar o suprimir órganos; algunos por virtud de Ley, otros por medio de simples Decretos u Órdenes (Vid, por ejemplo, S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1984, pp. 67 y ss.). El artículo 47. 1. 1.ª del Estatuto de Auto-

crea un órgano administrativo específico para controlar gran parte de los actos y resoluciones administrativas de la Administración autonómica y de las agencias que de ella dependen. El propósito que se observa en el Borrador del Proyecto de Ley es el de conferir la competencia a un órgano colegiado y autónomo, compuesto por individuos cualificados, que, no sujetos a instrucciones jerárquicas, resuelvan recursos administrativos. Puede, por tanto, servir de ejemplo a otras Comunidades Autónomas¹⁰³, que pueden ver cómo una Comunidad tan emblemática como la andaluza decide establecer un sistema para resolver los recursos que ya se separa resueltamente del tradicional e ineficaz modelo que se regula con carácter general. El Proyecto, pues, es muy positivo, y puede no sólo asegurar mejor los derechos e intereses de los particulares, sino reforzar el autocontrol de la Administración autonómica, y descargar, por ende, los Juzgados y Tribunales. Pero este propósito, para que sea realista, debe asegurar un buen funcionamiento institucional del Tribunal Administrativo, garantizando la independencia real y efectiva del mismo, y, sobre todo, debe estar acompañado de un buen sistema de designación de los miembros que al final ocupen los puestos en dicho órgano colegiado. Un Tribunal compuesto por personas solventes y con independencia de criterio es, en último término, lo que dará prestigio a esta esperanzadora institución. Por el contrario, una mala prefiguración del sistema de designación, viciará, sin duda, toda la actuación del mismo; pues no basta con un buen propósito para lograr un buen resultado, sino que es preciso una Ley adecuada, que establezca un régimen jurídico acabado y eficaz para los objetivos que se persiguen (evitando, pues, las veleidades de futuros Reglamentos), y que permita la designación de los más capacitados para el ejercicio de esta importante función. Si falla algún elemento de los genéricamente apuntados, se desvirtúa todo el modelo, que, en principio, está lleno de virtudes y posibilidades para un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE.), que pretenda asegurar los derechos de los

nomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), dice que es competencia exclusiva de la Comunidad, “*El procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma, la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos*”. Y la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, establece en su artículo 89 las normas para crear órganos colegiados, que en este caso debe ser interpretado con lo que dice el artículo 115 de la propia Ley, relativo a la “resolución de recursos y reclamaciones”.

¹⁰³ Es conocido el *factor emulación* que se produce en todo lo concerniente al Estado autonómico. En el caso de las reformas estatutarias, es muy evidente, y, en otros supuestos organizativos, también.

ciudadanos, y controlar efectivamente los poderes públicos, y, por tanto, a la Administración (arts. 9.1 y 3, y 106.1, CE.). *Al final, la opción es clara y no admite atajos: o se construye sobre arena o se edifica sobre roca.* Las consecuencias de hacerlo en uno u otro sitio son palmarias y concluyentes. En el primer caso, lo construido se desmoronará ante el primer obstáculo grave, en el segundo, resistirá confrontaciones y presiones, puesto que los pilares sobre los que se construye son sólidos y firmes.

BIBLIOGRAFÍA:

- AA. VV. *Anuario del Gobierno Local 2003. La Ley de modernización del Gobierno local. Cooperación intermunicipal*, dir por T. FONT I LLOVET, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2004.
- ARAGONÉS BELTRÁN, E., “El autocontrol jurídico de las Corporaciones Locales: el ejemplo del Consell Tributari de Barcelona”, *Revista de Hacienda Local*, núm. 70, 1994.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., voces “Recurso de alzada”, “Recurso de reposición” y “Recurso de revisión (administrativo)”, *Diccionario de Derecho Administrativo Tomo II*, Iustel, Madrid, 1.ª ed. 2005.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A, *Las Administraciones Independientes. Un reto para el Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Ed Aranzadi, Pamplona, 2001.
- CARBONELL PORRAS, E, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- CLAVERO ARÉVALO, M., “Consideraciones generales sobre la vía gubernativa”, *Estudios dedicados al profesor García Oviedo. Vol. I*, Sevilla, 1954, y, también, *Estudios de Derecho Administrativo*, Universidad de Sevilla–Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1992.
- CHECA GONZÁLEZ, C, “La Ley de modernización del Gobierno local: órganos de gestión tributaria y de resolución de reclamaciones económico–administrativas”, *Tributos Locales*, núm. 41, 2004.
- CHICO DE LA CÁMARA, P., “Los órganos de resolución de reclamaciones económico–administrativas en la esfera local”, *Justicia y Derecho Tributario: libro homenaje al profesor Julio Banacloche Pérez*, coord por C. BANACLOCHE, J. BANACLOCHE y B. BANACLOCHE, 2008.
- COBREROS MENDAZONA, E, “La autonomía municipal en Navarra. El Tribunal Administrativo delegado de la Diputación Foral”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983.

- CRUZ VILLALÓN, P, “Control de la calidad de la Ley y calidad del control de la ley”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.
- DEL HOYO HURTADO, M, GARCÍA, M.^a DEL CARMEN y OLMO BARBERO, J DEL, “Por qué no se utiliza Internet en España. La brecha interregional”, *Žer*, Vol. 14, núm. 26, 2009.
- DÍAZ, E, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid–Barcelona, 1998.
- DÍAZ E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2.^a ed. 1980; reimpresión de 1982.
- GALLEGO ANABITARTE, A., *Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX. Conceptos, instituciones y estructuras administrativas en el nacimiento del Estado Moderno*, Madrid–Barcelona–Buenos Aires, 2009.
- GALLEGO ANABITARTE A, y DE MARCOS FERNÁNDEZ, A, *Derecho Administrativo I Materiales*, Madrid, 4.^a impresión corregida, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Pamplona. 1.^a ed. 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, Madrid, 1984; reimpresión de 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 3.^a ed. 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 2.^a ed. 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo I* (9.^a ed) y *II* (6.^a ed), Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J, GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) I y II*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1997.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J, GONZÁLEZ NAVARRO, F, y GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., TOLEDO JÁUDENES, J., *Comentarios al Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico–administrativas*, Civitas, Madrid, 2.^a ed. 1997.
- GRANADO HIJELMO, I., “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 39, 2005.

- IZU BELLOSO, M. J., *El Tribunal Administrativo de Navarra*, Gobierno de Navarra–Departamento de Administración Local, Pamplona, 2004.
- LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M (dirs.), *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993.
- LOPERENA ROTA, D., *Derecho histórico y Régimen Local de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1988.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1999.
- OLAÑETA FERNÁNDEZ–GRANDE, R., “La organización de los servicios de gestión en el Ayuntamiento de Barcelona”, en el volumen dir por J. J. FERREIRO LAPATZA, *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Local*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- MARTÍN MATEO, R., *Eficacia social de la Jurisdicción contencioso–administrativa*, Madrid, Cátedra de Derecho Administrativo, Universidad D. L., 1989.
- MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, Thomson–Aranzadi, Pamplona, 13.ª ed. 2007.
- MEILÁN GIL, J. L., “La Administración pública a partir de la Constitución española de 1978”, en el volumen recopilatorio *Administración Pública en perspectiva*, Universidade da Coruña–Universidade de Santiago de Compostela–Escola Galega de Administración Pública, A Coruña, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1984.
- NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004.
- NIETO GARCÍA, A y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1.ª ed., 1998.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 4.ª ed. 1997.
- PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I. Parte General* (17.ª ed), y *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público* (20.ª ed), Madrid–Barcelona–Buenos Aires, 2008.
- PÉREZ VERA, E., “El Consejo Consultivo de Andalucía”, *Administración Pública: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 52, extra 1, 2003.
- POMED SÁNCHEZ, L. A., *Régimen jurídico del Banco de España*, Tecnos, Madrid, 1996.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “El Tribunal Administrativo de Navarra”, *Anuario del Derecho Local 2001*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2002.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “Recursos administrativos y Administración local. Régimen general y régimen especial de Navarra”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41, 1995.

- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M., “El régimen especial de Navarra”, en el volumen colectivo, dir por S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal II*, Civitas, Madrid, 2.^a ed. 2003.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A., “Reflexiones sobre el Tribunal Administrativo de Navarra”, *Azpilcueta. Cuadernos de Derecho*, núm. 3, 1986.
- RIVERO ISERN, J. L., “Vía administrativa de recurso y justicia administrativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 75, 1992.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*, Ed. Montecorvo, S. A., Madrid, 1986.
- ROMERO HERNÁNDEZ, F., “Alternativas de los Recursos Administrativos en la Administración Local”, *Administración Pública: Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 19, 1994.
- ROSA MORENO, J., *El arbitraje administrativo*, Universidad de Alicante-McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Capítulo XII. Recursos administrativos”, del volumen colectivo, coord por J. LEGUINA VILLA y él mismo, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993.
- SAINZ MORENO, F. (edición preparada), *Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1993.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General I y II*, Iustel, Madrid, 2.^a ed. 2009.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “Sobre el origen y evolución de la reclamación administrativa previa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 77, 1975.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J., “Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales”, *Poder Judicial*, núm. 31, 1993.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J., *Los recursos administrativos en el marco de la justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1.^a ed. 1996.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J., “El sistema de recursos administrativos (A propósito de la regulación de la Ley 4/1999)”, *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 5, 2000.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J., “Las incógnitas de la regulación de los recursos administrativos”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 1996.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J., *Régimen jurídico de los Cabildos Insulares*, Instituto Canario de Administración Pública, Tenerife, 2005.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J., voz “Delegación interorgánica”, *Diccionario de Derecho Administrativo. Tomo I*, dir por S. MUÑOZ MACHADO, Iustel, Madrid, 1.^a ed. 2005.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J., “La posición ordinamental de los reglamentos orgánicos de las Entidades locales tras la Sentencia 214/1989, de 21

- de diciembre, del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 252, 1991.
- SERRANO CONTRERAS, P. L., *Lo económico-administrativo: historia y ámbito*, Instituto “García Oviedo”, Sevilla, 1966.
- TORNOS MAS, J., “La situación actual del proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990.
- TORNOS MAS, J., “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995.
- TORNOS MAS, J., “Los recursos administrativos en la Ley 4/1999”, *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, núm. 5, 1999.
- TORNOS MAS, J., “El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona”, *Documentación Administrativa*, núm. 220, 1989.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “El arbitraje de Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997.
- VALERO TORRIJOS, J., *Los órganos colegiados: análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.^a ed. 2002.
- VALERO TORRIJOS, J., “Las bases del régimen jurídico de los órganos administrativos colegiados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Comentario a la STC 50/1999, de 6 de abril)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001.

Remodelaciones urbanas en conjuntos históricos y sus entornos

Javier Bermúdez Sánchez

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I.– LA DELIMITACIÓN DEL ENTORNO DE CONJUNTO HISTÓRICO Y DE CIUDADES PATRIMONIO DE LA HUMANIDAD. a) Delimitación de los *entornos*. b) *Zona de amortiguamiento* en las ciudades patrimonio de la humanidad. II.– ACTUACIONES URBANAS PREVIAS A LA APROBACIÓN DE PLAN ESPECIAL DE PROTECCIÓN. a) Sustitución de inmuebles y alteración de la edificabilidad o de las alineaciones en conjuntos históricos sin plan especial. b) La modificación de *entornos* previa a plan especial. c) Exigencia de doble autorización en el *conjunto* y su entorno: concurrencia de la competencia municipal y de la comunidad autónoma (o isla). d) La solución de discrepancias entre las dos Administraciones competentes. e) Motivación de las resoluciones del municipio y de la comunidad autónoma o isla. III.– REMODELACIONES CON RESPETO A LA ESTRUCTURA URBANA ESTABLECIDAS EN PLANES ESPECIALES DE PROTECCIÓN. a) Contenido general y límites de los planes especiales: la modificación de alineaciones. b) La modificación de la estructura urbana en los planes especiales de conjuntos históricos. *b, 1) La posición original del Tribunal Supremo de estricta inalterabilidad de las alineaciones en conjuntos históricos. b, 2) Modificación de alineaciones en aplicación de legislación autonómica confirmada por el Tribunal Supremo.* c) La coordinación de competencias municipales y de la comunidad autónoma o isla en la aprobación de planes especiales. d) La articulación de competencias en los supuestos de sustitución de inmuebles una vez aprobado el plan especial del *conjunto*; la autorización en zonas arqueológicas o paleontológicas, monumentos y sus entornos. IV.– VALORACIÓN FINAL

RESUMEN:

La protección urbanística de los centros históricos de las ciudades es una de las cuestiones más acuciantes en nuestro Derecho, y la solución, de momento, es confusa, como se observa en el reciente caso del Cabanyal en Valencia y en sentencias judiciales diversas. Se plantean dos dudas esencialmente. En primer lugar cuál es la interpretación de la regulación estatal, entre otros del art. 21 LPHE (16/1985), si se permiten o no modificaciones de alineaciones urbanas y en qué supuestos y condiciones. En segundo lugar, como es el

caso, si la legislación de las “Comunidades Autónomas” puede establecer una regulación distinta, más permisiva, o si esto vulnera la regulación estatal concurrente en materia de cultura (art. 149. 2 de la Constitución). El estudio de la legislación, jurisprudencia y doctrina, permite una lectura precisa del supuesto. A juicio del autor, la legislación de las Comunidades Autónomas en las leyes generales de protección del patrimonio cultural es conforme a la Constitución, aunque requiere una interpretación matizada. En concreto, no se considera constitucional la solución en el caso del Cabanyal en Valencia: una Ley de Valencia de caso único de 2010, declara que es legal tal actuación de remodelación urbana -aunque es evidente que perjudica la estructura histórica-. Esto debería llevar consigo la declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional por aplicación de la regla del Derecho prevalente del Estado (art. 149. 3 de la Constitución) en un supuesto de validez de ambas normas.

Palabras clave:

Ciudades históricas; estructura urbana; trama urbana; trama histórica; patrimonio cultural; patrimonio histórico-artístico; conjuntos históricos; alineaciones urbanas; remodelación urbana; competencias normativas concurrentes; regla de prevalencia del derecho estatal; cultura; Comunidades Autónomas.

ABSTRACT:

Protecting urban historic centers is one of the most pressing legal issues, and the solution at the moment is unclear, as the recent “Cabanyal (Valencia) case”, as well as other decisions, has proven. Those cases raise essentially two questions. Firstly, what is the interpretation that should be given to state regulation, including art. 21 LPHE (16/1985), if changes or urban alignments are forbidden. In what circumstances and conditions? Second, as is the case, if the law of the “autonomous” regulation can establish a different, more permissive status, or if it violates the concurrent state regulation in cultural matters (art. 149. 2 of the Constitution). We are in disposition of giving an answer to such questions by means of the analysis of the law, the courts’ legal doctrine and the opinion of legal scholars. It is the author’s contention that the law of the Autonomous Communities is compatible with the Constitution, under certain interpretation. Such reading does not permit the solution given in the Cabanyal case. The Valencia law, which was at stake, should have been declared unconstitutional.

Key words:

Historic cities, urban structure, urban fabric, historic fabric, cultural heritage, historical and artistic heritage, historic areas, alignments urban, urban

renewal, concurrent legislative powers, rule of prevalence of state law, culture, autonomous regions.

La conservación de los centros históricos plantea una disyuntiva: la protección a ultranza de los edificios y la trama urbana, y la mejora del hábitat que permita apreciar y disfrutar de una realidad inalterada. En la *Carta Internacional para la conservación de ciudades históricas y áreas urbanas históricas* (“Carta de Washington”, 1987), del ICOMOS (Consejo Internacional de Monumentos y de Lugares de Interés Artístico e Histórico) se vierten ambos criterios de protección (conservación de la forma urbana y mejora del hábitat) mediante intervenciones con prudencia, método y rigor, en atención a cada caso en particular. En un ámbito global, la protección del medio ambiente ya ha incorporado este conocido principio general de desarrollo sostenible, que debe ponderar en atención al grado de protección de los bienes en concreto, y en un contexto más próximo el más reciente *Convenio Europeo del Paisaje* de 20 de octubre de 2000 (ratificado el 6-11-2007, BOE 5-2-2008) se refiere a la relación equilibrada y armoniosa entre las necesidades sociales, la economía y el medio ambiente. Estos criterios vertebran una actuación prudente en el ámbito de los conjuntos históricos declarados, cuyos valores culturales exigen una especial cautela si no una protección absoluta. Lejos de este planteamiento quedan los intentos recurrentes de eliminar antiguas construcciones y sustituirlos por centros comerciales, por ejemplo, o cualquier otra edificación de carácter puramente lucrativa. La precisión que se quiera dar al nivel de protección nunca podrá implicar una vulneración de la premisa de protección del conjunto histórico, por lo que esas actuaciones urbanísticas salvajes encubiertas en modelos especulativos de “rehabilitación” quedan excluidas como punto de partida de la discusión de este artículo¹.

En determinados casos concretos, esencialmente relacionados con la existencia de infraviviendas y carencia de dotaciones públicas en centros históricos, podrá

¹ Ténganse presentes los elocuentes términos de J. LÓPEZ JAÉN “Sobre los conjuntos históricos españoles”, en la revista *Ciudad y Territorio: estudios territoriales*, n° 85, 1990 (3), pp. 57-66, en concreto p. 58: “... La simple y burda especulación se sustituye por una especulación de lo histórico-artístico que quiere ser refinada y culta pero no puede...”. A propósito de esta ponderación, desde una perspectiva técnica, M. GARCÍA NART, “Planeamiento urbanístico y definición del centro histórico” en *Actas del primer Seminario de Derecho, Urbanismo y Patrimonio, Sevilla 1998*, 1999, pp. 41-60, en concreto pp. 52-53, propone que el legislador y el planificador diferenciaran determinaciones vinculantes e indicativas, para evitar modelos excesivamente rígidos que impidan la rehabilitación del patrimonio, pero que prevenga, a su vez, la desregulación y pérdida de control, en sentido similar a lo propuesto por LÓPEZ JAÉN, ob. cit.

ser imprescindible, en atención asimismo a la protección del modo de vida y hábitat que se desarrolla en ese *conjunto*, de la integración del área y sus vecinos en el resto del núcleo en condiciones adecuadas, que se lleve a cabo alguna intervención que atienda a tales problemas². Ahí es donde se enmarcan los supuestos de sustitución de inmuebles y modificación de alineaciones tratadas en este estudio.

La legislación de patrimonio cultural o histórico (como se prefiera) ha apreciado tal circunstancia como supuesto compatible y objetivo propio de la conservación del *conjunto*. Los matices legales (regulación estatal y de las Comunidades), sin embargo, han dado lugar a una jurisprudencia que en ocasiones sólo con dificultad es capaz de atemperar el objetivo de protección a ultranza o absoluta de los centros históricos con la mejora del mismo. De hecho tiene que atender a la difícil redacción de la misma Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español –en adelante LPHE–, en la que se establecen las siguientes cautelas: en primer término excluye absolutamente estas remodelaciones (alteración de alineaciones o edificabilidad, ni agregaciones) antes de que se haya aprobado el plan especial (u otro instrumento de planeamiento equivalente) –art. 20.3 LPHE–; y sólo admite la posibilidad de que un plan especial articule remodelaciones urbanas en conjuntos históricos en consideración a circunstancias excepcionales (lo que excluye terminantemente las referidas rehabilitaciones especulativas), siempre que permitan una mejora de sus relaciones con el entorno territorial urbano o eviten usos degradantes para el propio *conjunto* (art. 21.2 LPHE); y también ciñe las sustituciones de inmuebles a los casos en que contribuyan a la conservación general del carácter del *conjunto*, manteniendo las alineaciones urbanas existentes (art. 21.3 LPHE). La formulación de estas prescripciones, ha planteado dudas en la jurisprudencia, en los supuestos de sustitución de inmuebles (si son o no admisibles antes de que exista plan especial, y circunstancias excepcionales posteriores al plan), el de alteración de alineaciones (aunque la haya previsto el plan especial ante la insistencia del legislador de que se mantengan las alineaciones en el art. 20.3 y en el apdo. 3, del art. 21, LPHE), y en el respeto a la prohibición de incrementar la edificabilidad (si es la existente o la prevista en el planeamiento general aprobado).

Sobre las políticas de rehabilitación desde la perspectiva urbanística, *vid. Cursos sobre patrimonio histórico*, 5. *Actas de los XI cursos monográficos sobre el patrimonio histórico*, M. Iglesias Gil Ed., pp. 313–440, con diversos casos de planeamiento especial en centros históricos de Valencia, valle de Cabuérniga, Vitoria–Gasteiz, Bilbao y Lyon, entre otros; y Francisco POL: “La cultura y la política de la recuperación de los centros históricos” en *Urbanismo y patrimonio histórico*, 1999, pp. 223–252. Sobre la disyuntiva entre la mejora o la conservación de las ciudades, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La rehabilitación urbanística*, 1998.

Posiblemente, ante la mencionada insistencia del legislador, la aclaración más necesaria se refiera a si es admisible la modificación de alineaciones. Una legislación autonómica o, como debería denominarse, *comunitaria* (de las comunidades autónomas), más precisa, ha permitido eventualmente una mejora en la interpretación de los términos de la prescripción de la legislación estatal, pues incluye la alteración de alineaciones en los supuestos de remodelación urbana con plan especial, como se verá. Esta solución de las comunidades autónomas deberá someterse en primer término al respeto a la legislación estatal, en su caso, y, además, cómo se resolverá tal actuación de remodelación con modificación de alineaciones en las Comunidades con previsión similar a la legislación estatal.

Asimismo, todas las cautelas establecidas en el ordenamiento jurídico para la protección y conservación de conjuntos históricos, deben considerarse en las actuaciones en sus entornos³, precisando cuáles les son de aplicación. Este estudio debe mencionar además la regulación especial establecida para las *zonas de amortiguamiento* de las ciudades declaradas patrimonio de la humanidad por la UNESCO⁴, que no tienen por qué coincidir con los entornos de conjuntos históricos.

El tratamiento de estas cuestiones se ha plasmado ya en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (TS) y Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), que junto a las soluciones en la legislación de las comunidades autónomas ofrecen un análisis novedoso. Como se expondrá, hay además una cierta evolución o precisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la modificación de alineaciones en conjuntos históricos con plan especial, que se pronuncia a raíz de la regulación de las comunidades autónomas, y merece ser destacada.

Desde una perspectiva histórico-artística, *vid.* CASTILLO RUIZ, J.: *El entorno de los inmuebles de interés cultural*, 1997.

Sobre la evolución en la legislación internacional, europea y nacional, *vid.* M. BASSOLS COMA: “Los conjuntos históricos: su concepto en los ordenamientos jurídicos internacional y autonómico” en *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios homenaje al profesor Boquera Oliver*, Climent Barberá y Baño León, coord., 2002, pp. 1281 ss.

I. LA DELIMITACIÓN DEL ENTORNO DE CONJUNTO HISTÓRICO Y DE CIUDADES PATRIMONIO DE LA HUMANIDAD

a) Delimitación de los entornos

Las cuestiones planteadas sobre modificación de alineaciones y demolición de inmuebles, se suscitan tanto sobre áreas de conjunto histórico como de su entorno⁵. Como premisa, entonces, se debe justificar si el régimen jurídico requiere diferenciar entre supuestos ubicados en un conjunto histórico y en su entorno, y en concreto, cómo se realiza la delimitación de los entornos de los conjuntos históricos o de otro *bien de interés cultural* (en adelante, BIC). Se avanza que el tratamiento jurídico de los denominados *entornos* comparte con matices el régimen jurídico del inmueble declarado BIC, y en concreto, por lo que trata este primer epígrafe, sí se debe declarar el *entorno* junto al resto del *conjunto*, esto es, comparte su procedimiento de declaración, como se desprende del Ordenamiento y recoge la jurisprudencia.

La delimitación del entorno se debe contener en la propia declaración del BIC, como se establece en los arts. 11. 2 (la resolución que declara el inmueble BIC delimitará su entorno), y 17 (en la tramitación del conjunto histórico), de la LPHE. En algún caso podría haberse declarado el *conjunto* sin delimitación expresa del entorno o en otros, la conveniencia de ampliar o limitar el mismo. En ambos supuestos, de acuerdo con tal previsión estatal, la legislación de las comunidades autónomas ha preceptuado que se atenderá al mismo trámite que la declaración⁶.

Vid. M^a R. ALONSO IBÁÑEZ, *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, 1994, pp. 77-101, que con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca la diferente intensidad en su protección, su régimen jurídico, y supuestos de delimitación, algunos de declaraciones anteriores a la LPHE en interpretación del Decreto de 22 de julio de 1958, en defecto entonces de regulación autonómica.

Así en el art. 11 de la Ley 12/1998 del Patrimonio Histórico de las Islas Baleares, en adelante LPHIB; en otros casos se ha determinado también una delimitación cautelar para los inmuebles protegidos que no lo hubieran establecido al no preverlo la regulación anterior, de 50 m. en suelos urbanos y 200 m. en suelos urbanizables o no urbanizables, en tanto no se revise conforme al procedimiento de modificación de la declaración de BIC, en la D.A. 4.^a Ley 14/2007 de protección del Patrimonio Histórico Andaluz, en adelante LPHAnd. Se establecen numerosos factores a tener en cuenta en la delimitación del entorno, en el Anexo I, A, III del Decreto 37/2007 de 19 de abril por el que se aprueba el Reglamento de Protección del Patrimonio Cultural de Castilla y León, RPCyL: elementos distorsionantes (ocultan el bien, pertur-

Esta obligación se relaciona en la jurisprudencia⁷. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante STSJ) de 17-5-2007 (rec. núm. 2462/2003) estima que es necesaria la delimitación del entorno de un inmueble BIC de la que carecía la resolución que declaraba el dolmen de Dalí situado en la plaza del mismo nombre de la ciudad de Madrid⁸. También se debe precisar que *esa protección no puede ser dispensada más que al entorno declarado expresamente*, de forma que la STSJ de Extremadura de 21-2-2003 (rec. núm. 920/2000) llegará a anular la suspensión de las obras en entorno genérico de un bien inventariado que contaban con la licencia municipal oportuna ordenada por la comunidad autónoma⁹. Bajo la misma premisa de necesidad de

ban su contemplación; alteran su carácter y significación; incompatibilidad de uso); planeamiento existente en el municipio (plan especial; delimitación del suelo; normas subsidiarias; plan general; otros); protección física (control del mal estado de edificaciones próximas; la ordenación; control de usos; protección de espacios relacionados históricamente con el bien; control de la edificación); protección y valoración estética (identificación del bien; integración del bien en el paisaje; valoración de perspectivas estéticas consolidadas histórica o colectivamente); definición de objetivos; y delimitación física del entorno. La ausencia de regulación de los entornos de los conjuntos en la Ley del Patrimonio Cultural de Murcia, LPCMur, que sólo se refiere a los de los monumentos (entre otros art. 42), debe ser completada con la aplicación directa de los arts. 11. 2 y 17 LPHE; y la posibilidad establecida en el art. 12. 1 LPHC-LM de que sean los planes especiales los que delimiten entornos en ausencia de tal en la declaración, no casa con las mencionadas determinaciones de los arts. 11 y 17 LPHE.

En algún caso la declaración de conjunto histórico se remite a los planos adjuntos. Así la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 18-11-2002 (rec. n.º 1369/2000), en el caso del proyecto de ampliación del Museo del Prado, referida al claustro y atrio protegidos como entorno de la iglesia de San Jerónimo el Real en plano anexo al Decreto de declaración del monumento BIC de titularidad estatal en cuanto adscrito a servicio público gestionado por el Estado. Es aplicable la legislación de la Comunidad a la protección del entorno (FD 9.º), y además de forma, a mi juicio, retórica, la Sentencia citada estima que no hay destrucción ni deterioro del entorno del *monumento* [del atrio, que como se recordará, se encierra en un edificio en forma de cubo], ni se limita la contemplación ni perspectiva del *monumento* (FFDD 11.º, 12.º y 13.º).

De forma que:

“... en atención a lo expuesto, la Comunidad de Madrid deberá dictar resolución acordando la protección singular que merece el entorno así entendido, en relación con los edificios circundantes de la Plaza y con aquellos otros elementos que considere integrados en ese entorno”. (Fundamento de Derecho, en adelante FD, 9.º Sentencia citada).

Con base en la argumentación que se ha referido:

“... Ahora bien, el entorno del “monumento”, no tiene una delimitación genérica de tal forma que la Administración pueda actuar en su defensa en función de las concretas peculiaridades que

declaración expresa del entorno de BIC, la STSJ de Andalucía de 28-6-2000 (rec. núm. 2950/1997), que a instancias de la corporación municipal, anula la resolución de la comunidad autónoma que pretende controlar las obras en un entorno genérico de las murallas de Cádiz (BIC). El Tribunal precisa (FD 4.º) que sólo al entorno delimitado “le será de aplicación el mismo régimen jurídico que corresponda al inmueble catalogado”, pero en esa actuación que llevó a cabo el Ayuntamiento no estaba delimitado.

Alguna legislación de las comunidades autónomas no ha determinado la delimitación en la misma incoación, así en la valenciana como recuerda la STSJ de C. Valenciana 12-4-2006 (rec. núm. 998/2003, FD 3.º), que no determina tal exigencia en el acuerdo de incoación sino en la declaración con que concluye el procedimiento. En este supuesto se trata de una declaración de BIC como *jardín botánico* (categoría creada por la norma autonómica), por lo que estaría justificada la inaplicación del art. 17 LPHE (conjuntos históricos). La norma valenciana podrá ser discutida, sin embargo, en otros supuestos de entorno de conjuntos históricos, a los que no alude tampoco en este supuesto de delimitación en la tramitación de conjuntos históricos, pero en este caso deberá resolverse a favor de la determinación establecida en el art. 17 LPHE. Otra regulación de las comunidades autónomas sí ha precisado la delimitación del entorno ya desde la incoación del BIC¹⁰.

Los tribunales, además, aprecian cómo *la delimitación del entorno en todo caso debe estar motivada* pues se trata de ejercicio de competencias discrecionales (esto es, como margen de decisión que el legislador reconoce a la Administración) y será controlada jurisdiccionalmente, y eventualmente anulada por su insuficiencia, como determina la STSJ de Extremadura de 21-6-2001 (rec. núm. 2170/1997). El Tribunal estima que la delimitación del *entorno* es un “concepto jurídico indeterminado” frente a la discrecionalidad, recogien-

concurran ante cualquier actuación que pudiera considerarse lo altera... En suma y por lo que al caso de autos se refiere, no es que como entiende la Administración regional, la existencia de un Bien Patrimonial legitime la actuación en su entorno, sino que la misma declaración de Monumento en concreto, comporta una delimitación de su entorno que tiene el mismo régimen de protección; no se protege el entorno por el Monumento sino que en la protección de éste ya va incluido y delimitado y con el mismo régimen de protección. Y si ello es así, no se aduce por la Administración Autonómica que el concreto solar donde se ejecutaban las obras estuviese delimitado como entorno de la iglesia, por lo que no podía actuarse las potestades de protección... Y es que, en definitiva... el entorno es consustancial al “Monumento”...” (FD 4.º Sentencia citada).

El art. 7. 4, b) LPHIB; arts. 40. 4 y 41, b) del RPCCyL.

do así la terminología del Tribunal Supremo, a su vez procedente de la tesis doctrinal que diferencia el supuesto de discrecionalidad (en el que los tribunales sólo pueden anular pero no sustituir la decisión que corresponde según el legislador a la Administración que debe elegir entre un haz de posibles soluciones, de forma que el poder judicial no es competente para realizar tal elección), y el de los “conceptos jurídicos indeterminados” en los que se podría anular y además sustituir la decisión errada, pues sólo existiría una única solución¹¹, lo que hace concluir al Tribunal, que, en estos casos de conceptos jurídicos indeterminados con una única solución, el deber de motivación resultaría de especialísima transcendencia. La Administración debe justificar la delimitación física. Sí se debe advertir que el caso resuelto por la Sentencia citada del TSJ de Extremadura de 21-6-2001 es peculiar porque ya se habían producido anteriores anulaciones en la declaración del BIC que exigía una menor superficie y el Tribunal entiende que la delimitación propuesta nuevamente con la misma extensión del *entorno*, pretende soslayar los anteriores pronunciamientos judiciales, pues a su juicio una reducción del BIC debería llevar consigo la de su *entorno*. Esto es lo que posiblemente hace que el Tribunal esté más atento al deber de motivación en la delimitación del *entorno*¹².

En el ámbito del patrimonio histórico *vid.* M^a R. ALONSO IBÁÑEZ: “Normas materiales de ordenación urbanística. A propósito de las remodelaciones urbanas en conjuntos históricos”, en el *Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, 2000, Sosa Wagner dir., pp. 3323-3339, en concreto p. 3326.

El Tribunal se refiere a la necesidad de motivación en los términos siguientes:

“Y es que, en definitiva, con la protección extendida al entorno del monumento lo que se pretende es el mantenimiento de las condiciones arquitectónicas que permitan mantener las características del inmueble, evitando la alteración que comportaría la existencia de elementos aledaños que perjudicaran la estética o la contemplación del mismo, como se descubre en el artículo 19. 2.º de la Ley del Patrimonio. Por ello la finalidad de la actividad administrativa exigida debe estar encaminada a esa concreta finalidad, de tal forma que no nos encontramos con potestades administrativas discrecionales en que la Administración pueda optar entre varias soluciones, todas ellas válidas en Derecho, sino ante un concepto jurídico indeterminado (así lo declara la STS 21-11-2000) que la Administración deberá integrar mediante el justo equilibrio entre la salvaguarda del Bien a proteger y la fuerte limitación que la declaración comporta para los propietarios colindantes con el mismo, que se ven afectados en su patrimonio en justificación del interés general que la declaración supone. Por ello adquiere una especialísima transcendencia para el control de la decisión administrativa su motivación que permitirá controlar el acierto, y por ello la legalidad, de la solución adoptada” (FD 3.º Sentencia citada).

Y concluye en el caso concreto con una crítica a la justificación del *entorno* en el informe del Jefe de Servicio de Patrimonio Histórico Artístico que refiere la inexistencia de normas que indiquen parámetros para delimitar *entornos*, lo que, a juicio del Tribunal:

En definitiva, la declaración de los *entornos* debe contenerse en la declaración del BIC a tenor de la regulación vigente desde 1985 (art. 11. 2 LPHE), si bien en atención a legislación específica de las comunidades autónomas, es factible que se lleve a cabo en una resolución posterior pero con el mismo procedimiento que el de declaración de BIC.

b) Zona de amortiguamiento en las ciudades patrimonio de la humanidad

La delimitación de un *entorno* o del conjunto histórico con base en la regulación estatal y de las comunidades autónomas no tiene por qué coincidir, respectivamente con la declarada o con su *zona de amortiguamiento*, en la ciudad Patrimonio de la Humanidad¹³, declarada conforme a la *Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural* (París, 1972), pues son textos independientes, como se indica en las *Directrices Prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial*¹⁴. La Convención de 1972 prevé además la eventual declaración en ausencia de *zona de amortiguamiento* si se justifica por qué no es necesaria (directriz 106) y la modificación de esta *zona*, previa aprobación del Comité del Patrimonio Mundial (directriz 107).

“... no contiene una sola razón técnica que aconseje mantener el entorno en la forma que se recogía en el anterior Decreto, pues... serán las circunstancias de cada supuesto las que impondrán, desde el punto de vista de las exigencias que la norma impone, esa zona de protección contigua al monumento, pero avaladas por razones físicas que aconsejen la protección, razones que se echan de menos en el informe que se menciona...” (FD 3.º Sentencia citada).

También hay que destacar una argumentación previa en este Fundamento de Derecho 3.º de la Sentencia citada. El Tribunal recuerda la obligatoriedad de declarar el entorno del BIC, como ya se ha analizado aquí *supra* en otros casos, y parte en primer término de la necesidad de que en ese caso de monumento BIC, el plan especial de protección del área afectada armonice no sólo el bien afectado por la declaración sino también su entorno “mediante una previsión de la zona en su globalidad”. Esta original afirmación que impone un *plan especial global para el BIC y su entorno*, resulta relevante, pero tal vez deba ser circunscrita al supuesto que trata, al entorno de un bien singular, monumento, como en este caso, o jardín, o sitio, todos BIC, pero tal vez no aplicable a otras figuras como pueda ser la del entorno del conjunto histórico BIC o zona arqueológica BIC, que podrían ser objeto de planes especiales diferenciados, que abarquen la totalidad del *conjunto*, o de un solo plan especial.

Alcalá de Henares, Ávila, Cáceres, Cuenca, Ibiza, Mérida, Úbeda y Baeza, Córdoba, el Albaicín en Granada, Salamanca, Santiago de Compostela, San Cristóbal de La Laguna, Segovia, Tarragona, Toledo.

De acuerdo con la directriz 102: “los límites del bien propuesto podrán coincidir con una o varias zonas protegidas existentes o propuestas, como un parque nacional, una reserva natural

II. ACTUACIONES URBANAS PREVIAS A LA APROBACIÓN DE PLAN ESPECIAL DE PROTECCIÓN

La segunda de las cuestiones trata de precisar las posibilidades de sustitución de inmuebles y modificación de alineaciones antes de la aprobación del plan especial de protección¹⁵, tanto en el *conjunto* como en su entorno, y en especial, la coordinación de competencias necesaria.

a) Sustitución de inmuebles y alteración de la edificabilidad o de las alineaciones en conjuntos históricos sin plan especial

En principio las remodelaciones urbanas sólo se realizarán de acuerdo con el art. 21. 2 LPHE a través del plan especial de protección, y hasta su aprobación definitiva, como preceptúa el art. 20. 3 LPHE, en todo caso, *no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones*, como reitera en general la legislación de las comunidades autónomas¹⁶, salvo el art. 35 de la Ley del Patrimonio Cultural (en adelante LPC) de Cataluña (Cat) LPCCat, el art. 12 LPHC-LM (Castilla-La Mancha), art. 31 LPHAnd y la legislación valenciana (art. 39).

o una reserva de biosfera o un barrio histórico protegido. Si bien estas áreas de protección pueden abarcar varias unidades de gestión, es posible que sólo algunas de esas zonas cumplan los criterios de inscripción”.

Sobre los efectos de la declaración de BIC y en la fase previa a la aprobación del plan especial, *vid.* M. BASSOLS COMA, “Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos”, *Revista de Derecho Urbanístico* n° 118, 1990, pp. 13-51, en concreto, pp. 36-39.

En los mismos términos prohibiendo la alteración de alineaciones y de edificabilidad sin plan especial, el art. 37. 2 LPHIB, art. 46. 2 Ley 3/1999, 10 de marzo, del Patrimonio Cultural Aragonés, LPCAr; art. 56 LPCAst; art. 64. 1 LPCCant; art. 42. 4 LPCCyL; art. 53. 1 LPCHARio; art. 46. 1 LPCMur; art. 37. 2 LPCNa; art. 34. 2 LPHCanar; en términos más amplios el art. 42. 1 LPHEx, prohíbe obras que afecten a la armonía del *conjunto* en tanto no se apruebe el plan de protección, que a mi juicio, en todo caso debe incluir la inalterabilidad de alineaciones, edificabilidad, rasantes o volumen, en la extensión del art. 20. 3 LPHE, como en buena redacción establece el art. 47. 1 LPHGa; el art. 33 LPHMa excluye la alteración de edificabilidad y alineaciones en *conjuntos* y, expresamente, en sus entornos, sin plan especial aprobado. El art. 12 LPHC-LM resulta insuficiente: sólo determina el contenido de conservación de los *conjuntos* en los planes especiales.

Los casos de Castilla–La Mancha, Cataluña y Andalucía, se podrían tratar, a mi juicio, como mera laguna legal, en cuanto no han previsto la situación previa a la aprobación de plan especial. Si se diera tal supuesto, se debería aplicar directamente el art. 20. 3 LPHE, para los *conjuntos*, y excluir tal cautela para los *entornos*, ante la falta de previsión. Hay que prestar atención a estos preceptos de la Ley de Patrimonio Cultural de Valencia LPCVa, que sí ha determinado expresamente la situación previa a plan especial, remitiéndola materialmente a la misma regulación que la del plan especial, aunque mediante autorización de la Comunidad. La permisiva LPCVa (a mi juicio inconstitucional en este punto), en su art. 35. 2, en ausencia de plan especial de protección, remite a la autorización del Departamento de Cultura que actuará de acuerdo con los arts. 38 y 39 LPCVa, esto es, los preceptos sobre el contenido e intervenciones conforme al plan especial¹⁷. Estos preceptos de las leyes castellano–manchega, andaluza, catalana y valenciana, a mi juicio, deben ser aplicados conforme al art. 20. 3 LPHE en estos supuestos de remodelaciones previas a la aprobación de plan especial, que implican un riesgo de pérdida de valor del *conjunto* antes del estudio y determinación que se articula a través del planeamiento especial. A la vista de este artículo, de la lectura conjunta del art. 35 LPCCat, art. 12 LPHC–LM, art. 31 LPHAnd, y arts. 35. 2 y 39. 2 LPCVa, en cada caso en relación con el art. 20. 3 LPHE, no parece admisible la modificación de alineaciones antes de la aprobación del plan especial de protección (o instrumento de planeamiento equivalente). La aplicación del art. 20. 3 LPHE a estos supuestos a mi juicio no resulta discutible, tampoco en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que insiste en la prohibición establecida en el art. 20. 3 LPHE de modificar alineaciones en *conjuntos* sin plan especial (STS 2–2–2000), y constituye norma de aplicación directa por los Ayuntamientos (STS 4–10–2001), sentencias que se exponen *infra* a).

En el otro supuesto, de sustitución de inmuebles antes de que se apruebe plan especial, el legislador estatal no se pronuncia. De esta imprevisión respecto a las demoliciones de inmuebles, no se deduce, a mi juicio, una prohibición. Al contrario, las normas de las Comunidades han determinado tal posibilidad, con independencia de que exista o no previo plan especial de protección¹⁸, incluso

En concreto el art. 39. 2, prevé la modificación de alineaciones y edificabilidad.

Arts. 31. 2,a) y 38 Ley 14/2007 del Patrimonio Histórico Andaluz, LPHAnd; art. 59 LPC–Cant; art. 40 LPCCyL; art. 45 LPCHARio; art. 36 LPCMur; art. 31 LPCNa; art. 36 LPCPV; art. 35 LPHEx; art. 41 LPHGa; art. 58 LPHCanar expresamente a falta de plan especial se podrá autorizar el derribo por el Departamento de Cultura; y art. 32. 2 LPCCat.

en casos de normas que al tiempo reiteraban los términos de la legislación estatal. De hecho, la redacción del art. 20. 3 LPHE prohibiendo expresamente la alteración de alineaciones, agregaciones o modificación de edificabilidad, permite, a contrario, tales sustituciones de inmuebles aun sin plan especial siempre que cumplan tales limitaciones, como han determinado las comunidades autónomas¹⁹.

La jurisprudencia, que se va a comentar, ha sido bastante cauta a la hora de autorizar demoliciones si no existe plan especial aprobado, y ha llegado, incluso, a negar tal posibilidad aunque contara con autorización firme de demolición de la Comunidad, en los casos en que se impugnó licencia municipal para realizar nueva edificación cuando suponía incremento de la edificabilidad existente y en consecuencia vulneraba el art. 20. 3 LPHE. Estas sentencias sí permiten la sustitución si no suponen incremento de edificabilidad en aplicación inmediata de la prohibición del art. 20. 3 LPHE. En todo caso, la jurisprudencia, ante la sustitución de inmuebles, alude al carácter restrictivo de las intervenciones anteriores a la aprobación de plan especial, lo que deriva en una motivación adicional. La regulación define un régimen jurídico de protección cautelar más intenso en tanto no se cumple la obligación de aprobar el planeamiento especial, esto es, se debe respetar el régimen general de intervenciones en los *conjuntos* (*infra*) y además, cautelarmente, se prohíbe la afcción de las alineaciones y edificabilidad.

En primer término, se admite la sustitución excepcional de inmuebles en conjuntos sin plan especial aprobado, previa autorización de la Comunidad, siempre que no suponga alteración de edificabilidad. En este sentido alguna Sentencia confirma las limitaciones que impuso la Comunidad. Con base ya en la nueva regulación de la LPHE, y conforme al relato de hechos de la STS de 2-2-2000 (rec. n° 9472/1992), la *Comisión Territorial de Patrimonio Histórico* impuso en la construcción de un inmueble la limitación de altura a planta baja, tres altas y ático retranqueado sin respiraderos ni sobreático, resolviendo a favor de tales limitaciones²⁰.

Además en estos casos de demolición, como en cualquier intervención previa a plan especial, se requiere la doble autorización (por todos, art. 20. 3 LPHE), local y de la Comunidad o, en su caso, Isla, lo que requerirá atender problemas de articulación de ambas competencias, aquí *infra* c).

Primero, en su FD 2.º se relata cómo la sentencia de instancia considera que aún así se produce alteración de edificabilidad por lo que debiera haberse denegado la autorización, lo que no pudo resolver la sentencia para no incurrir en *reformatio in peius*. Posteriormente el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el fondo en el Fundamento de Derecho 5.º de forma bastante contundente:

“... A tal respecto, debe recordarse que el citado art. 20 de la Ley 16/1985 obliga a los municipios afectados a redactar un plan especial de protección u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística; y en su párrafo 3 dispone... En el presente caso

Antes del plan especial la comunidad autónoma sí puede obligar a conservar la fachada, y ello al margen de la declaración municipal de ruina (técnica y económica ya producida), como recoge el pronunciamiento STSJ de Castilla y León 26-11-2004 (rec. n.º 440/2003), en la que además se prevé de nuevo para otros casos que la precisión de la autorización favorable de la administración en materia de patrimonio histórico se dará “hasta que no se aprueba el plan especial” y en tanto esto no se produce *las posibilidades de intervención sobre los inmuebles son mínimas*, recogiendo argumentación de la STS 26-10-1999 en la que se funda, y, en concreto, es razonable en este caso la obligación autonómica de respetar la fachada (STSJ de Castilla y León 26-11-2004 citada, en su FD 3.^o21).

Si esta STSJ de Castilla y León de 26-11-2004 sí permite la demolición al menos parcial del inmueble declarado en ruina con los condicionamientos impuestos en el informe de la comisión competente de la comunidad autónoma, hay una sentencia con pronunciamientos más contundentes en que la interpretación estricta del art. 20. 3 LPHE llevaría a la prohibición en general de sustitución de edificios, aunque los datos del caso contenidos en la Sentencia son insuficientes para poder calificarlo como mera sustitución de inmueble o supuesto en el que además, como parece lógico que debiera ser, se altera la edificabilidad. Así en la STSJ de Cantabria de fecha 5-9-1997 (rec. n.º 1501/1995), se impugna la licencia mu-

las actuaciones evidencian: que el proyecto de edificio está situado en zona protegida; que supone una alteración de las alineaciones existentes; y que no [ha] sido aprobado ningún «instrumento de planeamiento» de los previstos en la legislación urbanística que pueda ampararlo. Por lo cual, resulta claro que los Acuerdos impugnados se han producido con toda corrección legal, sin que se advierta razón que autorice a invalidarlos”.

A contrario, el pronunciamiento de esta Sentencia parece amparar la modificación de alineaciones con plan especial de protección del *conjunto* pero este *obiter dictum* incluye una cuestión más prolija que se comenta *infra* III.

Primero el Tribunal recoge la consabida jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la declaración de ruina, que no determina la demolición en el caso de los bienes de interés cultural, en tanto no se haya otorgado la autorización de la Comunidad, que puede imponer la conservación en atención al interés general en defensa del patrimonio cultural. Esta argumentación lleva a admitir expresamente la demolición de inmuebles declarados –también, por tanto, en ausencia de plan especial de protección– siempre que obtuvieran la autorización del órgano con competencias en materia de cultura (FD 3.^o). Y en este caso concluye (en el mismo FD 3.^o), ya en referencia a la situación previa a la aprobación de plan especial y la posibilidad de que se impongan obligaciones de conservación con base en la doctrina citada, que la obligación de conservar la fachada se derivaría del mismo art. 20. 3 LPHE, que al prohibir la alteración de alineaciones, edificabilidad, parcelaciones o agregaciones, que evidentemente también vinculan al Ayuntamiento, impediría la demolición integral (en tanto se aprueba el plan especial).

nicipal que autoriza la demolición en conjunto histórico sin plan especial (al parecer según los pocos datos recogidos en la Sentencia, se trataría de una licencia de demolición parcial, reforma y reposición), que además contaba con autorización del órgano competente en patrimonio histórico de la comunidad autónoma. Esta sentencia se enfrenta en primer lugar a la alegación en contra del titular de la licencia que la consideraba inimpugnabile en cuanto se trataba de una cuestión de patrimonio histórico competencia de la Comunidad cuya autorización no fue impugnada. El Tribunal, sin embargo, con base en otra STSJ de Cantabria anterior de 13-6-1994, considerando que, a pesar de que si se hubiera denegado la autorización de la Comunidad, el Ayuntamiento hubiera debido denegar a su vez la licencia, y si fuera otorgada, como en el caso, el Ayuntamiento sólo podría denegarla por motivos urbanísticos, resuelve que bastaría con la audiencia a la Comunidad (aunque la autorización no se impugnara) para que la Sala pudiera evaluar “la conformidad a Derecho de la resolución adoptada, en la medida en que su enjuiciamiento sea determinante del examen de fondo relativo al otorgamiento de la licencia” (FD 7.º *in fine*). Tal STSJ de Cantabria de 13-6-1994 estima además (*obiter dictum*) que la autorización autonómica podría haber sido objeto de impugnación ya que “conceptuado o no como acto de trámite dentro del procedimiento municipal de concesión de la licencia, está sujeto a revisión jurisdiccional plena y completa, por aplicación del art. 106. 1 de la Constitución”. En ausencia de plan especial, de acuerdo con la STSJ de Cantabria 5-9-1997, citada, la capacidad de decisión de la Administración urbanística ha de ser necesariamente más restrictiva, sin que se admitan licencias que justifiquen la pérdida de valores protegidos²². Y sólo se podrán autorizar intervenciones que (previa evaluación y motivación) contribuyan a la mejora o conservación del conjunto²³.

“De acuerdo con estos postulados, la interpretación teleológica que cabe hacer respecto del ámbito material autorizatorio que constituye la potestad de la Administración competente, en materia de ejecución de obras de construcción, rehabilitación, demolición u otras que afecten o se proyecten sobre los bienes catalogados, ha de ser forzosamente restrictiva, pues la ausencia del Plan Especial, justificadora de aquella intervención inserta en el procedimiento de licencia, no puede justificar la pérdida, deterioro o destrucción de valores constitucionalmente protegidos, ni otorgar o consentir actuaciones que no serían lícitas si el Plan se hubiera aprobado. En suma, la falta del Plan Especial no amplía la esfera de decisión de la Administración ni ensancha las facultades, ni las hace más discrecionales, que tiene para controlar y ordenar la actividad de los particulares potencialmente afectante al campo de los bienes culturales protegidos. Antes al contrario, el régimen legal que taxativamente impone la propia Ley de 1985, la cual, además, ha de ser interpretada en términos estrictos y garantizadores de la satisfacción de los fines que la inspiran, implica una restricción material de aquellas facultades. (FD 12.º).”

“A las claras se aprecia que, en tanto no se apruebe el Plan Especial, las posibilidades de intervención en los inmuebles integrantes del conjunto son mínimas, y sólo pueden consentirse,

Si la sustitución implica incremento de la edificabilidad será anulada la licencia que le dé cobertura aun con autorización de la Comunidad. En la jurisprudencia se han expuesto diversos casos de alteración de edificabilidad, que se prohíben con base en el art. 20. 3 LPHE. Un supuesto que merece mayor detenimiento es el de la STS de 29-1-2002 (rec. n.º 8886/1997), que confirma una STSJ de Cantabria anulando la licencia para construir edificio que alteraba la altura, volumen y ocupación en planta del anterior. En el recurso ante el Supremo, se alega, erróneamente a mi juicio con base en el art. 21. 3 LPHE, que se trataría de una sustitución excepcional en que no se contienen restricciones respecto al volumen o edificabilidad sino sólo a las alineaciones (FD 2.º).

El error está, a mi juicio, en que tal precepto alegado en el recurso (art. 21 LPHE) define el supuesto de intervenciones en *conjuntos* con plan especial aprobado, en cuyo caso, sí es factible (como se verá *infra*, III) la sustitución con alteración de volúmenes, edificabilidad e incluso de alineaciones, pero precisamente mediante un plan especial, circunstancia que no parece que concurra en el caso. Según mi criterio, el caso debería subsumirse exclusivamente en el supuesto del art. 20. 3 LPHE, en el que, como se analiza, no es admisible la alteración de edificabilidad o volumen (además de prohibición de modificar alineaciones que en el caso no parecían afectadas). El Tribunal Supremo (FD 3.º) no entra en esa delimitación de supuestos pero confirma la sentencia de instancia que constató la modificación de altura, volumen y ocupación²⁴.

siempre que no transgredan las prohibiciones fijadas en los preceptos transcritos, previa evaluación y motivación, que deviene un requisito fundamental, de que la actuación singular se encamina a la conservación o mejora del Conjunto. Con carácter general, pues, debe afirmarse, rotundamente, que el espacio comprendido por la declaración de Conjunto Histórico de El Sardinero, no es lícito, en modo alguno, mientras no se apruebe el reiterado Plan Especial, la realización de demoliciones, ni siquiera parciales, de los edificios singulares que integran el conjunto, aunque no posean una declaración especial o singular.

Tampoco se pueden permitir, en los términos ya vistos, las alineaciones nuevas y las alteraciones en la edificabilidad”. (FD 14.º).

En el caso, además se produce la aprobación posterior del plan especial, pero según el Tribunal esto no afectaría a la declaración de nulidad de la licencia municipal, sino a la posible legalización de las obras (FD 18.º).

“SEGUNDO... La entidad Atan, SA en su primer motivo contempla la infracción del artículo 21.3 de la Ley de Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 –LPHE (RCL 1985\1547; 2916 y ApNDL 10714)–. En esta norma se aprecia claramente que la finalidad de la declaración de esos Conjuntos Históricos es el de mantenerlos en su estado actual, de tal modo que se conserve así con la mayor fidelidad posible la estructura urbana y arquitectónica exis-

Además, esta prohibición de alteración de alineaciones y de edificabilidad, de parcelaciones y agregaciones hasta la aprobación de plan especial del *conjunto* es norma de aplicación directa por el propio Ayuntamiento, como determina la STS de 4-10-2001 (rec. n.º 1620/1997), que permite así el control de la licencia para construir un edificio de veinte viviendas y garajes “en un entorno declarado Conjunto Histórico Artístico” de Santander a pesar de que contaba con resolución favorable del órgano competente autonómico en patrimonio histórico, que no había sido impugnada. El Tribunal afirma la aplicabilidad directa del art. 20. 3 con base en otra STS de 23-11-2000 (FD 2.º) y concluye declarando la nulidad de la licencia y la demolición del edificio.

En este contexto la STSJ de Illes Balears de 4-2-2009 (rec. n.º 140/2008), enjuicia la legalidad de una licencia (una vez demolida una casa payesa, *Ses Castellones*, con autorización del *Consell Insular*), en conjunto histórico sin plan especial aprobado, para construir un centro comercial con incremento notable de la edificabilidad (4.133,26 metros cúbicos frente a los 614 de las edificaciones existentes). La Sentencia se pronuncia en términos similares a la STS 4-10-2001 y de la STSJ de Cantabria 5-9-1997, citadas, y se centra en la interpretación del art. 37. 2 LPHIB, con contenido similar al estudiado del art. 20. 3 LPHE.

En primer lugar el TSJ Illes Balears, considera (FD 2.º) que la declaración de *conjunto* con posterioridad a la redacción de las Normas Subsidiarias hubie-

tente en el conjunto, manteniéndose las características de su entorno ambiental, y por ello, precisamente, constituye una excepción a esa regla general de mantenimiento de los edificios en su estado originario, la posibilidad de sustituir tales inmuebles, aun cuando fuese parcial esa sustitución, comprendiendo sólo la sustitución de algún elemento del edificio, y desde luego, siempre que tal sustitución contribuya a la conservación general del carácter del conjunto, y con el mantenimiento a rajatabla de las alineaciones preexistentes.

TERCERO.- El referido precepto, en definitiva, persigue como finalidad primaria la conservación de los inmuebles existentes en el área territorial comprendida en la declaración de Conjunto Histórico, conservando así el sabor urbanístico tradicional de esa zona, y sólo autorizando la edificación sustitutoria o parte de ella, cuando precisamente no se pierda ese entramado cultural-urbanístico-ambiental.

Claro está que todos esos conceptos constituyen, por su propia naturaleza, conceptos jurídicos indeterminados, con frecuencia de no fácil plasmación y reconocimiento nítido.

En el supuesto aquí planteado, la sentencia recurrida, al valorar la prueba pericial, llega a la conclusión que el proyecto de obra, objeto de la licencia, tiene mayor altura, volumen y ocupación en planta, siendo expresivo, como en el supuesto de las alineaciones, del incumplimiento de las limitaciones impuestas por la LPHE... Procede, pues en virtud de lo expuesto, la desestimación del motivo”.

ra debido suponer la adaptación de éstas, en su caso a través de la redacción de plan especial o modificación en este caso de las Normas Subsidiarias, de conformidad con la literalidad del art. 36. 1 LPHIB. Y la omisión de tal obligación no supone que el Ayuntamiento sólo deba considerar tal planificación urbanística. En consecuencia el Tribunal no se limita a analizar el contraste de la licencia con las Normas Subsidiarias sino con la LPHIB. En este sentido el TSJ Illes Balears va a declarar primero que la autorización del *Consell* es firme (FD 4.º *in fine*), por lo que a esta no le afectará el fallo, pero estudia la legalidad de la licencia municipal, y ello porque, siguiendo la argumentación anterior, considera (FD 2.º, apdo. 7.º) aplicable directamente al Ayuntamiento la prohibición de intervenir en el *conjunto* de conformidad con el art. 37. 2.º LPHIB. De ahí que el Tribunal observe si se cumple en primer lugar la exigencia de que la sustitución contribuya a la conservación general del *conjunto* (del art. 39. 2 LPHIB, que cita en referencia al art. 41. 2 por error o conexión material, FD 2.º, apdo. 6.º) y concluye que “no consta en modo alguno motivación técnica” que lo explique.

Seguidamente el Tribunal se pronuncia (FD 3.º) sobre la interpretación del art. 37. 2 LPHIB (prohibición de modificar alineaciones, alterar la edificabilidad, o realizar agregaciones o parcelaciones, en *conjuntos* sin plan especial aprobado) al caso. Y lo más relevante al respecto va a ser la desestimación de la alegación del Ayuntamiento en el sentido de que la interpretación acerca de que tal inalterabilidad vendría referida a la *edificabilidad prevista* en las Normas Subsidiarias pero no a la *existente*. Y ello, esencialmente, porque, según el Tribunal esa misma cautela respecto a la edificabilidad está precisada para las alineaciones “existentes” en el art. 39. 3 PHIB (FD 3.º, 3), ya que en la medida en que no existe plan especial aprobado será necesaria, como también se ha expuesto *supra*, una interpretación restrictiva (FD 3.º, apdos. 4.º, 5.º y 6.º), y porque según ese criterio vendría referido a las *alineaciones existentes* en la STS 27-3-2007 con base en el art. 20. 3 LPHE (FD 3.º, apdo. 7.º) y no a las *previstas* en el planeamiento urbanístico.

La necesidad de observar el caso desde la LPHIB y no sólo con base en las Normas Subsidiarias que no se habían adaptado a esa, no representa ninguna novedad de esta sentencia. Lo cierto es que difícilmente se podría justificar lo contrario, esto es que el planeamiento urbanístico, de naturaleza reglamentaria, pudiera en algún caso vulnerar lo establecido en una Ley (LPHIB o LPHE), por lo que es esta una premisa básica del ordenamiento jurídico, el principio de jerarquía normativa y la nulidad en cuyo incumplimiento deriva, como establece hoy el art. 62. 2 LRJ-PAC, o en argumentación paralela, tampoco sería admisible que un acto administrativo (licencia) vulnerara lo establecido en la LPHIB y

permitiera adquirir derechos sin los requisitos legales o frente a prohibiciones expresas (art. 62. 1 LRJ-PAC). La vinculación al Ayuntamiento de las prescripciones de la LPHE y LPHIB es indiscutible, como recordó la STSJCyL, citada, 26-11-2004, en su FD 3.º, o como se derivaba de la declaración de nulidad de la licencia municipal de la STS 29-1-2002, citada, o expresamente de nuevo en la mencionada STS 4-10-2001 (FD 2.º), con base en la STS 23-11-2000.

b) La modificación de entornos previa a plan especial

En los *entornos* delimitados en la declaración regirá la exigencia de autorización como en el resto del *conjunto* (art. 20. 3 LPHE), sin que la regulación estatal precise otro régimen cautelar específico para los entornos, lo que sí puede haber sido objeto de regulación de las Comunidades. La ausencia de mayor precisión podría llevar a una interpretación precipitada: conforme a la LPHE sería igualmente posible la sustitución de inmuebles en tanto se respetaran las cautelas mencionadas, esto es, que no alteraran la edificabilidad ni las alineaciones, de forma paralela al régimen jurídico de los *conjuntos*. *Prima facie*, al igual que en el supuesto de los *conjuntos*, cabría interpretar que ante la ausencia de especificidad en el ámbito de los *entornos*, a estos se les deberían aplicar las prohibiciones generales que de forma cautelar se han establecido para los *conjuntos*, esto es, se debería respetar no sólo el régimen general (en los *entornos*, protección de la perspectiva visual del *conjunto*, *infra*) sino que además de forma más estricta se prohibiría la afección de las alineaciones y edificabilidad.

Efectivamente algunas Comunidades tampoco han detallado este supuesto²⁵ (salvo art. 33 LPHM que expresamente establece la misma protección pa-

Así en el art. 34.2 LPHCanar; en los arts. 41 y 42 LPHEx; arts. 46 y 47 LPHGa; o art. 28. 2 y 29. 1 LPCPV; el art. 37. 2 LPHIB, que no han excluido expresamente a los entornos de la regulación cautelar, en ausencia de plan especial. El art. 41 LPHIB regula las intervenciones tanto en *conjuntos* (apdo. 2 del art. 41) como en el entorno (art. 41. 3). Similar lectura se debe hacer de los arts. 42. 4 y 38 LPCCyL, que, respectivamente, han determinado la prohibición general y el régimen de intervenciones en *conjuntos* (apdo. 1 del art. 38) y del entorno (apdo. 2 del art. 38); o en los arts. 53. 1 y 43. 8 LPCHARio; o arts. 37. 2, 38, 39 y 40 LPCNa. La misma declaración genérica preceptúa el art. 46. 2 LPCAr, que si bien concreta la doble autorización para los entornos (arts. 35. 2 y 36.2 LPCAr, entre otros) no ha concretado en un precepto específico las intervenciones en *entornos*. Tampoco hay precisión respecto al entorno en los genéricos arts. 35. 2 y 39. 2 LPCVa, que como ya se ha comentado es más permisiva en general en el *conjunto* de forma previa a la aprobación del plan (como ya se ha señalado, de forma contraria al art. 20. 3 LPHE), ya que decide el *Consell*. La LPCMur sólo se refiere a los entornos de los monumentos (art. 42 entre otros), lo que puede llevar a pensar que no hay declaración de entornos o, por aplicación directa de los arts. 11. 2 y 17 LPHE, seguirán el mismo régimen que los *conjuntos*.

ra el entorno que para el BIC²⁶), aunque en otras se ha concretado la prohibición para las zonas delimitadas como *conjuntos* pero no para sus *entornos*, donde será necesaria la autorización de la Comunidad en tanto se apruebe el plan pero sólo se controla si afecta a la contemplación del *conjunto*²⁷.

En este sentido debe interpretarse la STSJ de C. Valenciana de fecha 4-11-2002 (rec. n.º 1660/2002), que anula la denegación por la comunidad autónoma de la autorización para la construcción de hotel y aparcamientos en zona al parecer de entorno de monumento histórico (presupongo que sin alterar edificabilidad o alineaciones), en primer lugar (FFDD 7.º, 8.º, 12.º y 13.º) al considerar que la Comunidad no puede en su autorización denegar meramente con base en el planeamiento urbanístico (ya que esta sería una competencia que sólo podría controlar el Ayuntamiento a través de la licencia municipal), y en segundo lugar, porque desestima la apreciación de que concurre la afección o impacto visual del monumento. A juicio del Tribunal, tal materia (que en este caso sí es objeto de competencia del órgano de protección del patrimonio cultural autonómico), no es de ejercicio discrecional como alegó la Comunidad, sino que son actos reglados que interpretan un concepto jurídico

El art. 17 LPHMa declara la misma protección para el entorno que para el BIC, si bien en los arts. 30 y 32. 2 se determina una gradación en la protección y en el segundo una protección del entorno en tanto impida la visualización o suponga alteración geomorfológica, en el mismo sentido que el art. 41. 3 LPHIB.

Parece que el origen de esta interpretación podría encontrarse en la LPCCat: no se especifica esta prohibición cautelar tampoco para los *conjuntos* y sólo se determina como prohibición general o criterio de intervención en los *conjuntos* (art. 35. 2 LPCCat) la alteración de alineaciones y edificabilidad salvo cuando mejore la conservación del *conjunto*, y en el art. 35. 3 LPCCat respecto a los *entornos*, se establece su protección en cuanto afecte a la visualización o a su geomorfología. Es decir, en Cataluña, parece aplicarse el mismo régimen antes o después del plan especial, y con protección diferenciada para los *conjuntos* y sus entornos, en ambos supuestos, por lo que en los entornos ni en los *conjuntos* se aplica esta cautela, aunque en el caso de los *conjuntos*, como se ha dicho, resulta de aplicación directa la prohibición del art. 20. 3 LPHE. En regulación posterior de otras Comunidades, aunque sí establezcan la prohibición cautelar del art. 20. 3 LPHE de no afectar a alineaciones o edificabilidad en *conjuntos* sin plan especial, se excluye para los entornos: así el art. 56 LPCAst; el art. 52 LPCAnt que determina las actuaciones anteriores (apdo. 1) y posteriores (apdo. 4) al plan especial, y en aquel caso previa autorización del Departamento de Cultura que determinará los criterios y condiciones de la intervención.

indeterminado (FFDD 16.º a 32.º), de cuya aplicación por la autorización de la Comunidad discrepa el Tribunal, y en consecuencia anula²⁸.

Las determinaciones de las normas de protección cultural de Cantabria, Asturias y Murcia, sin embargo, sí resultan, a mi juicio, esclarecedoras, no sólo para estas Comunidades, sino para integrar adecuadamente el silencio legal²⁹: *posiblemente, en ausencia de mayor precisión, no tiene por qué deducirse que en los entornos se aplique sin más la prohibición provisional de afectar a la edificabilidad o alineaciones de los conjuntos sin plan especial. Tal cautela, según mi criterio, es sólo una determinación específica para las zonas delimitadas como conjunto. Carece de sentido su extensión a las zonas delimitadas como entorno para las que no exista a priori una protección de su estructura si no afecta a la contemplación del conjunto o alteración grave de la geomorfología de la zona*³⁰ que sea causa de su declaración. Sólo en el art. 33 LPHM hay una extensión de la prohibición cautelar respecto a los entornos, por lo que evidentemente se estará a lo establecido expresamente en este precepto, que excluye mayor interpretación. Esta medida provisional de la legislación de la Comunidad de Madrid que impide la modificación de alineaciones, rasantes, parcelaciones o edificabilidad, se recuerda en la STS 18-12-2002, citada, que conoció del recurso frente al proyecto de ampliación del Museo del Prado en el atrio de los Jerónimos. El Tribunal, de forma muy discutible, considera que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2-10-1998 (competente en cuanto se trataba de monumento de titularidad estatal, dada su gestión por la Administración del Estado en virtud de convenio celebrado entre el Ministerio de Educación y Cultura y la Archidiócesis de Madrid), no vulnera tal limitación ya que el mismo “ordena la iniciación del procedimiento de revisión del planeamiento” (FD. 11-º), lo que determinaría, a juicio del Tribunal, el cumplimiento de la Ley, pues “es suficiente aprobar los instrumentos de planeamiento urbanístico que

El art. 39. 3 LPCVa establece en concreto las determinaciones del plan especial para el entorno de monumentos.

No se trata de hacer una interpretación de la norma estatal conforme a la regulación de las Comunidades aplicable a las que carecen de mayor precisión, sino de utilizar la argumentación lógica que el legislador de las Comunidades de Cantabria, Asturias y Murcia ha determinado en el marco del art. 20. 3 LPHE.

Como concretan los arts. 35. 3 LPCCat, 32.2 LPHMa; 41. 3 LPHIB. Véase la STSJ de Galicia de 20-2-2004, que se cita en el apdo. siguiente sobre actuaciones en entorno sin plan especial aprobado.

desarrollen el régimen de protección para enervar la prohibición que contiene el expresado artículo 33”. El problema del caso expuesto, a mi juicio, es que se trata de un Acuerdo aprobado antes del planeamiento especial, que para no vulnerar frontalmente la prohibición cautelar –sin plan especial– de obras sin respetar alineaciones, rasantes, parcelación o edificabilidad, excluyó la aprobación de proyecto técnico, lo que probablemente se explica porque era el Estado el titular del patrimonio cultural, pero sin competencias urbanísticas, y probablemente sin que el Ayuntamiento o la Comunidad participaran en el citado convenio, y de ahí, además, la perplejidad que reflejan los dos votos particulares en la Sentencia, que consideran nulo el Acuerdo al carecer de proyecto técnico que detalle las obras. Esta extraña situación se debió abordar mediante convenio entre todas las Administraciones y la Archidiócesis, para que el Ayuntamiento y la Comunidad elaboraran la reforma del plan especial antes de que en su caso el Gobierno aprobara el Acuerdo con el proyecto técnico incluido. Sólo entonces se habría tratado de un proyecto acorde con el art. 33 de la Ley 10/1998 LPHCM. Tal como se sucedieron las actuaciones administrativas, el Acuerdo debió ser considerado, según mi criterio, contrario al art. 33 LPHCM.

c) Exigencia de doble autorización en el conjunto y su entorno: concurrencia de la competencia municipal y de la comunidad autónoma (o isla)

En ausencia de plan especial no hay duda de que la competencia urbanística local concurre con la de patrimonio histórico de la comunidad autónoma o isla, tanto para los conjuntos como sus entornos, como se deriva del art. 20 LPHE³¹ y se establece en la legislación de las comunidades autónomas³², sal-

Una crítica a esta previsión porque supondría una desconfianza en la administración local, en F. MORA BONGERA, “La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento. El caso específico de Santa María del Campo de Viveiro”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n° 116, 1990, pp. 47–65, en concreto p. 63, con base en la autonomía local.

Así como ejemplo, art. 34. 2 LPCCat; art. 37. 2 LPHIB, competencia del *Consell Insular*; art. 46. 1 LPCAr; art. 56 PCAs; art. 64. 1 LPCCant; art. 44. 1 LPCCyL; art. 53. 1 LPCHARio; art. 46. 1 LPCMur, que lo excluye en su apdo. 2º para el interior de los inmuebles; art. 37. 2 LPCNa; art. 33. 1 LPHCanar a favor del Cabildo Insular; art. 42. 1 LPCEx; art. 33. 3 para los bienes del catálogo –art. 25– en relación con el art. 40 LPHAnd; art. 47. 2 LPHGa. En la LPHC–LM, parece un defecto de regulación la ausencia de mención de la autorización de la Comunidad, pues en los arts. 13. 1 (en general) y 14 (derribo) parecen partir de la exigencia de autorización de la Comunidad.

vo en la LPHM, que si no es laguna legal, parece prescindir de la autorización de la Comunidad sea en *conjuntos* o *entornos*³³.

En este sentido los pronunciamientos de la STSJ de Extremadura de 27-9-2000 (rec. n.º 509/1997), sobre construcción de una vivienda en una zona declarada *conjunto*, y en los mismos términos para el supuesto de edificios situados en el *entorno* de un *conjunto*, la STSJ de Galicia de 20-2-2004 (rec. n.º 4354/2000), que en su FD 3.º resuelve confirmando la resolución autonómica que deniega la legalización de una terraza construida en el *entorno*³⁴. Se puede

El art. 32, en sus apdos. 1 y 2, LPHMa establece exclusivamente la autorización municipal (toda vez que, si no es una laguna, puede haberla considerado innecesaria el legislador al imponer la prohibición general de afectar a alineaciones y edificabilidad en el art. 33 LPHMa, *ex ante*, esto es, sin plan especial), así con carácter general, salvo en los supuestos de demolición (art. 26 LPHMa). El resultado es bastante insatisfactorio técnicamente: se parte en el art. 8. 3 LPHMa de la autorización de la Comunidad en todo caso para cualquier bien del patrimonio cultural; de otro lado parece que el art. 32 LPHMa la excluye en estos supuestos de obras en *conjuntos* aunque no cuenten con plan especial; y finalmente en los supuestos de demoliciones se vuelve a exigir en su art. 26, dejando, a su vez, una laguna para el supuesto de demoliciones con plan especial aprobado (*vid. infra*).

“La terraza construida por el demandante se encuentra dentro del entorno del conjunto histórico-artístico... Por ello... como señala el TS en su sentencia de 21 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10267) en la que se dice «... recordar los razonamientos que este Tribunal Supremo aceptó en su sentencia de 23 de julio de 1992, dictada en el recurso de apelación número 8230 de 1990 (RJ 1992, 6173)... no puede olvidarse que en materia del Patrimonio Histórico-artístico, incluso con arreglo a la vieja normativa, se da un supuesto de competencias concurrentes; de una parte, la competencia municipal que interviene en aras de lograr que las construcciones y edificaciones se sometan a la legalidad urbanística, y de otra, la competencia estatal o autonómica, que persigue el ajuste de las obras al interés cultural, histórico y artístico; concurrencia que no supone interferencias, pues cada orden competencial ha de resolver el supuesto de acuerdo con la normativa que le es aplicable... la vía municipal y autonómica, como se ha dicho, son independientes desarrollando cada una su vida propia, tanto a los efectos procedimentales, como a los posibles efectos impugnatorios de los actos que en una y otra pudieran dictarse...»; por lo que la alegación del demandante referente a la posible legalización de la construcción con arreglo a los parámetros urbanísticos establecidos en el Estudio de Detalle, ha de ser desestimada, puesto que aquí no está en cuestión la normativa urbanística sino la de protección del patrimonio cultural y la evitación de actuaciones por particulares que puedan afectar a los valores propios del mismo o su contemplación, apreciación o estudio, debiendo cuidar la administración autonómica que el volumen, tipología, morfología y cromatismo de las intervenciones en el entorno de los monumentos no puedan alterar el carácter arquitectónico y paisajístico de la zona, ni perturbar la contemplación del bien (art. 44 de la Ley 8/95) por lo que ha de concluirse que señalado por los informes técnicos que la construcción distorsiona gravemente el conjunto, tanto

citar también la STSJ de Andalucía de fecha 26-12-2001 (rec. n.º 54/2000). De esta forma, las obras en *conjunto histórico* o su entorno sin la autorización del órgano competente en materia de patrimonio histórico, serán sancionables, como confirma la STSJ de Andalucía de 26-12-2001 (rec. n.º 54/2000), en otro peculiar caso en el que el sujeto infractor es además el propio Ayuntamiento (Montefrío, Granada), previendo además para otros casos diferentes al enjuiciado, que tal obligación de obtener autorización lo será, como recordaba la STS 2-2-2000 citada, hasta que se apruebe el plan especial.

Se plantean dudas, sin embargo, acerca de la autorización requerida para las sustituciones de inmuebles, si es para intervenciones en cualquier bien situado en el *conjunto* o entorno sin plan especial, aun cuando el inmueble en concreto no haya sido objeto de declaración especial o singular. *A mi juicio, cualquier sustitución en conjunto o su entorno sin plan especial requerirá la autorización de la Comunidad (o Isla) se trate del inmueble que sea, ya que a priori, sin el plan especial ni los estudios que le preceden, no pueden excluirse valores culturales en algunos de los inmuebles.*

Parece, sin embargo que esto se ha discutido en un pronunciamiento del Tribunal Supremo, STS 23-10-1995 (rec. n.º 279/1992) –aunque no está suficientemente claro si hay o no plan especial aprobado– que confirma la nulidad parcial de la resolución de la comunidad autónoma en cuanto imponía la obligación de conservar fachadas de edificio declarado en ruina por el Ayuntamiento de Murcia, al considerar que, si bien estaba enclavado en *conjunto histórico*, sin embargo no contaba con declaración singular de interés cultural, por lo que, a su juicio, no le resultaba de aplicación la obligación de conservación de los bienes BIC. Aparentemente es una demolición de inmueble en conjunto histórico sin plan especial, y la comunidad autónoma impone la obligación de conservar la fachada y la reposición del edificio de acuerdo con las directrices que ordene la propia Comunidad. El Tribunal Supremo confirma la nulidad de la obligación de conservar la fachada y confirma la de reposición, porque, según afirma el Tribunal de instancia, aunque no se trate de BIC sí tendría protección ambiental, y esta calificación ambiental ya no la puede discutir el Tribunal Supremo³⁵. En esta STS 23-10-1995 se podría

por su preponderancia como por los materiales empleados, resultando irrelevante la separación de la terraza del conjunto por una rampa de salida al río, porque tal circunstancia ni excluye su afectación por el área de protección de 100 metros establecida en la Resolución de la Consejería de Ordenación del Territorio de 14 de mayo de 1991 ni evita la distorsión del entorno por sus características constructivas. “

El pronunciamiento es bastante sorprendente sin duda porque deben faltar datos relevantes para su lectura, y además discute si se trata o no de BIC por razón de derecho transitorio, en argumentación que merece su transcripción aunque sea prolija:

apuntar la idea de que no en todo el *conjunto* se aplicarían las obligaciones de conservar, lo que a mi juicio *no es asumible en ausencia de plan especial*. Confunde la alusión al art. 21. 3 LPHE, que debería aplicarse sólo cuando existe plan especial. Si fuera ese el caso, con plan especial, estaría clara la nulidad (total y no sólo parcial, como acuerda el Tribunal) de la autorización de la Comunidad, porque tratándose de un *conjunto*, si no hay una declaración singular de monumento o jardín históricos, zona arqueológica o paleontológica, tal autorización está expresamente excluida en el art. 20. 4 LPHE (en relación con el art. 22. 1 LPHE, para las zonas arqueológicas y paleontológicas). En ese supuesto el pronunciamiento del Tribunal debiera haber estimado la nulidad de la autorización por la incompetencia de la comunidad autónoma sin que resulte asimilable a las categorías de zonas arqueológicas o paleontológicas o monumentos y jardines, de los arts. 20. 4 y 22.1 LPHE. Ahora bien, si no hay plan especial, no tiene base legal el argumento genérico del Tribunal (sin declaración singular no habría protección por la LPHE), ya que sin plan hay que aplicar la regla gene-

“... 3.ª En el caso que resolvemos, el bien inmueble sito en la calle Alfaro número 8 de Murcia, está comprendido dentro del sector declarado conjunto histórico por Decreto 423/1976, de 6 febrero, y se trata de un bien declarado en estado de ruina por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo de Murcia y no aparece ni inventariado ni catalogado, al amparo de la legislación anterior, con lo que, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª de la Ley 16/1985, no pasó a tener la consideración de «bien de interés cultural». Por ello, para que pueda gozar de la protección singular de la citada Ley, sería necesario que de forma individualizada (art. 9.1 Ley 16/1985), se declarara bien de interés cultural; y como esto no consta ni en el expediente ni en el proceso seguido en la instancia, es por lo que la sentencia recurrida, declaró que el citado bien no es un bien de interés cultural. El concepto de *bien cultural*, es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido debe llenarse a través del expediente de declaración de bien de interés cultural, lo que no consta en el caso que nos ocupa.

4.ª No obstante lo dicho, el Tribunal de instancia, valorando toda la prueba practicada en el expediente y en el proceso, llegó a la convicción –lo que no es cuestionable en casación– de que el bien a que nos referimos es un bien de características ambientales. Tal convicción obligó al Tribunal «a quo» a aplicar el artículo 21.3 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, y por ello estimó en parte el recurso contencioso–administrativo interpuesto por doña María Luisa G. A., contra la Orden de la Consejería de Cultura, Educación y Turismo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de fecha 21 enero 1991, que anuló y dejó sin efecto únicamente en cuanto imponía la obligación de conservar las fachadas del edificio referido, *cuya demolición se autoriza condicionada a su reposición*, con las garantías de que la reposición del nuevo edificio que se levante lo sea ajustándose la propietaria del mismo a las directrices que establezca la Administración, para que se lleve a cabo la reposición del edificio con absoluta fidelidad, dado que se trata de un bien de características ambientales dentro del Conjunto Histórico en el que está ubicado; de esta manera la propiedad privada sirve al interés público, con respeto al interés privado.” (FD 3.º, cursiva en negrita en original).

ral de intervención de la Comunidad (en virtud del art. 20. 3 y reiterado en los supuestos de ruina, si fuera el caso, en el art. 24. 2 LPHE), con independencia de los valores que concurran o aparente *a priori* (aún sin el plan puede ser difícil advertirlo) en el bien que forma parte de ese conjunto histórico.

d) La solución de discrepancias entre las dos Administraciones competentes

Alguna discusión ha suscitado la articulación entre las competencias en materia de protección del patrimonio cultural y las urbanísticas en caso de discrepancias entre el informe o autorización de la Comunidad (o isla) y la licencia urbanística. En esos casos se atenderá a la prevalencia que otorga la legislación al requerir informe favorable (obstativo) del órgano competente en protección de patrimonio (art. 20. 3 LPHE expresamente)³⁶, siempre que la motivación de la Comunidad se inserte en el ámbito de sus competencias culturales, esto es, que no pretenda un mero control urbanístico (de la planificación urbana) de las intervenciones, que sólo corresponde al Ayuntamiento (como se resuelve en la STSJ de C. Valenciana de 4-11-2004 que se comentará *infra*).

La prevalencia de las competencias culturales sobre las urbanísticas (y no sólo de la evidente preferencia de la ley, LPH o LPC, sobre los reglamentos, planeamiento urbanístico), sí es apreciable y ya fue señalada por diversas sentencias de conformidad con la Ley de 13 de mayo de 1933³⁷ de protección del patrimonio histórico-artístico, anteriores por tanto a la previsión actual de la LPHE, que hoy se debe tener en cuenta en estos supuestos de intervenciones en conjuntos sin plan especial aprobado o en general donde subsista la necesidad de doble autorización. Se partía de la predicada concurrencia de competencias para la declaración de ruina en *conjuntos* (STS 9-2-1988, RJ 870, y STS 19-7-1999, RJ 6315). Así en la STS 19-11-1991 (rec. n.º 2224/1989), en su

Art. 29. 4 LPHAnd; art. 45. 1 LPHGa; art. 40. 1 LPHEx; el art. 36. 2 LPHIB; art. 34. 2 LPCVa, que lo califica como vinculante, lo que tendrá los mismos efectos, el informe es obstativo en todo caso.

Sobre la regulación anterior *vid.* P. BENSUSÁN MARTÍN: *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, 1996, pp. 58 ss; y M. ALMAGRO-GORBEA, “La protección del patrimonio cultural en la historia de España”, en *La protección jurídica del patrimonio inmobiliario histórico*, 2005, dir. Martín Almagro-Gorbea/Antonio Pau, pp. 17-34.

FD 2.º reconoce el mayor valor de las competencias culturales del art. 45 de la Constitución³⁸. Esta Sentencia tiene claros y numerosos precedentes judiciales, como de forma precisa detalla la STS 3-10-1986 (RJ 5287) con cita de varias sentencias del Tribunal Supremo de fechas comprendidas entre 1966 y 1984, Sentencia que confirma la resolución del entonces competente Ministerio de Cultura que denegaba la sustitución de inmueble en conjunto histórico de Sevilla a pesar de que hubiese una posición favorable del Ayuntamiento. En su FD 5.º esta Sentencia recoge además la jurisprudencia que enmarcó y limitó esta prevalencia en el respeto a los actos previos del órgano de protección del patrimonio³⁹.

FD 5.º: “... en esta materia son concurrentes y no excluyentes entre sí las competencias de los Ayuntamientos, para la concesión de licencias de obras... en relación con las obras que pretenden modificar edificios inmediatos a un Monumento Histórico-Artístico, y las de nueva construcción en igual emplazamiento, o que alteren el paisaje que lo rodea o su ambiente propio,... ello no obstante, las licencias de obras concedidas por los Ayuntamientos no pueden tener más alcance que el que deriva de su propia naturaleza y ámbito urbanístico, estando siempre supe-ditadas en estos supuestos especiales a la decisión favorable de los órganos encargados de la protección de dicho Patrimonio, porque sus competencias son prevalentes respecto de las que tiene el Municipio en caso de conflicto, al estar dirigidas las primeras a la defensa del derecho social a la cultura y el interés público superior, reconocidos en el art. 45 de la Constitución”.

FD 1.º: “Naturalmente, toda potestad tiene límites, como resulta de los artículos 9 y 103 de la Constitución. La jurisprudencia citada en el fundamento de derecho anterior es consciente de ello, y de que la potestad discrecional a que se refiere no es absoluta, de modo que pueda redundar en arbitrariedad, sino que ha de ejercitarse en términos razonables; y por eso, algunas de las Sentencias citadas han dejado sin efecto órdenes de demolición, dictadas por los órganos del Patrimonio Histórico-Artístico, porque los terrenos en que estaban aquéllas habían pasado a ser vía pública, sobre la que los dueños del inmueble no tenían ya dominio ni podían edificar, aparte de que la Comisión Provincial había informado que retranquear la fachada no producía daño o perjuicio irreparable al conjunto histórico-artístico de la zona –Sentencia de siete de Junio de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\4200)–, o porque el edificio había sido declarado en estado de ruina inminente, y su conservación implicaba un grave riesgo para personas y cosas, por lo que el Ayuntamiento impuso el derribo –Sentencias de veintitrés de Junio de mil novecientos ochenta y dos (RJ 1982\7312), veintitrés de Abril de mil novecientos ochenta y tres (RJ 1983\6039), siete de Mayo y diez de Noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (RJ 1984\2857 y RJ 1984\5526)–; o deja sin efecto una Orden de la Dirección General de Bellas Artes que ordenaba reducir a dos plantas de la nueva edificación porque la misma Dirección General había informado favorablemente un Plan Parcial que permitía tres alturas, y este informe vinculaba a dicha Dirección General, puesto que era ella el órgano competente para emitir tal informe y, por tanto, no podía ir contra sus propios actos”.

Para terminar concluyendo (FD 6.º) que en el caso estudiado no existía ningún acto previo que pueda vincular a la Dirección General a autorizar las alturas pretendidas por el recurrente.

La prevalencia de la competencia cultural de la comunidad autónoma sobre la urbanística municipal también se ha afirmado en la posterior STSJ de Castilla y León 7-10-2003 (rec. n.º 2591/1998) ante la impugnación por el Ayuntamiento de Carucedo (León) del Decreto de la Comunidad que declaró la zona arqueológica de Las Médulas. Esta Sentencia, con base en la anterior Sentencia de esa Sala de 29-2-1996 –exigencia de doble autorización también en el *entorno* de conjuntos mientras no haya plan especial aprobado–, resuelve en su FD 1.º la ausencia de afección a la autonomía local por la aprobación de zona arqueológica y la subsiguiente exigencia de autorización de la comunidad autónoma por la protección del patrimonio cultural⁴⁰.

La referida inexistencia de competencia autonómica urbanística en el control que ejerza a través de la autorización en intervenciones en conjuntos sin plan especial, no tiene, sin embargo, un reverso equiparable que impida al Ayuntamiento controlar en función de una competencia general de protección cultural, teniendo en cuenta que éste puede aplicar otras previsiones, también en defensa del patrimonio, que haya adicionado el planeamiento, o que, como se ha visto, se trate de normas de aplicación directa, que también debe tener en cuenta el propio Ayuntamiento. En este sentido además de las sentencias citadas, se puede hacer referencia a la STSJ de Aragón de fecha 2-3-2001 (rec.

“En el ejercicio de las respectivas competencias es posible que surjan puntos de fricción y para ello la jurisprudencia (Sentencias Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1986, 8 de mayo de 1987, 12 de marzo y 6 de abril de 1992 ha dicho que debe ser interpretada la normativa legal en el sentido más favorable a la conservación del patrimonio; por ello los organismos protectores pueden, separándose incluso, si ello fuera necesario, de las normas urbanísticas y de las licencias que hubieren otorgado otros organismos, adoptar e imponer limitaciones que discrecionalmente estimen necesario para tal fin.

Siendo así las cosas, cabe afirmar que, con independencia del planeamiento urbanístico para un conjunto histórico-artístico, la Comunidad Autónoma, en este caso la Junta de Castilla y León, por las competencias transferidas, tiene y puede ejercer las atribuciones que la Ley 16/85 le concede en materia de patrimonio histórico-artístico. Y si en el ejercicio de aquellas hay fricción con las municipales, deberán prevalecer las que consigan mejor el objetivo de conservar aquel patrimonio.

Y en el caso de autos, las declaraciones de entornos de unos bienes de interés cultural permiten ampliar e intensificar aquel objetivo, razón que conduce a dar prioridad a los actos emanados por la Administración Autónoma».

...

“Como se ve no hay vaciamiento de la autonomía local o de las competencias municipales sobre el suelo, sino una concurrencia de éstas con atribuciones superiores y autonómicas relativas al patrimonio histórico-artístico. Entonces aquellas disposiciones normativas denunciadas como infringidas no han sido contravenidas.”

nº 1164/1997), que confirma la resolución municipal que, con base en el planeamiento general, impuso la obligación de conservación *in situ* de elementos muebles y decorativos (marquetería y fachada de una joyería) de un inmueble con expediente BIC incoado⁴¹.

e) Motivación de las resoluciones del municipio y de la comunidad autónoma o isla

También la STS 18-12-1997 (rec. nº 3068/1992), ante una alegación sobre la incompetencia municipal, refiere cómo las competencias urbanísticas incluyen la protección de edificios o *conjuntos*, y a su vez requiere una suficiente motivación, en un caso con errático procedimiento en el que se suceden informes favorables y desfavorables de ambas administraciones⁴². La motivación es

“... Así las cosas, es claro que el Ayuntamiento demandado obró dentro de su función competencial, que le era atribuida cuando dispuso, que los elementos que conformaban el mobiliario y la decoración (entendiéndose incluida la marquesina y fachada de la joyería Aladrén) permanecerán “in situ” puesto que estos elementos, tal y como se deduce del informe pericial practicado en las actuaciones, que goza de las garantías de imparcialidad y eficacia para el esclarecimiento de los hechos, que conforman los elementos decorativos, no podrían arrancarse, sin causar menoscabo en las paredes y techos del inmueble. Por lo que el Ayuntamiento no se extralimitó en su cometido cuando determinó que debían permanecer “in situ” y cualquier actuación que se llevara sobre los mismos contara con el permiso municipal e informe favorable de la Comisión del Patrimonio Histórico Artístico, pues tal y como dispone el art. 8.1.3 del PGOU de Zaragoza previamente a la realización de cualquier tipo de obras será necesario realizar un levantamiento gráfico de la totalidad del edificio y la intervención en este se realizará mediante un proyecto en el que además de las obras a realizar se analice y resuelva la relación de estas con el conjunto, tanto para la restauración de los elementos individualizados como para el resto, sin que en ningún caso se alteren los aspectos fundamentales del edificio...” (FD 3.º).

“Independientemente de la incorrecta contraposición entre razones históricas y urbanísticas, puesto que el urbanismo comprende con toda naturalidad la protección de los edificios o conjuntos cuyo valor histórico haga merecedores de conservación, en el supuesto presente no existe dato alguno que permita concluir que la solicitud de licencia presentada por el recurrente ponga en riesgo esos valores, ni la actuación de la Administración demandada ha plasmado en sus resoluciones denegatorias una motivación congruente con la decisión adoptada... Por todo lo cual procede estimar el presente recurso de apelación y reconocer el derecho del apelante a la obtención de la licencia de obras solicitada” (FD 5.º).

Y aunque en este caso no está aclarado en la Sentencia si ya estaba aprobado o en tramitación el plan especial de protección del *conjunto*, sí hay que destacar cómo la competencia de cultura en el supuesto de que esté aprobado el plan especial (como se detalla en el epígrafe siguiente III de este trabajo), ya corresponde a la entidad municipal, según declara el Tribunal Supremo FD 3.º STS 18-12-1997, citada.

exigible no sólo a la licencia municipal sino también a la autorización autonómica (o insular en su caso) en estos supuestos previos a la aprobación de plan especial de protección del *conjunto*. Con este fundamento la STSJ de Galicia de 25-2-2004 (rec. n.º 715/2001) anula la resolución de la comunidad autónoma que autoriza edificar nueva planta. En este caso también había habido cambios de criterios de la resolución supuestamente porque las obras denegadas afectarían a la armonía del *conjunto* y supondrían alteración de volúmenes. El Tribunal requiere la motivación⁴³ y ordena la demolición una vez que evidencia cambios o alteración de volumen aun en el supuesto de que no existiera incremento de volumen, de acuerdo con una específica referencia de la regulación gallega⁴⁴.

“Así pues, cabe deducir ahora que, como señala la demandada, se ha producido un cambio de criterio en la resolución recurrida; cambio que no consta razonado; lo cual era obviamente necesario máxime si la base para dictar tal resolución se dice que lo fue el informe-propuesta de la Comisión territorial de Patrimonio histórico en Pontevedra en reunión de 21 de noviembre de 2000; acta de la cual fue traída certificación a los autos en periodo de prueba a instancia del actor y nada se observa en su contenido que se refiera a la obra de litis en los particulares referentes a la ciudad de Tui; y aunque existe, ciertamente, un informe favorable del Arquitecto de la Consellería de Cultura, lo cierto es que no se refiere a él la resolución recurrida; aparte de que tampoco se razona en él por qué la obra sería ahora autorizable, cuando no lo era la anteriormente propuesta y de menor envergadura; así pues, sin conocer el por qué de todo este devenir, la resolución objeto del presente no es aceptable, porque se aparta de la pormenorización que tanto en lo fáctico, como en lo normativo exige cualquier autorización en un Conjunto histórico; pues, esa es la única forma de poder saber que se dan (y en concreto en este caso) los presupuestos de hecho justificantes de la potestad administrativa otorgada por la norma y ejercida en el supuesto de autos con resultado favorable para una persona, mas sin garantía de que haya sido cubierto también el interés general implicado en él; no basta, pues, con referencias tan genéricas como la de “responder al volumen preexistente y ser respetuosas con la edificación; contenidas en la resolución recurrida; por todo lo cual, la situación en el caso ya comportaría, cuando menos, una falta de motivación en los términos del artículo 54,1, a) de la ley de procedimiento administrativo común; vicio de forma que al producir obviamente indefensión en los afectados, se habría de traducir (artículo 63,2 de la misma ley) en una anulación de la resolución así dictada.” (CDO. 1.º).

“... que a todo ello no empece el que la segunda de las plantas del edificio de litis (según se desprende de la abundante documental acompañada por la parte codemandada) ya llevase muchos años construida; pues, los apuntados indicios evidentes de que la misma desentonaba con las edificaciones aledañas inmediatas (observación que se desprende de los planos obrantes en autos) hacía precisa una cuidada justificación por parte de la Administración de Patrimonio cultural de que se podían autorizar unas obras que, como las del caso, vienen a consagrar en realidad esa desarmonía para otro importante periodo futuro; y, por eso mismo, tampoco desvirtúa lo expuesto, lo informado por la Perito-testigo propuesta por la parte codemandada en los

III. REMODELACIONES CON RESPETO A LA ESTRUCTURA URBANA ESTABLECIDAS EN PLANES ESPECIALES DE PROTECCIÓN

a) Contenido general y límites de los planes especiales: la modificación de alineaciones

Se va a considerar en qué términos es factible la modificación de alineaciones y sustitución de inmuebles que pueda prever un plan especial de protección que afecte a zona del *conjunto* o a su entorno.

Como punto de partida, respecto al contenido de los planes especiales en general, se debe recordar que tienen una relación de especialidad y no de jerarquía respecto a los planes generales y con tal base se aprecia que la previsión de nuevas alineaciones y volúmenes es contenido propio de los planes especiales que podrán determinarlos con independencia de su determinación o no en los planes generales o normas subsidiarias (supletoriamente, art. 83.3 Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por RD 2159/1978, en adelante RPU: previsiones en el plan especial que no consten en el planeamiento general), en tanto no se trate de modificaciones de la estructura general y orgánica de los planes generales. Se recordará que la distinción entre determinaciones generales o fundamentales se precisa en los arts. 19.1 B, y 25. 1 RPU, frente a las determinaciones pormenorizadas del art. 29.1 RPU, entre las que se encontrarían las alineaciones, volúmenes y alturas, como confirma la STSJ de Cataluña de 28-6-2002 (rec. n.º 1939/1998).

autos, sobre que lo nuevamente construido no aumentaba sensiblemente el volumen; pues sí, como va dicho, lo anteriormente existente ya desentonaba en relación con las edificaciones próximas, se aumentase o no el volumen (extremo al que se refiere el artículo 47 de la ley gallega 8 de 30 de octubre de 1995) la resolución recurrida debía justificar por qué se autoriza una edificación perturbadora de un conjunto; mas, a mayores de ello, y como va expuesto antes, la Arquitecto de la Consellería que giró visita en 22 de junio de 2000, a las obras de autos, entonces en curso, apreció que se producía alteración de alturas y cubierta con ellas; consiguientemente, se incidía igualmente en el supuesto del citado artículo 47 de la ley de patrimonio cultural de Galicia en el particular de las alteraciones del volumen, pues ello equivale a “cambios”, provoquen o no un aumento final de ese volumen; y, desde luego, el cambio con la obra del caso era afectante, como va expuesto, a la armonía del conjunto en que se encuadra que es otro de los supuestos previstos en dicho artículo; y no porque ya fuese distorsionante lo existente, ha de permanecer en las obras futuras; pues fue para evitarlo, por lo que obviamente se dictó ese precepto; por todo lo cual, el recurso debe prosperar.” (Cdo. 2.º).

Más específica resulta la mencionada STS 8-4-1989⁴⁵ sobre la aprobación definitiva del Plan Especial de Protección del Casco Antiguo de Carlet, con una modificación de las alineaciones de una calle proyectadas en planeamiento general. En primer término, el Tribunal aprecia cómo el único límite a los planes especiales está en la estructura fundamental y orgánica del territorio. Y seguidamente, en concreto respecto a los planes especiales de protección del patrimonio histórico, el Tribunal aprecia de un lado qué es contenido propio de los planes especiales de protección, y, de otro, que en ese ámbito de competencia, el planificador puede decidir mantener viejas alineaciones⁴⁶.

Un supuesto y pronunciamiento similar se expone en la STS 12-5-1992 (rec. n.º 1674/1988) que conoce el recurso frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Valencia de aprobación definitiva del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Barrio del Carmen que mantenía lo que a juicio del demandante eran “estrechas y viejas calles medievales”. El Tribunal con base en la doctrina jurisprudencial sobre la discrecionalidad resuelve que la decisión de

Sin n.º de rec., RJ 3452.

FD 3.º: *“Los Planes Especiales de Protección del patrimonio histórico y artístico ordenan los aspectos de una realidad existente para evitar su destrucción y más concretamente la ordenación puede perfectamente hacer objeto de sus previsiones «las calles» –arts. 18, 1, b) del Texto Refundido y 78, 1, b) del Reglamento de Planeamiento.*

Y dado que las calles quedan definidas por varios elementos uno de los cuales, y fundamental, es el de las alineaciones, hay que entender que éstas pueden ser objeto de la ordenación propia de un Plan Especial de Protección.

En el supuesto litigioso, el Plan Especial impugnado pretende en lo que ahora importa mantener las alineaciones actualmente existentes en la realidad en un pequeño tramo de la calle San Francisco –hoy Sigró– en su confluencia con el Carrer Llarg para conservar la realidad existente tal como la ha trazado la historia y si con esta finalidad modifica las alineaciones dibujadas en ordenaciones anteriores ha de entenderse que esto resulta perfectamente lícito para un Plan de Protección: *se trata de conservar un trazado real y actual producto del tiempo aunque para ello sea necesario modificar alineaciones meramente pretendidas o proyectadas, existentes en previsiones anteriores y cuya alteración no puede en modo alguno calificarse de modificación de la estructura general y orgánica.*

Desde otro punto de vista es perfectamente viable que un Plan Especial como el litigioso de Conservación del Casco Antiguo mantenga viejas alineaciones, aun sin ser funcionales, pues el interés público atendido es precisamente el de la conservación. El propio documento aportado por la parte actora en su escrito de proposición de prueba subraya que «las edificaciones existentes» en la calle litigiosa «datan de antiguo» y que el Plan Especial impugnado «mantiene» el trazado «de la edificación existente». Y recuérdese que la conservación del patrimonio histórico es justamente uno de los cometidos que nuestra Constitución atribuye a los poderes públicos –art. 46–.” (cursiva en negrita en original).

mantener las alineaciones en el plan especial, forma parte de la discrecionalidad del planeamiento, que se controlará por los tribunales en primer lugar observando los hechos y en segundo término valorando la adecuación lógica de la solución adoptada en el plan con esos hechos dados (FD 3.º), lo que le lleva al Tribunal a considerar que no existe irracionalidad en el plan litigioso (FD 4.º)⁴⁷.

En el análisis de lo que constituya estructura fundamental del plan general a propósito de los límites de los planes especiales de reforma interior (art. 26 TRLS 1976), la STS de 8-5-1989⁴⁸ se pronuncia en términos muy reveladores sobre un plan especial de reforma interior del Velluters o del Pilar en Valencia, en el ámbito del “sector histórico-artístico” de un plan parcial, y *confirma la modificación de alineaciones (apertura de nuevas calles o plazas) en la medida en que no afecte a la trama histórica, que identifica con la estructura fundamental o básica, sino a la otra secundaria sin vocación de permanencia*⁴⁹. Se debe tener en cuenta que

FD 4.º: “La aplicación de esta doctrina al caso que ahora se contempla hace necesario indicar:

A) Esta Sala ha puesto ya de relieve con anterioridad que «la racionalidad del planeamiento no se circunscribe a la exigencia de una ordenación con criterios estrictamente funcionales con proyección de futuro sino que alcanza también a la conservación de los elementos que reflejan la historia de la ciudad» –S. 11-2-1991.

B) Y si esto es así con carácter general mucho más ha de serlo en un Plan Especial como el litigioso que aspira al «mantenimiento de la estructura urbana histórica» evitando la destrucción «no sólo de aquellos elementos con excepcional valor histórico o artístico sino también de los que configuran ambientalmente la trama, aún sin grandes valores individuales» –Memoria, pág. 26–.

Así las cosas, ninguna irracionalidad se aprecia en el Plan litigioso por la conservación de lo que el demandante estima eran «estrechas y viejas calles medievales»⁵⁰.

Sin nº recurso, RJ 1989/3847.

“SEGUNDO.– El artículo 23.3 de la vigente Ley del Suelo –dice como es sabido– que «cuando se trate de operaciones de reforma interior no previstas en el Plan general, el Plan especial (de reforma interior) no modificará la estructura fundamental de aquél». Esto implica –como ha dicho ya en diversas ocasiones este Tribunal Supremo, y la Sala de primera instancia lo ha recordado también en su sentencia– que el límite que ha de respetar todo Plan especial de reforma interior es la estructura fundamental del Plan general. Respetando este límite, el Plan especial de que se trata puede proceder a reorganizar el suelo en la forma que el interés general, definido en sus líneas generales en el Plan general, exija. La expresión “estructura fundamental” envuelve un concepto legal indeterminado que, por lo pronto, tiene que precisarse en relación a ese Plan general, y sólo en cuanto éste la respete a la trama urbanística existente. Y, por eso, la previsión en un Plan especial de reforma interior de apertura de nuevas calles o de plazas no implica necesariamente la incorrección jurídica invalidante de éste, ya que puede muy bien ocurrir que la apertura de esas nuevas calles o plazas no altere para nada

esta Sentencia se dicta antes de la regulación de patrimonio cultural valenciana, esto es, a la vista del art. 21 LPHE, aunque no lo estudie ni mencione (lo que origina cierta confusión argumental, a mi juicio, entre la estructura fundamental del plan general que el plan especial no puede franquear, y lo que es la trama histórica, esencial para la conservación del *conjunto*), por lo que se trata de un pronunciamiento relevante también para las conclusiones del epígrafe siguiente.

b) La modificación de la estructura urbana en los planes especiales de conjuntos históricos

La regulación de patrimonio histórico y cultural contiene una sutil tensión entre el *mantenimiento de la estructura urbana* de los conjuntos históricos, imponiendo la conservación de las alineaciones urbanas existentes (hasta la aprobación del plan especial en todo caso, art. 20. 3 LPHE, y tras éste permitiendo al tiempo excepcionalmente *sustituciones de inmuebles*, en el art. 21. 3 LPHE), y de otro lado su mejora en *remodelaciones urbanas* en plan especial por razones excepcionales de habitabilidad (art. 21. 2 LPHE en general y art. 21. 3 LPHE, en el supuesto de sustitución de inmuebles, y art. 56 LPCAst, art. 15.1 LPCMur y art. 39. 3 LPHIB, en términos similares), tensión que se ha trasladado, como se verá, a la jurisprudencia. Alguna legislación autonómica⁵⁰ precisa el inquebrantable objetivo de mantenimiento de la estructura urbana mediante la preservación de alineaciones, volúmenes y edificabilidad, permitiendo a su vez excepcionar ésta (por tanto expresamente con modificación de alineaciones) siempre que ello no altere aquel objetivo esencial de conservación de la es-

esa estructura fundamental, por afectar a zonas que conforme a las previsiones del Plan general forman parte de la estructura secundaria, esto es no principal, no básica, carente de la vocación de permanencia que es propia sólo de la estructura fundamental.

TERCERO.— Establecido lo anterior y puesto en relación con la legalidad urbanística vigente en Valencia y su comarca es patente que las previsiones de apertura de nuevas calles y de plazas que se prevén en el Plan especial de reforma especial denominado Dels Velluters o del Pilar no modifica la estructura fundamental del Plan general, ni rompe la coherencia de éste. Porque —tal como quiere el Plan general— respeta la trama histórico-artística del suelo a que se refiere e incluso la recobra y la realza mediante la demolición de inmuebles que han alcanzado un grado de deterioro irreversible.” (cursiva en negrita en el original).

Una perspectiva crítica con la regulación general autonómica, L. POMED SÁNCHEZ, “La Ley del Patrimonio cultural Aragonés en el concepto competencial”, en *Estudio sistemático de la Ley del Patrimonio Cultural Aragonés*, 2001, pp. 19–54, en concreto, pp. 52–54.

estructura urbana, y configura una *aplicación simultánea de los principios de conservación y habitabilidad*⁵¹, más compleja de articular pero más certera⁵², que la establecida en la legislación estatal (y similar de Asturias, Murcia e Islas Baleares), si se interpreta que el art. 21. 3 LPHE impediría cualquier modificación de alineaciones en sentido estricto⁵³.

El art. 30, apdo. a) LPHMa, entre el contenido de los planes especiales, incluye normas sobre el mantenimiento general de la estructura histórica, y el art. 33 LPHMa impide la modificación de alineaciones en conjuntos y entornos sin plan especial, por lo que, *a contrario*, parece admitirlas si procedieran; en similar regulación los arts. 52.1 y 53. 1 LPCHARio, y el art. 28. 2 LPCPV, que sólo prohíben modificar alineaciones sin plan especial; el art. 12, apdos. 2 y 3, LPHC-LM determina una genérica armonía entre la conservación y las necesarias adecuaciones edificatorias; la opción expresa de excepcionales remodelaciones que contribuyan a la mejora y conservación del *conjunto* se establece en el art. 35. 2, a) LPCCat, art. 46. 2 LPHGa, art. 41. 2 LPHEx, art. 34. 2 LPCanar, art. 39.2, a) LPCVa, art. 39. 2 LPCNa, art. 42. 4 LPCCyL, arts. 53. 2 y 63. 1 LPCCant, art. 43. 3, a) LPCAr, y art. 31. 2, a) LPHAnd.

Ya la doctrina ha señalado cómo la modificación de alineaciones puede resultar acertada en algunos casos para la mejora del *conjunto*. *Vid.* en este sentido la exposición de C. BARRERO RODRÍGUEZ: *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, 2006, pp. 227-231, para quien el objeto de protección del art. 21. 3 LPHE es sólo la trama histórica y no el resto de alineaciones posteriores, por lo que valora favorablemente la regulación de las Comunidades que permiten las remodelaciones, porque, según expone, en determinados casos la alteración de alineaciones permitiría conservar precisamente la trama urbana degradada o desaparecida. También J. GARCÍA-BELLIDO: “Problemas urbanísticos de la Ley del Patrimonio Histórico Español: un reto para el urgente desarrollo legislativo autonómico”, *Ciudad y Territorio* n° 78, 1988, p. 11, circunscribió el art. 21. 3 LPHE a la protección de la trama histórica; y en sentido similar, I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, “La protección jurídica de los Conjuntos históricos: ¿realidad o quimera?”, en *La protección jurídica del patrimonio inmobiliario histórico*, 2005, dir. Martín Almagro-Gorbea/Antonio Pau, pp. 59-185, en concreto p. 119.

Vid. en contra, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ: “La ordenación urbanística de los Conjuntos Históricos: breve denuncia de los excesos al uso”, en *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios homenaje al profesor Boquera Oliver*, Liment-Barberá y Baño León, coord., 2002, pp. 1267-1279. A juicio del autor, la inalterabilidad de las alineaciones sólo tiene sentido en los conjuntos históricos de valor excepcional y no en el resto. Esta lectura le lleva a propugnar (p. 1279) una interpretación acorde a la finalidad de la norma y en su contexto social del art. 3 del Código Civil para depurar esos excesos, lo que, a mi juicio, no deja de resultar extraño si la norma realmente impidiera la alteración de alineaciones, que creo es en lo que se puede disentir, y en cualquier caso se debe aplicar en virtud del principio de vinculación de las normas en el Estado de Derecho. En sentido similar, a mi juicio, se debe respetar la excepcionalidad de las remodelaciones urbanas determinada por el legislador, aunque alguna autorizada doctrina también recurre al mismo art. 3 Código Civil (*vid.* J. VICENTE DOMINGO, “Consideraciones críticas so-

Estas cuatro normas podrían adolecer en apariencia de la carencia de regulación completa o bien contienen una antinomia, ya que exigirían conservación de alineaciones aunque aceptan *remodelaciones urbanas*. ¿Qué *remodelaciones urbanas* se admiten, sólo las que no supongan modificación de alineaciones? ¿Es eso *remodelación urbana* o mera sustitución de edificios? Si son lo mismo, por qué utiliza el legislador dos términos: *remodelación urbana* y sustitución de inmuebles? La respuesta a esta posible aparente antinomia o laguna es trascendental también para una adecuada lectura y aplicación de las demás normas de las comunidades autónomas que sí permiten la modificación de alineaciones en las excepcionales remodelaciones que contribuyan a la mejora del *conjunto*, ya que esas normas, según mi criterio y mayoritario de la doctrina, se incardinan en el mismo supuesto y deben respetar la LPHE (STC 17/1991, FD 3.^o⁵⁴).

bre la política protectora de los Conjuntos Históricos” *Revista de Derecho Urbanístico* n° 122, 1991, pp. 144–145. El mismo autor, en *Guía jurídica del patrimonio cultural de Castilla y León*, p. 163, propugna una cierta dinámica de renovación de la trama urbana necesaria y admisible. Frente a estas tesis, A. GONZÁLEZ SANFIEL, “Problemas en la planificación de los conjuntos históricos (A propósito de su regulación en Canarias)”, en *El Derecho urbanístico en el siglo XXI: homenaje al profesor Bassols Coma*, 2008, vol. 3, pp. 173–234, en concreto p. 217, estima que la versión más permisiva de las comunidades autónomas supone “un margen demasiado amplio y peligroso para considerarlo garantista del valor cultural”. En una dirección paralela, el estudio de J. LÓPEZ JAÉN “Sobre los conjuntos históricos españoles”, en la revista *Ciudad y Territorio: estudios territoriales*, n° 85, 1990 (3), pp. 57–66, en concreto p. 62, estima que la cifra de ciudades españolas que satisfarían las condiciones que la definición legal señala rondaría las 1100 ó 1200, y la realidad está muy por debajo de esa valoración cultural.

Se discute en la doctrina el alcance de esta regulación estatal. Un estudio detallado sobre el supuesto de las alineaciones lleva a cabo C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, 2006, pp. 83–101, en la que con gran objetividad expone cómo la STC 17/1991, en lectura conjunta con la STC 61/1997 sobre urbanismo, no ha resuelto la aplicabilidad de las normas de planeamiento de los arts. 20 y 21 LPHE (en definitiva la extensión de la competencia normativa del Estado sobre expolio del patrimonio histórico) a las comunidades autónomas, de forma que cabrían dos interpretaciones: se trataría de normas vinculantes que constituirían un límite infranqueable a las comunidades autónomas o bien legislación que excede de su ámbito competencial, que se podría modificar o desplazar por aquéllas. Y lo demás, efectivamente, son opiniones de los expertos en Derecho, como expone la autora, p. 100. M^a R. ALONSO IBÁÑEZ, *El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural*, 1991, p. 91 parte igualmente de la incertidumbre de la STC 17/1991. Posteriormente esta autora, en “Normas materiales de ordenación urbanística. A propósito de las remodelaciones urbanas en conjuntos históricos”, en el *Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, 2000, Sosa Wagner dir., pp. 3323–3339, en concreto pp. 3335–3339, expone cómo el legislador estatal, erróneamente a su juicio, no consideraría la regulación de conjuntos en el ámbito de su competencia del art. 149. 1, 28.^a Const., y ello con base en la interpretación del supuesto de *ex-*

En todo caso, a mi juicio, se requiere una interpretación del art. 21 LPHE. Lo cierto es que en este caso, la transcendencia del carácter vinculante o no de la legislación estatal se derivaría de una determinada lectura del art. 21. 3 LPHE que presume la aplicación de la inalterabilidad de las alineaciones, a las remodelaciones urbanas del supuesto del art. 21. 2 LPHE. Esta premisa debe ser reconsiderada a la vista, entre otras, de la STS de 8-5-1989 y sobre todo de las SSTS de 12 y 13 de marzo de 2008 (que se expondrán aquí *infra*), esto es, la LPHE no impondría tal limitación más que cautelarmente, antes de

polio que habría realizado el mismo legislador en el RD 64/1994, sólo ante la inactividad de la comunidad autónoma, por lo que a tenor de esa interpretación del legislador estatal resultaría de aplicación supletoria.

El carácter vinculante de estos preceptos se ha expuesto por L. PAREJO ALFONSO, “Urbanismo y patrimonio histórico” en la Revista *Patrimonio cultural y Derecho*, nº 2, 1998, pp. 55-79, porque delimita el contenido básico del derecho de propiedad, en concreto p. 70, respecto a las prescripciones sobre alineaciones, edificabilidad, parcelaciones y agregaciones, que las relaciona entre las “determinaciones sustantivas de ordenación de directa aplicación” y A. MENÉNDEZ REXACH: “Los planes especiales de protección del patrimonio histórico” en *Urbanismo y patrimonio histórico*, 1999, pp. 184-195, en concreto, pp. 193-194.

También se han pronunciado en general sobre la legislación de patrimonio histórico inequívocamente a favor de su aplicabilidad directa, S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, 1982, vol. I, pp. 590 ss., y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Consideraciones sobre una nueva legislación sobre el patrimonio artístico, histórico y cultural” en *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 39, 1983, pp. 586 ss, de forma previa a la LPHE, y con posterioridad, A. PÉREZ DE ARMIÑÁN, *Las competencias del Estado sobre patrimonio histórico español en la Constitución de 1978*, 1997, pp. 35-98, entre otras, pp. 51-52 que se refiere a la LPHE que puede ser completada pero no sustituida por las normas autonómicas, pp. 60-61, y pp. 95-97, en las que propugna una eventual reforma, aunque no necesaria tras la STC 17/1991, de la LPHE que, dado el ámbito material de una competencia concurrente, precise su carácter indisponible. Diversos supuestos se exponen por M. ALEGRE ÁVILA, “Patrimonio histórico y comunidades autónomas”, *Revista civilta de Derecho Administrativo*, nº 121, 2004, pp. 49-66, en concreto pp. 60-61, que parte de la vinculación de la legislación estatal.

Sobre el carácter no vinculante de los mencionados preceptos se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife de 15-12-2006 (nº St. 389/2006) respecto a la normativa canaria que no recoge la prohibición estatal de parcelaciones, agregaciones o agrupaciones de parcelas, con la argumentación de que se habría producido un desplazamiento de la normativa estatal en la materia al amparo de la competencia exclusiva autonómica (FD 7.º), como recoge A. GONZÁLEZ SANFIEL, ob. cit. pp. 217-218. Este autor, sin embargo, la valora como una resolución desafortunada, al partir de que las normas estatales serían vinculantes.

J. M^a ABAD LICERAS, *Administraciones locales y patrimonio histórico*, pp. 21-24, diferencia en la aplicación de la LPHE un contenido aplicable con carácter principal y otro supletorio, cuando no se trate de exportación o exoliación, y no haya norma en las Comunidades.

aprobar el plan especial, y vigente éste, para las meras sustituciones de inmuebles que no se enmarquen en una operación de remodelación urbana con objeto de mejorar y conservar el conjunto (que además no perjudique a la *trama histórica*). Dicho eso, efectivamente, a mi juicio, la legislación de patrimonio histórico del Estado es vinculante y aplicable en todas las comunidades autónomas, y se impone a su legislación urbanística y de patrimonio histórico o cultural, con base en sus competencias sobre expropiación, exportación, cultura y delimitación básica del derecho de propiedad, entre otras.

Posiblemente, la supuesta antinomia y tensión con la legislación de las comunidades autónomas, se resuelve clarificando el supuesto. El legislador, según mi criterio, estaría definiendo tres supuestos: primero, impide modificar las alineaciones antes de aprobar plan especial (art. 20. 3 LPHE y correlativos de las Comunidades), como se ha expuesto aquí *supra* II; además (segundo supuesto), una vez aprobado el plan, en el caso de meras sustituciones puntuales de inmuebles (sin remodelación urbana), se establece su excepcionalidad y ahí sí, esa situación se restringe con la obligación de mantener las alineaciones y volúmenes y edificabilidad (art. 21. 3, segunda frase, LPHE)⁵⁵, evitando que mediante intervenciones individuales no planificadas se pueda alterar el carácter del *conjunto*; sin perjuicio de que (tercer supuesto, art. 21. 2 con respecto a la estructura urbana, esto es a la *trama histórica* o estructura básica del Conjunto, art. 21. 3, primera frase, LPHE) se admitan excepcionalmente remodelaciones urbanas “sólo en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial urbano o eviten los usos degradantes para el propio Conjunto”, en las que, según mi criterio, sí se podrían modificar alineaciones siempre que no suponga una modificación de la estructura urbana (art. 21. 3, *ab initio*, LPHE), es decir, serían modificaciones puntuales no significativas que se justifican en la propia conservación del Conjunto. Esta excepcionalidad en la aplicación general de estos dos últimos supuestos exigirá prudencia y especial motivación.

El tercer supuesto mencionado de remodelaciones urbanas (art. 21. 2 LPHE), a su vez, puede ser objeto de dos interpretaciones: cuando haya remode-

En este sentido, J. VICENTE DOMINGO: “Consideraciones críticas sobre la política protectora de los conjuntos históricos”, *Revista de Derecho Urbanístico* n° 122, 1991, pp. 115–162, en concreto p. 141, estima que la limitación del art. 21. 3 LPHE es sólo para la sustitución de inmuebles, en interpretación literal del precepto, además de que sustancialmente tampoco parece posible tal remodelación sin afectar a las alineaciones. En contra *vid.* P. BENSUSÁN MARTÍN: *La protección urbanística de los bienes inmuebles históricos*, 1996, p. 229.

laciones urbanas (“sólo en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial urbano o eviten los usos degradantes para el propio Conjunto”), esa actuación más profunda y justificada que una mera sustitución de un inmueble, permite una cierta modificación de alineaciones, prudente, motivada y excepcional, siempre que no perjudique a la *trama histórica* o estructura básica del Conjunto (art. 21. 3, primera frase, LPHE); o bien, en interpretación a mi juicio demasiado forzada, serán admisibles las remodelaciones urbanas con cambio excepcional de las alineaciones, siempre que no supongan, además, sustitución de edificios (por tanto sólo si afectan a espacios libres), porque en ese caso se integrarían el tercer y segundo supuestos (apdos. 2 y 3, segunda frase, del art. 21, LPHE, respectivamente), y se tendrían que mantener las alineaciones que causaran sustitución de inmuebles. Según esta segunda interpretación, el tercer supuesto (art. 21. 2 LPHE) en interpretación conjunta con el apdo. 3, segunda frase, del mismo art. 21 LPHE, parecería requerir, que se tratara de remodelaciones que, en ese caso de alteración de alineaciones, no supusieran adicionalmente sustitución de inmuebles, porque entonces se aplicaría la anterior cautela. Esta lectura, sin embargo, no respeta la delimitación de supuestos legales ya que en ese apartado 3.º del art. 21, segunda frase, LPHE, se determina, según mi criterio, la mera sustitución de inmuebles sin que incluya el plan más consideraciones basadas en remodelaciones necesarias para conservar el Conjunto, porque en este caso ya resultaría aplicable el supuesto del apartado 2.º del mismo art. 21 LPHE. Se debe observar que si bien el legislador podría haber mejorado la redacción (al menos probablemente la sistemática, e invertir el orden, primero determinando los supuestos de sustituciones aisladas de inmuebles permitidas en plan especial y sólo después las remodelaciones en plan especial), esa previsión del art. 21. 3, segunda frase, LPHE, sólo viene a reiterar lo especificado para las meras sustituciones antes de plan especial (art. 20.3 LPHE).

Esto es, a mi juicio, el legislador impide que las meras sustituciones, antes o después del plan (que en estos supuestos no añadiría nada) se acompañen de alteración de edificabilidad; sin embargo, lo que realmente añadiría el art. 21. 2 LPHE es la posibilidad de que un plan especial articule una remodelación con objeto de mejorar el *Conjunto* (“sólo en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial urbano o eviten los usos degradantes para el propio Conjunto”) y en este supuesto sí sería admisible la modificación así justificada de alineaciones puntuales, entiendo que sin perjudicar a la estructura básica de la ciudad histórica, esto es, a la *trama histórica* (art. 21.3, primera frase, LPHE).

Sólo en la primera interpretación dada del tercer supuesto (art. 21. 2 LPHE) tendría, además, cabida el resto de normas de las Comunidades, que han diferenciado, la sustitución de inmuebles manteniendo alineaciones, volúmenes

y edificabilidad, de aquellas remodelaciones urbanas excepcionales si contribuyen a la mejora de la conservación del *conjunto* (que no afecte a la estructura o *trama histórica*), en los términos de las SSTS de 12 y 13 de marzo de 2008 (que se exponen *infra*), esto es, mínimo imprescindible, por calidad ambiental y habitabilidad del espacio del *conjunto*, el diseño condicionado por su valor histórico, integración de la ciudad en el barrio, mantenimiento de la altura de las edificaciones –en este caso–, y de la unidad del barrio; sin más limitaciones, en definitiva, sin impedir que además las modificaciones de alineaciones supongan sustitución de inmuebles. Estas Comunidades habrían acogido entonces la primera de las interpretaciones mencionadas, y en el mismo supuesto, en las normas de Asturias, Murcia e Islas Baleares, estarían a lo que resulte de la interpretación de la norma estatal que, a mi juicio (STC 17/1991, FD 3.º), es legislación aplicable en todo (competencia del) el Estado.

Si bien es indiscutible que el Tribunal Constitucional no ha resuelto explícitamente la extensión de la competencia estatal sobre legislación en materia de planeamiento de protección de Conjuntos (arts. 20 y 21 LPHE)⁵⁶, en mi opinión, sí resultaría implícita la delimitación de la competencia legislativa en la materia y en consecuencia su carácter vinculante (de toda la LPHE), en la referencia (Sentencia 17/1991, FD 3.º) a la competencia legislativa del Estado que puede requerir tratamientos generales o un conjunto de medidas de defensa que se extienden a la defensa frente a la destrucción o despojo e incluyen un plus de protección que permita la preservación de los valores o fines de este patrimonio. A mi juicio el Tribunal Constitucional, al hilo de la impugnación del concepto de expolio del patrimonio histórico del art. 4 LPHE, cuya base argumental no se olvide está en la delimitación de una materia competencial central (art. 149. 1. 28.ª de la Const.), estaría refiriéndose a la constitucionalidad de toda la Ley 16/1985, pues en sus términos el Tribunal alude a legislación, y no sólo a la definición de las competencias ejecutivas de gestión en casos concretos de expolio por inactividad de las comunidades autónomas. En todo caso, también parece que estos concretos preceptos (arts. 20 y 21 LPHE) contendrían medidas con objeto de defender este patrimonio además de garantizar su finalidad⁵⁷, por lo que se subsumen en el pronunciamiento del

C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación urbanística...*, ob. cit., loc. cit.

En una argumentación similar con ocasión del análisis de la competencia del Estado sobre el establecimiento de las dos categorías de protección, BIC y catalogados, objeto de pronunciamiento en la misma STC 17/1991, FD 10-º, *vid.* J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Estudios sobre el Derecho del patrimonio histórico*, 2008, p. 154: "...Este, por su parte señaló que la calificación de BIC...

Tribunal acerca de su consideración como ámbito material de la competencia legislativa del Estado. Otra cosa será si efectivamente estos preceptos están en contradicción con la regulación de las Comunidades que permiten la modificación de alineaciones mediante plan especial en casos excepcionales de remodelaciones urbanas en la medida en que lo requiera su mejor conservación, lo que a mi juicio como se ha expuesto, está incluido en el art. 21. 2 y art. 21. 3, primera frase, LPHE, con las cautelas mencionadas. De forma que, al menos en esta cuestión, los supuestos de los arts. 20 y 21 LPHE en todas las comunidades autónomas no resultan modificados sino clarificados en las normas de las Comunidades.

De ahí no se deriva la existencia de un portillo que permita la modificación arbitraria de alineaciones en planes especiales, sino, una posibilidad *excepcional* que sólo estará justificada en determinados casos cuando *se atienda mejor a la conservación del Conjunto evitando usos degradantes y a su integración con su entorno urbano*, en tanto no perturbe la *trama histórica* o estructura básica del Conjunto, sino que su objeto sea precisamente su mejor conservación, sólo, por tanto, en los prudentes términos que había sido sugerido por la mejor doctrina⁵⁸, sin que resulte a mi juicio procedente aquí una interpretación con base en una lectura acorde con la teleología del precepto o su contexto social, que no puede ser otro que lo preceptuado en la LPHE, aunque nos pueda parecer excesivo, aunque todas las propuestas sean oportunas de *lege ferenda*.

Como se expondrá, el mismo Tribunal Supremo en recientes sentencias (SSTS 12 y 13 de marzo de 2008) ha confirmado la legislación de las Comunidades que admite la modificación de alineaciones, sin circunscribirla a supuestos que no sean de sustitución de inmuebles, con base además en la citada STS de 8-5-1989 que expresamente admitía la remodelación urbana en plan especial si no afectaba a la *trama histórica o estructura básica o fundamental*.

constituye un requisito para que puedan gozar de singular protección y tutela y, por ello, es también un requisito para su defensa contra la exportación y la expoliación. Este es efectivamente, el título habilitante que justifica que el Estado establezca, por Ley, las categorías de protección pues sin éstas es difícil adoptar medidas contra la expoliación y más difícil aún es gestionar el régimen de exportación...”.

C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación urbanística...*, 2006, ob. cit. pp. 227-231, y en la reciente valoración de esta materia en la LPHAnd, en “Innovaciones de la Ley 14/2007...”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 68, pp. 73-111, 2007, p. 87.

A mi juicio, una vez que se considera que las normas de las Comunidades tienen que respetar el art. 21 LPHE (STC 17/1991, FD 3.^o), y que el Tribunal Supremo las ha aplicado sin discutir su constitucionalidad en dos Sentencias de 2008, como se expone a continuación, deberá concluirse⁵⁹ que tal pronunciamiento del Tribunal Supremo supone indirectamente la confirmación de la interpretación aquí propuesta, esto es, el supuesto del art. 21. 2 LPHE se delimita de forma independiente (no adicionada en ningún caso) al del apdo. 3, segunda frase, del mismo art. 21 LPHE, permitiendo en consecuencia las remodelaciones urbanas (sustitución de inmuebles, alteración de alineaciones), que podrán incluir en su caso modificación de alineaciones que requieran sustitución de edificaciones si no se afecta a la estructura básica de la ciudad histórica (que contribuyan a la conservación del *conjunto* y no perjudiquen a la *trama histórica*), de conformidad con los apdos. 2 y 3, art. 21 LPHE.

Parece necesario hacer una exposición de esta jurisprudencia, con sentencias en las que se ha mostrado una interpretación extensiva del art. 21. 3, segunda frase, LPHE y otras más centradas en preservar el objetivo de la conservación de la estructura urbana permitiendo alteraciones puntuales y motivadas de alineaciones, aunque con base en regulación de las Comunidades más acabada. Podría tratarse también de dos líneas jurisprudenciales, pero, tal como aquí se aprecia, indicarían más bien una evolución en la doctrina del Tribunal Supremo.

b, 1) La posición original del Tribunal Supremo de estricta inalterabilidad de las alineaciones en conjuntos históricos

Así, de un lado el art. 20. 3 LPHE impone la conservación de las alineaciones en tanto no se apruebe el plan especial; y a su vez, el art. 21. 3 LPHE declara terminantemente la conservación de la estructura urbana en los *conjuntos* y, en todo caso, el respeto a las alineaciones existentes, por lo que en interpretación extensiva sería una obligación también aplicable una vez aprobado el plan especial, al menos cuando haya sustitución de inmuebles, se trate o no de remodelaciones urbanas. Esta lectura no circunscribiría esta limitación sólo a los supuestos de sustitución puntual de inmuebles sino también, erróneamente a mi juicio, a los enmarcados en una remodelación urbana planificada y justificada en la propia conservación del *conjunto*.

Y salvo que se interprete que el Tribunal Supremo no se ha planteado el problema más que desde la perspectiva de la regulación de las Comunidades, y sin que discuta su competencia para regular de otra forma sobre la materia.

En aplicación extensiva de la conservación de alineaciones preceptuada en los arts. 20. 3 y 21. 3 LPHE, sólo se ha pronunciado la STS 5-3-1999 (rec. n° 1857/1993) que confirmó la Sentencia de instancia (del TSJ Andalucía de 31-7-1992⁶⁰) que anuló la aprobación definitiva de la revisión de un plan general (Sevilla) que con el contenido típico de plan de protección (lo que es avalado por el Tribunal frente al recurso) preveía la modificación puntual de la alineación de la Calle Céspedes de Sevilla. El pronunciamiento del Tribunal es contundente, y en su argumentación no se diferencian los supuestos tal y como aquí se ha propuesto (meras sustituciones admisibles según el plan que no podrán alterar alineaciones, volumen o edificabilidad, frente a otras remodelaciones urbanas más complejas y justificadas “sólo en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial urbano o eviten los usos degradantes para el propio Conjunto”, que sí podrían articularlas). Al contrario, el Tribunal, confirma la STSJ de Andalucía de 31-7-1992 y ambas realizan una interpretación del art. 21. 3 LPHE extensiva, esto es, imponiendo la limitación de alteración de alineaciones establecida para la sustitución de inmuebles del apartado 3.º, segunda frase, también a las remodelaciones del apartado 2.º, del art. 21 LPHE⁶¹.

Un comentario sobre estas Sentencias, en C. BARRERO RODRÍGUEZ: “La alteración de alineaciones en los Conjuntos Históricos. La interpretación del artículo 21. 3 de la Ley del Patrimonio Histórico Español (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1999)” en la Revista *Patrimonio Cultural y Derecho* n° 3, 1999. La autora considera que la regla de inmutabilidad de alineaciones carece de fundamento en los casos de ensanches de los últimos años, por lo que propone diferenciar en su interpretación los supuestos en los que el valor cultural exige la intangibilidad de las alineaciones de esos otros en los que su tutela precisamente requiere su modificación.

“CUARTO.— La finalidad de protección de la Ley 16/1985 se intensifica cuando la misma se ocupa de Conjuntos históricos ya que excepcionalmente permite remodelaciones urbanas en ellos pero sólo —según reza su artículo 21.2— en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degradantes para el propio Conjunto.

De la misma forma —según el artículo 21.3 de la calendada Ley— la conservación de dichos conjuntos comporta el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica, así como de las características generales de su ambiente. Es en este contexto normativo en el que se inserta el precepto que se discute en esta casación. La Ley dispone que se considerarán excepcionales las sustituciones de inmuebles, aunque sean parciales, y que sólo podrán realizarse en la medida en que contribuyan a la conservación general del carácter del conjunto. *Elevando aún más el nivel de protección se obliga a mantener las alineaciones urbanas existentes, precisando el inciso final del precepto que dicho mantenimiento se hará «en todo caso»; es decir, «siempre».*

La STS 29-3-2004 (rec. n.º 6067/2001) también ha considerado que *prima facie* no es posible (tampoco tras la aprobación del plan especial) modificar la estructura urbana y arquitectónica ni las alineaciones, si bien hay que contextualizar este pronunciamiento en el caso resuelto, dado que se trataba de una modificación de alineación interior o fondo del edificio, que el Tribunal diferencia de las alineaciones exteriores a las que se referirían los arts. 20. 3 y 21. 3 LPHE. El caso merece un especial detenimiento, porque una vez que el Tribunal aprecia tal punto de partida, sin embargo va a referirse a continuación a la posibilidad de atender a las necesidades sociales de habitabilidad de las viviendas en el *conjunto* y de modificaciones que no afecten a la estructura urbana ni arquitectónica ni a las características generales del ambiente (aunque parece que esta perífrasis del Tribunal no engloba la alteración de alineaciones). Se trataba de la impugnación de la previsión en un plan general con objetivos y criterios para un futuro plan especial, que aquél califica (FD 10.º) de plan mixto, y participa a la vez de la naturaleza propia de los planes de protección (art. 20. 1 LPHE) y reforma interior (art. 23 TRLS 1992). Sin embargo el Tribunal duda de tal calificación a la luz del previsible contenido del plan especial, aunque sólo tiene a su vista las determinaciones impugnadas: previsión de más viviendas, regularización de alineaciones interiores, cierres de manzana, avances sobre espacios libres de parcela, usos de oficinas públicas. Estas determinaciones, al menos, considera el Tribunal, no suponen verdadera reforma interior del art. 23 TRLS 1992, por lo que su análisis lo hace a la luz exclusivamente de la LPHE. En primer lugar expone las determinaciones y las limitaciones de los planes especiales de protección, más apegado a la letra de los arts. 20. 3 y 21. 3 LPHE y la intangibilidad de la estructura urbana en los conjuntos históricos, aunque admite (*óbiter dictum*) la alteración de alineaciones en plan especial⁶².

El sentido gramatical del texto es inequívoco, no pudiéndose apreciar que su mandato sea contrario a la finalidad propia de la norma, atendida la naturaleza misma de un conjunto histórico como Bien de Interés Cultural, tal como lo define la propia Ley en su artículo 15.3. La interpretación literal es, por ello, suficiente y obligada.” (cursiva no original).

Las posibles dudas sobre si extiende o no la prohibición a supuestos de remodelaciones urbanas se desvelan con la lectura de la STSJ de Andalucía citada de 31-7-1992 en la que se basa: “...Ahora bien, el legislador ha querido elevar aún más el nivel de protección de estos bienes de interés cultural, hasta el punto de obligar, en todo caso, a mantener las alineaciones urbanas existentes, de forma tal que la posible remodelación que en un Conjunto Histórico permite el número 2 del artículo 21 LPHE siempre encontrará la limitación de tener que conservar y mantener inmodificables las alineaciones preexistentes...”.

“... Estos Planes Especiales, cuya finalidad es proteger una determinada área, han de contener las siguientes determinaciones, según el artículo 20.2... tienen las siguientes limitaciones:...

Y en la argumentación del Tribunal habría sido suficiente con la alusión a que tales determinaciones en su caso (ya que no se pueden ahora analizar pues no se recogen en la Sentencia) no suponen modificación de las alineaciones exteriores, pero continúa su argumentación con la referencia a un concepto *metajurídico*, a la “rehabilitación integrada”, “con la finalidad de recuperación de área residencial y de las actividades económicas”, en una argumentación, innecesaria a mi juicio, toda vez que la solución del caso que interesaba tenía cabida *prima facie* en los arts. 20. 2 (sustitución de inmuebles) y en el art. 21. 3 LPHE, si no modificaba las alineaciones exteriores, y porque el Tribunal se refiere a excepcionales modificaciones, de sustitución de inmuebles y actuaciones que no afectarían a la estructura urbana ni arquitectónica ni a las características generales del ambiente⁶³. Además parece que la base de tal concepto se encuentra sin duda en las áreas de rehabilitación integrada del art. 20. 2 LPHE, establecidas con la mera finalidad de articular incentivos económicos.

4ª.—En todo caso se mantendrán las alineaciones urbanas existentes (artículo 21.3).

5ª.—Hasta la aprobación del Plan Especial no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones (artículo 20.3, in fine)...“ (FD 10.º).

El Tribunal parece admitir (*a contrario* limitación 5.ª) la modificación de alineaciones mediante plan especial.

“...Esas modificaciones (y las conexonadas con ellas) tienen la finalidad, directa en unos casos e indirecta en otros, de recuperar el índice de densidad humana, criterio éste que ya se encontraba en el Plan General originario, como forma de evitar el despoblamiento del Recinto Amurallado. Este criterio de aumento de la densidad, que parece ser mirado con disfavor jurídicamente por la Sala de instancia, responde a un designio de política urbanística, de naturaleza metajurídica, que, en la medida en que respete las limitaciones y persiga los objetivos legalmente fijados, es tan aceptable jurídicamente como cualquier otro.

Pues bien, las modificaciones de que se trata tienen su justificación en el concepto de rehabilitación integrada que permite el artículo 20.2 LPH, con la finalidad de recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas.

Y ni el aumento del número de viviendas ni el uso de oficinas en todas las plantas del edificio, ni la regularización de alineaciones interiores (que no son las alienaciones urbanas que el artículo 21.3 ordena mantener, como líneas exteriores de separación de los solares y la vía pública), ni los cierres de manzana sin aumento de superficie construida o de ocupación, ni, finalmente, las nuevas determinaciones sobre usos son medidas urbanísticas que supongan en sí mismas consideradas una dislocación de la estructura urbana ni arquitectónica del Conjunto ni de las características generales del ambiente, sino que tienen su apoyo en el concepto de «rehabilitación integrada».

Respecto de los derribos, la modificación núm. 10 se limita a perfeccionar y limitar la norma 2.3.c) del Plan General, que ya las permitía. Se prescribe ahora que los derribos sólo podrán autorizarse cuando el edificio «carezca de valor histórico, monumental o tipológico, o por cual-

Hay varias sentencias que sí se refieren, expresamente resolviendo el caso, a la posibilidad de modificar las alineaciones de la estructura del conjunto histórico, eso sí, con la precisión de que se lleve a cabo a través del correspondiente plan especial.

b, 2) Modificación de alineaciones en aplicación de legislación autonómica confirmada por el Tribunal Supremo

Una vez aprobado un plan especial también la jurisprudencia admite la modificación de alineaciones en un conjunto histórico. El precedente judicial más claro de esta línea jurisprudencial se encuentra en la citada⁶⁴ STS de 8-5-1989 (vigente sólo la LPHE pero aún no la LPCVa), que confirmó la aprobación de un plan especial de reforma interior en sector histórico-artístico de Valencia, que preveía abrir nuevas calles y plazas, al no afectar a la trama histórica, esto es a la que califica como “estructura fundamental o básica de la ciudad”, sino a una estructura “secundaria”.

Un supuesto de especial relevancia en el ámbito autonómico (por tratarse de una afección a zona singular de conjunto histórico), es el de la STSJ de Castilla y León de 5-5-2006 (rec. n.º 659/2004) sobre la ampliación del edificio de la Casa Consistorial de Soria mediante una modificación puntual en el Plan

quier otra circunstancia», y se impone en todo caso el mantenimiento de la altura y el volumen preexistentes. Esta modificación respeta en sí misma considerada la limitación del artículo 21.3 sobre la excepcionalidad de la sustitución de inmuebles.

En la modificación núm. 9 se aclara, en sentido restrictivo, lo que puedan ser «renovaciones parciales», especificando que sólo lo serán «las pequeñas reparaciones o actuaciones en cualquier elemento de un edificio que puedan tener cabida en los conceptos de restauración, conservación y rehabilitación», lo que no contraría el artículo 21.3.

En la modificación núm. 12, que regula los aumentos de volumen en los edificios no monumentales con destino total a equipamientos de tipo comunitario, se limita el planificador a remitirse a lo que ya preveía antes respecto de las distintas Áreas (Cultural, Sanitaria, Asistencial, etc.) y a fijar el incremento en el Área Religiosa, que antes no tenía limitación expresa y que ahora se fija en un 15%, que es lo que antes se autorizaba con carácter general para los equipamientos. Estas determinaciones no perjudican por sí mismas a la estructura urbana ni arquitectónica ni a las características generales del ambiente.

Todas las demás modificaciones (a excepción de las números 5, 6 y 15, a las que nos referíamos al principio) están relacionadas con éstas y no hay en ellas nada que infrinja los preceptos de la LPH” (FD 10.º).

Supra, aquí epígrafe a) anterior *in fine*.

Especial de Reforma Interior y Protección del Conjunto Histórico de 27-10-2004 que se impugna por el Colegio de Arquitectos, y supone un cambio de alineaciones, una reordenación de espacios públicos colindantes a la Plaza Mayor y Palacio de la Audiencia, así como la supresión de la calle Teatro, alterando el trazado de la calle Pósito. El Tribunal resuelve primero la posible modificación del planeamiento general por el plan especial, y concluye que la supresión de una calle no es un sistema general ni afecta al modelo territorial del municipio, sino una dotación urbanística que no se puede considerar de ordenación general (FD 6.º), límite que como se ha comentado se impone a los planes especiales por estar reservados al planeamiento general. Y en segundo lugar, el Tribunal se pronuncia sobre la posibilidad conforme a la legislación de las comunidades autónomas en ese caso, de modificación de alineaciones. Partiendo del tenor literal del art. 42, apdos. 1 (mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica) y 4 (prohibición de modificación de alineaciones y rasantes existentes, alteraciones de volumen, edificabilidad, parcelaciones, agregaciones o de la armonía del *conjunto*, salvo excepcionalmente “siempre que contribuyan a la conservación general del bien y estén comprendidas en la figura de planeamiento de protección”), de la Ley 12/2002 de Patrimonio Cultural de Castilla y León, el Tribunal resuelve que en tal actuación con alteración de alineaciones, no hay modificación de la estructura urbana y arquitectónica⁶⁵.

En ese caso, no se entiende qué conservación del bien supone la eliminación de una calle que es trama histórica en un área especialmente relevante del Conjunto, como es la Plaza Mayor de Soria, que, como exponía el Colegio de Arquitectos, no es modelo de plaza castellana cerrada, al contrario, es y parece que ha sido siempre abierta, y eso la singulariza o al menos es lo que la caracterizaba precisamente, de forma que, a mi juicio, tal alteración no respeta el supuesto legal de la LPCCyL (ni en los mismos términos expuestos la LPHE), sin que sea posible observar qué bien se produce al conjunto histórico con la supresión de una calle en plena confluencia con la Plaza Mayor, y en consecuencia, según mi criterio, esta modificación debió ser anulada.

“... no se aprecia que las modificaciones que se realizan produzcan una modificación en la estructura urbana y arquitectónica y de la silueta paisajística, así como de las características generales de su ambiente que afecten negativamente al bien de interés, sino todo lo contrario, *se justifica el beneficio que a este bien se produce*, sin que exista prueba que desvirtúe esta justificación, no produciéndose *ningún cambio que afecte a la armonía del conjunto* en sentido negativo, sino que contribuyen a la conservación del bien, al realizar el mismo” (FD 8.º, cursiva no original).

También el Tribunal Supremo ha admitido la modificación de alineaciones una vez aprobado el plan especial de protección, y para ello pondera si tal alteración supone una afección a la estructura urbana o “trama histórica”. En concreto son de gran relevancia al respecto las SSTS de 12-3-2008 (rec. n.º 4054/2005) y 13-3-2008 (rec. n.º 4048/2005) en relación con la misma sentencia de instancia, que conocían de los recursos frente a la aprobación definitiva del Plan Especial y de Reforma Interior del *Cabanyal-Canyamelar* de Valencia por el *Conseller* de obras públicas y urbanismo valenciano y frente al informe previo de la Subsecretaría de la *Consellería de Cultura* sobre el proyecto del mencionado plan especial. Estas Sentencias se enmarcan en la regulación autonómica, en concreto el art. 39. 2 de la Ley del Patrimonio Cultural Valenciano⁶⁶, que establece expresamente posibilidades más amplias de alterar las alineaciones (como en el supuesto de la legislación de Castilla y León comentado *supra*), pero finalmente el Tribunal parece pronunciarse en términos más genéricos, y de hecho, se basa en la cita de la STS de 8-5-1989 mencionada, en la que se confirmaba un plan especial que articulaba nuevas plazas y calles en sector histórico-artístico por no afectar a la trama histórica o “fundamental”, sino a la “secundaria”.

Esta Sentencia de 13 de marzo, que reitera los pronunciamientos de la del día 12 anterior, resuelve diversas cuestiones trascendentales. Una vez que confirma la legalidad de la tramitación conjunta de plan especial de reforma y de protección (FD 2.º g), afirma (FD 9.º) que la alegación directa al art. 46 de la Constitución por el demandante sólo procedería en relación con la norma legal que lo desarrolla, de conformidad a lo establecido en el art. 53. 3 de la Constitución para los principios rectores, y al carecer de ésta la desestima. La Sentencia califica *el* informe previo de Cultura como acto de trámite inimpugnable en tanto no se incorpore a la resolución definitiva (FD 4.º). Por otro lado se plantea (dada la demanda) si la alteración de las alineaciones propuesta en el PEPRI puede constituir un supuesto de expolio, lo que le llevará a pronunciarse sobre la modificación de alineaciones. El Tribunal considera (FD 12.º) que no puede afirmarse tal extremo, porque aunque las Administraciones públicas puedan ser sujetos activos de expolio, sin embargo tal tipo exige en primer lugar que los órganos competentes del Ministerio de Cultura hayan calificado el supuesto en esos términos previa la oportuna denuncia (datos ambos

“Se mantendrá la estructura urbana y arquitectónica del Conjunto y las características generales del medio ambiente y la silueta paisajística. No se permitirán modificaciones de alineaciones, alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones de inmuebles, salvo que contribuyan a la mejor conservación General del Conjunto”.

que en este caso no han llegado a producirse (o al menos el Tribunal no tenía noticia⁶⁷), y en segundo lugar, tal infracción requeriría una actuación arbitraria o irracional, lo que tampoco aprecia el Tribunal dada la actuación conjunta de las Administraciones con competencias para ello, y la motivación y justificación de las modificaciones aprobadas. La motivación se va a revelar con especial transcendencia, y así, el Tribunal acepta los considerandos de la Sentencia de instancia (FJ. 6.º) que reproduce en su FD 3.º (apdo. e), mediante la justificación dada en los informes técnicos, esencialmente con base en *modificación de mínimo imprescindible, la calidad ambiental, la habitabilidad y calidad del espacio del conjunto histórico, el diseño final de las nuevas alineaciones condicionado por su valor histórico, la integración en la ciudad del barrio, mantenimiento de la altura en las edificaciones y de la unidad del barrio*⁶⁸. Esta motivación no constituye a mi juicio una inter-

Sobre la declaración estatal de expolio *vid.* la STS de 25-5-2009, y la actuación subsiguiente: Orden del Ministerio de Cultura 3631/2009, de 29 de diciembre, por la que se resuelve el procedimiento por expoliación del conjunto histórico del *Cabanyal* (BOE 8-1-2010); Decreto-Ley 1/2010, de 7 de enero, del *Consell de la Generalitat Valenciana*, de medidas de protección y restitución del conjunto histórico de la Ciudad de Valencia; y su impugnación mediante recurso de inconstitucionalidad 803/2010 ante el Tribunal Constitucional. Posteriormente Ley 2/2010 de revitalización del Conjunto Histórico de Valencia, también impugnada ante el TC.

Por su interés, en cuanto refiere la justificación necesaria en el plan especial para modificar alineaciones, se reproduce en extenso:

“La sentencia de instancia, en su Fundamento Jurídico Sexto, aborda la que Sala considera cuestión nuclear del litigio, que consiste en determinar si el PEPR del “Cabanyal-Canyamelar” da cumplimiento al artículo 39.2.a) de la LPCV por contribuir a la mejor conservación general del Conjunto.

De nuevo cita aquí la Sala de instancia el informe de la Conselleria de Cultura, que se sustenta a su vez en el dictamen del Arquitecto Sr. Cornelio, quien mantiene que el proyecto es respetuoso con la trama de los viarios, *limitando al mínimo imprescindible la alteración de alineaciones introducida*, por el hecho de que *la prolongación proyectada se aparta de su traza natural, recta, para continuar en diagonal y su anchura se reduce a la mitad, alteraciones que dicho Arquitecto consideraría absolutamente incomprensibles e injustificables si no se hubiese tenido en cuenta el factor del medio urbano por el que atraviesa y de su valor histórico*, el cual ha condicionado decisivamente el diseño final. Igualmente, frente al criterio mantenido por el Arquitecto Inspector de Patrimonio, que en su informe entiende la prolongación de la avenida Blasco Ibáñez como una “barrera” que partiría en dos los barrios afectados, el Sr. Cornelio atribuye esta apreciación a una “simplificadora visión del problema” y defiende la prolongación como “*centro vertebrador de estos barrios*”, poniendo la misma en relación con el caso de la Gran Vía Marqués del Turia, a la que nadie podría atribuir, sin faltar a la verdad y el rigor, el papel de barrera en el Ensanche, sino más bien de todo lo contrario, como “*elemento de orden principal y foco de actividad que, lejos de separar, une e identifica las piezas colindantes*” que constituye el *eje vertebrador del barrio del Ensanche*.

pretación razonable del supuesto de remodelación urbana (art. 21. 2 en relación con el apdo. 3.º, primera frase, del mismo artículo, LPHE), de lo que constituye mejora y conservación del conjunto sin afectar a la trama histórica, como se comentará *infra*.

Se transcriben también en este apartado de la sentencia otros fragmentos del informe del Sr. Cornelio en los que se indica, entre otras cosas, que *la no ejecución de esta apertura —la prolongación de la avenida Blasco Ibáñez— no garantizaría una revitalización sostenible de este núcleo* y que, por el contrario, la apertura del Paseo al Mar *mejorará muy sensiblemente la escala urbana, la habitabilidad y las condiciones medio-ambientales del trazado urbano actual, una densa y mal aireada trama cuyo valor histórico o singularidad no justifica su preservación integral a costa de su viabilidad futura y de su calidad ambiental*; por lo que el Arquitecto informante considera que la *remodelación limitada de alineaciones* que representa la apertura proyectada del Paseo al Mar está más que justificada por la mejora que en la habitabilidad y calidades del espacio físico urbano representa esta avenida.

Y después de reseñar lo anterior —lo que hemos recogido no es sino una síntesis del Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia— la Sala de instancia hace la siguiente valoración:

“(…) Pues bien, estas razones se comparten por la Sala y no han sido desvirtuadas convenientemente por la actora, que admite no obstante la *degradación del barrio* si bien lo achaca al olvido histórico a que ha sido sometido por las Administraciones Públicas y al hecho de que el Plan General de 1988 decidiera diferir el desarrollo planificador del barrio. En consecuencia, no solo se trata de facilitar la conexión de Valencia con el Mar, el propio nombre original de prolongación del Paseo al Mar, como se denominó en su día a la calle Blasco Ibáñez, delata esta finalidad, por otra parte legítima, y que por sí misma pudiera justificar el sacrificio particular de determinados derechos, sino igualmente de *lograr la mejora del barrio del Cabanyal–Cañamelar, facilitando su integración en la Ciudad y siendo respetuoso con la identidad del conjunto del barrio*, al prever el PEPRI una *penetración en el mismo blanda*, mediante una avenida–bulevar de 48 metros de ancho, *alterando la línea recta lógica, al objeto de evitar los menores perjuicios al citado Barrio, respetando las alineaciones en sentido horizontal de las calles con las que cruza y manteniendo una altura de edificación* en sus márgenes de 5 alturas, *moderadas en relación con la anchura de la calle*, que contrastan con las 20 que de media existen en la Avenida que se prolonga, de tal suerte que *no se rompa la unidad del barrio* objeto de protección que será *siempre reconocible* por dichas circunstancias.

Esta interpretación del artículo 39.2 de la Ley 4/1998, aun cuando no referida a dicho precepto, tiene respaldo jurisprudencial en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989, recaída precisamente en un Plan Especial que afectaba a una trama histórico–Artística del suelo urbano de Valencia, en concreto al Barrio de Velluters, y dice en su fundamento jurídico tercero que: “Establecido lo anterior y puesto en relación con la legalidad urbanística vigente en Valencia y su comarca es patente que *la apertura de nuevas calles y de plazas que se prevén en el Plan Especial de Reforma denominado dels Velluters o del Pilar no modifica la estructura fundamental del Plan General, ni rompe la coherencia de éste*. Porque, tal y como requiere el Plan General, *respete la trama histórico-artística del suelo* a que se refiere e *incluso la recobra y la realza mediante la demolición de inmuebles que [han] alcanzado un grado de deterioro irreversible*”. Esto es, *la apertura de nuevas calles y plazas no supone en sí misma una incompatibilidad con la trama histórico-artística*”. (FD 2.º STS 13–3–2008 citada, cursiva no original).

Y finalmente el Tribunal vuelve a plantearse (FD 13.^o) en concreto si hay vulneración de la norma autonómica referida sobre prohibición de modificación de alineaciones salvo que contribuyan a la mejor conservación del conjunto. El demandante sostenía (FD 13.^o) que la Sentencia de instancia infringía jurisprudencia del Supremo que cita (SSTS 5-3-1999 y 29-1-2000⁶⁹) y el Tribunal afirma que tal doctrina se refiere sólo a la norma estatal y no a la autonómica –lo que parece inquietante si la solución en el supuesto de la norma estatal pudiera ser distinta dado que parece poder admitir la competencia de las Comunidades sobre la materia–, pero, además, añade el Tribunal de forma laconica, que tampoco hay contradicción de tal doctrina con la solución adoptada por la Sentencia de instancia. En todo caso el Tribunal concluye aludiendo no sólo a la regulación autonómica sino también al *Convenio Europeo del Paisaje de 20 de octubre de 2000*, en una solución ponderada entre la “exacerbada protección y la conservación imprescindible”, en la solución de lo que deba considerarse “contribución a la mejor conservación del conjunto” en los términos del art. 39. 2 de la Ley Valenciana⁷⁰. Las referencias de la Sentencia al

Como se ha comentado sólo la STS 5-3-1999 parece que aplica literalmente el art. 21. 3 LPHE; posiblemente la cita supuesta por el demandante de la STS 29-1-2000 sea un error, y se refiera a la STS 29-1-2002, aquí citada *supra* II, pero ésta trata de una alteración de volumen, edificabilidad y superficie de ocupación (parece que además sin alteración de alineación) sin plan especial (art. 20. 3 LPHE), por lo que no resulta aplicable al caso de enjuiciamiento de alteración de alineaciones mediante plan especial (art. 21 LPHE).

“Al margen de tratarse de una jurisprudencia relacionada con la norma estatal que se cita –y no con la norma autonómica– su análisis conduce a la conclusión de no resultar su doctrina contradictoria con la decisión adoptada por la Sala de instancia al interpretar, en forma correcta, la norma autonómica que, sin duda, posibilita la modificación de alineaciones –así como otras actuaciones que la norma cita, tales como las alteraciones de la edificabilidad, las parcelaciones y las agregaciones de inmuebles–, siempre y cuando las mismas “contribuyan a la mejor conservación general del Conjunto”, que es justamente la conclusión a la que llega la sentencia de instancia en relación con el PEPRI impugnado alcanzado una interpretación equidistante entre un reduccionismo exacerbado y la imprescindible conservación y mejora futura del patrimonio histórico.

Tal actuación urbanística y la decisión jurisdiccional que la avala se sitúan en el actual ámbito del *Convenio Europeo del Paisaje* (núm. 176 del Consejo de Europa), hecho en Florencia el 20 de octubre de 2000 y recientemente ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación de 6 de noviembre de 2007, publicado en el BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2008, y en el que los Estados Miembros del Consejo de Europa reconocen su preocupación “por alcanzar un desarrollo sostenible basado en una relación equilibrada y armoniosa entre las necesidades sociales, la economía y el medio ambiente”, ya que, tras reconocer todos los beneficios que la conservación del paisaje implica, sin embargo, toman nota “de que la evolución de las técnicas de producción

Convenio Europeo del Paisaje y la solución ponderada del planeamiento a la que se refiere, parecen relacionar esta argumentación con la de la STS 29-3-2004, citada *supra*.

Estas dos sentencias plantean, de un lado, la aplicación de la legislación de la propia Comunidad, y, de otro, su interpretación y en su caso validez en el marco de la legislación estatal, lo que no se plantea o no discute el Tribunal. La primera cuestión, según mi criterio, se resuelve confusamente en las dos sentencias citadas, dado que parece evidente la modificación de la estructura urbana, ya que no se trata de cambios puntuales sino de una seria afección a la trama urbana.

En definitiva, sobre la posible duda en la interpretación de los apartados 2 y 3 del art. 21 LPHE, se puede concluir, según mi criterio, que la Ley determina como regla general la conservación de la estructura y arquitectónica (art. 21. 3, primera frase, LPHE), lo que supone que en un *conjunto* con plan especial aprobado sólo excepcionalmente serán admisibles: el supuesto de *sustitución de inmuebles* si contribuye a la conservación general del carácter del *conjunto* y en este caso conservando las alineaciones (art. 21. 3, segunda frase, LPHE); y el supuesto de *remodelaciones urbanas*, para una mejora de la relación con el entorno territorial urbano o las que eviten usos degradantes del propio *conjunto* (art. 21. 2 LPHE). Este supuesto implica asumir sólo la posible modificación de alineaciones justificadas en remodelaciones urbanas (“sólo en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial urbano o eviten los usos degradantes para el propio Conjunto”) previstas en el plan especial, que respeten la estructura urbana (*trama histórica*, art. 21. 3, primera frase, LPHE) y no las que pretendieran derivarse de puntuales sustituciones de inmuebles (aunque estuvieran en plan). Se requeriría, entonces, un plan especial que hubiera proyectado y justificado una remodelación urbana para la mejora de conservación del conjunto que hubiera previsto modificaciones puntuales de

agrícola, forestal, industrial y minera, así como en materia de ordenación del territorio y urbanística, transporte, infraestructura, turismo y ocio y, a nivel mas general, los cambios en la economía mundial están acelerando en muchos casos la transformación de los paisajes”. Esto es, la actuación urbanística que nos ocupa se sitúa en el marco de una política que *combina la protección de los aspectos más significativos y característicos del Conjunto Histórico Cabanyal-Canyamelar con la decisión* –adoptada en el PGOU y calificada de objetivo irrenunciable del mismo– *de conseguir abrir la ciudad al mar*; decisión, objetivamente compartida con otras muchas ciudades que con sus nuevos paseos marítimos –de manifiesta aceptación ciudadana– terminan con otras concepciones históricas de cerrar la ciudad al mar y construirla de espaldas a ella” (FD 13.º STS 13-3-2008, cursiva no original).

alineaciones que no afectaran a la estructura urbana. Y la mejora de la conservación del *conjunto* se deberá acreditar justificando, al menos de momento, que se trate de modificaciones de mínimo imprescindible, por la calidad ambiental y habitabilidad del *conjunto*, el diseño final de las nuevas alineaciones condicionado por su valor histórico, la integración de la ciudad en el barrio, y el mantenimiento de la altura de las edificaciones –en este caso– y de la unidad del barrio.

En este contexto se puede interpretar la regulación de las Comunidades que no han especificado más que la legislación estatal, y las que lo han concretado en este sentido, sirviendo como apoyo a esta argumentación los pronunciamientos de las SSTS de 8-5-1989 y de 12 y 13 de marzo de 2008, citadas. Sólo la STS 5-3-1999 parece determinar la aplicación extensiva del art. 21. 3, segunda frase, LPHE también a las remodelaciones urbanas (del art. 21, apdo. 2 y apdo. 3 en su primera frase). Además, en sentido contrario otra STS posterior de 2-2-2000, citada, negaba la posibilidad de modificar alineaciones en *conjuntos* mientras no existiera plan especial y ello sólo con base en la LPHE (FD 5.º, páfo 3º, transcrito *supra*), *obiter dictum* que a contrario permite confirmar esta interpretación que aquí se propone.

A mi juicio no resulta necesario ponderar con condiciones extrañas a la Ley con base en conceptos metajurídicos, en términos de la STS de 29-3-2004, citada, sino con base en los objetivos de protección de la propia Ley, los de mantenimiento a ultranza de las alineaciones, de un lado, o la conservación del *conjunto* (que en su caso incluye su mejora y modificación de alineaciones sin afectar a su estructura urbana básica o *trama histórica*), de otro, como bien han matizado algunas normas de comunidades autónomas, y constituyen la base del pronunciamiento de las SSTS de 12 y 13 de marzo de 2008 (FD 13.º), marco jurisprudencial y legal, que vislumbra una interpretación acorde de ambas determinaciones. Esta doctrina judicial, al margen de la solución del caso concreto que se comentará *infra* si bien se realiza en interpretación de normas de las Comunidades citadas, resulta a mi juicio racionalmente contextualizada en el art. 21. 2 LPHE (respeto a la estructura urbana y posibles reformas que no le afecten y supongan mejora del *conjunto*), precepto que necesariamente también se aplica (se trata de legislación del Estado en ámbito de sus competencias de cultura y expolio, como recuerda la STC 17/1991, 31 de enero sobre la LPHE⁷¹) en las demás comunidades autónomas que sí han

FD 3.º, en el que confirma la competencia legislativa del Estado para aprobar una *definición unitaria* de este patrimonio cultural como *tratamiento general* en la materia.

especificado expresamente tales mejoras de la conservación del *conjunto* BIC a través de modificación de alineaciones excepcionales (supuestos de remodelación urbana). Esta interpretación (que estaría avalada además por las SSTS 8-5-1989 y 2-2-2000, citadas, en aplicación de legislación estatal) es más coherente con la determinación legal de graduar la protección de las áreas de los *conjuntos* (y de sus *entornos* se entiende)⁷² y con la jurisprudencia que atiende en el seno del *conjunto* a los grados de protección delimitados en el plan especial de protección.

La motivación de la remodelación urbana que ampare en su caso modificación de alineaciones adquiere entonces un carácter primordial y se revela crucial, así la argumentación señalada en la jurisprudencia referida *supra* (STS 13-3-2008, STS 29-3-2004). Se disiente así de la aplicación general del pronunciamiento de la STS 5-3-1999, citada, ya que las normas permiten expresamente en el *conjunto* las remodelaciones urbanas que sin afectar a su estructura básica (*trama histórica*) impliquen una mejora del entorno territorial o urbano y contribuyan a la conservación general del *conjunto*. En esta motivación será obligado considerar los aspectos referidos en la citada jurisprudencia: con gran prudencia, se puede partir de la discrecionalidad (competencia) para decidir mantener las alineaciones tradicionales, que exponen las SSTS 12-5-1992 y 8-4-1989, citadas, y a contrario, por tanto, en los supuestos legales, competencia para decidir modificarlas; y necesidad de que, al menos, se motive en informes técnicos, así en la STS 13-3-2008 en argumentación transcrita, dada en los informes técnicos, esencialmente con base en modificación de mínimo imprescindible, la calidad ambiental, la habitabilidad y calidad el espacio del conjunto histórico, el diseño final de las nuevas alineaciones condicionado por su valor histórico, la integración en la ciudad del barrio, mantenimiento de la altura en las edificaciones y mantenimiento de la unidad del barrio. Con la duda en ese caso de la Sentencia de 13-3-2008, de si se respeta realmente la estructura urbana del Conjunto, que se comentará *infra*.

Además como orientación para la motivación del oportuno plan especial de protección, se debería tener en consideración la *Carta Internacional para la conservación de ciudades históricas y áreas urbanas históricas* (“Carta de Washington”, 1987), del ICOMOS (Consejo Internacional de Monumentos y de Lugares de

Art. 21. 1 LPHE y legislación en el mismo sentido de las comunidades autónomas.

Interés Artístico e Histórico) que ofrece diversos criterios orientadores: conservación de la forma urbana definida por la trama y el parcelario; relación entre la población o área urbana y su entorno –epígrafe 2, a–; cuidado de las infraestructuras y servicios públicos –epígrafe 8–; la mejora del “hábitat” como objetivo básico de la conservación –9–; respeto al parcelario en el caso de ser necesaria la transformación de edificios –10–; conservar el aspecto y forma de los edificios, estructura, volumen, estilo –2,b–; en todo caso con planes precedidos de estudios y análisis multidisciplinares, arqueológicos, históricos, arquitectónicos, técnicos, sociológicos y económicos –5–; tratando de lograr una relación armónica entre el área urbana histórica y el conjunto de la población –5–; mediante intervenciones con prudencia, método y rigor, en atención a cada caso particular –epígrafe 4–; todo ello de conformidad con lo exigido en su epígrafe 6⁷³.

Por otra parte, las cautelas del art. 21.3, segunda frase, LPHE, deben quedar de lado en el caso de *entornos* de conjuntos históricos, teniendo en cuenta que el precepto se refiere en concreto al *conjunto* propiamente dicho y no a su entorno, que será objeto de protección pero en virtud de lo que establezca el plan especial, de acuerdo con la finalidad de protección del mismo, la adecuación de la visualización del bien o de los espacios relacionados históricamente con él.

Si además concurriera declaración como ciudad patrimonio de la humanidad, respecto a la zona declarada con *valor universal excepcional* o su *zona de amortiguamiento*, se debería estudiar y en su caso acreditar (motivación adecuada) en el plan especial de protección, que su *zona de amortiguamiento* no va a deteriorar las zonas declaradas (*valor universal excepcional*), en atención a la *Convención para la protección del Patrimonio mundial cultural y natural* (París, 21-11-1972, esencialmente arts. 4, 5 y 6, genéricos, en concreto art. 6. 3, asegurar que no causa daño directo o indirecto al patrimonio), y sus *Directrices prácticas para la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial* (conforme a revisión actualizada de 2008), elaboradas por el Comité del Patrimonio Mundial, en concreto directrices 96-102, para la *zona de amortiguamiento*, directrices 103-107, sistemas de gestión y uso (108-119), sobre protección de la integridad de la zona declarada con *valor universal excepcional*, sin que los cambios le afecten negativamente –directrices 98 y 119–, y que en ningún caso supongan modificaciones que afecten a la zona declarada con *valor universal excepcional*, directrices 169 ss, que

“6. En caso de que se careciera de un plan de conservación o éste estuviera en estudio, antes de la adopción del plan todas las actividades necesarias para la conservación deberán ajustarse a los principios y métodos de la presente Carta y de la de Venecia.”

establecen la necesidad de comunicación al Estado, y que por supuesto no supongan en ningún caso una de las situaciones de peligro referidas en las directrices 177 ss.

c) La coordinación de competencias municipales y de la comunidad autónoma o isla en la aprobación de los planes especiales

La aprobación de los planes especiales⁷⁴ obligará a una articulación de las competencias urbanísticas, de patrimonio cultural y de medio ambiente (evaluación ambiental estratégica o, en su caso, de impacto ambiental).

La aplicación de la legislación urbanística supletoria del Estado, RPU, en defecto de regulación más precisa, o la equivalente de las Comunidades derivará, en su caso, en la atención al procedimiento de aprobación bifásico, por el Ayuntamiento y la comisión provincial de urbanismo. Así el contenido de los planes especiales⁷⁵ se determina en el art. 72.2 apdos. c (reforma interior) y d (protección de *conjuntos*), RPU. La elaboración del plan especial se realizará por el municipio (art. 146 RPU), al igual que la aprobación inicial y provisional (art. 147. apdos. 1 y 2, RPU respectivamente), y la aprobación definitiva, conforme a las reglas de los planes parciales, arts. 147. 3 y 148, RPU, que remiten al art. 138. 3 RPU (Consejería de la comunidad autónoma si son capitales de provincia o superiores a 50.000; a la comisión provincial en el resto de los casos).

En este procedimiento de aprobación, además, será necesario el previo informe del órgano con competencias en patrimonio histórico (el art. 78. 4 RPU insiste en el mismo trámite del art. 20.1 LPHE), que por tratarse de conjunto histórico declarado, deberá ser favorable (art. 20. 1 LPHE) para que pueda ser

Otros estudios detallados sobre los planes especiales, su elaboración y contenido J. M. ALEGRE ÁVILA, *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, 1994, II, pp. 129 ss., y “La ordenación urbanística de los centros históricos”, en *Urbanismo y patrimonio histórico*, 1999, pp. 185–195, y pp. 127–130; R. DE VICENTE DOMINGO: *Los planes especiales de ordenación urbana*, 2007, estudio que aunque formalmente abarca el Derecho valenciano, es generalizable esencialmente al resto del ordenamiento español dada su similitud. Sobre los planes especiales en la legislación vasca, *vid.* J. M. ABAD LICERAS, *La protección del patrimonio inmobiliario histórico en el ordenamiento jurídico vasco*, 2002, pp. 325–332; y J. G. GÓMEZ MELERO, *La protección del patrimonio histórico-artístico inmobiliario de Castilla-La Mancha a través de las técnicas urbanísticas*, 2006, pp. 131 ss.

A. MENÉNDEZ REXACH: “Los planes especiales de protección del patrimonio histórico” en *Urbanismo y patrimonio histórico*, 1999, pp. 185–195, incluye un esquema tipo de Ordenanzas de los planes especiales de protección.

aprobado por el órgano con competencias urbanísticas. Por tanto, esa intervención a través del informe favorable previo a la aprobación definitiva será determinante para ésta. En atención además a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la competencia sobre patrimonio histórico podrá ser considerada por el órgano autonómico en materia de urbanismo que apruebe definitivamente el plan especial siempre que, de acuerdo con esa jurisprudencia, se trate de modificaciones (las introducidas en la aprobación definitiva) justificadas por la *irrazonabilidad* de la propuesta municipal (la motivación municipal del planeamiento será de nuevo crucial para en este caso acreditar la razonabilidad de la decisión) o que afecten al *modelo territorial supralocal* (en el que se incluye la protección del patrimonio cultural y natural). En este sentido se puede destacar el pronunciamiento de la STSJ de Cataluña de 18-10-1996 (rec. n.º 1306/1994) que además de recordar esa jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁶, también descarta algunas modificaciones pretendidas en la aprobación

“... se exige traer a colación la evolución jurisprudencial recayente en materia de autonomía municipal y competencias de la administración autonómica a la luz de los nuevos principios organizativos introducidos por nuestra Constitución –artículos 137 y 140–. A estos efectos, deberá recordarse que «la Constitución atribuye a los municipios autonomía “para la gestión de sus respectivos intereses”. Esta es su finalidad u objeto y por lo tanto la base para una definición positiva y negativa de la autonomía: a) positivamente, la autonomía municipal significa un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación de los intereses locales y supralocales dentro de tales materias o asuntos; b) negativamente, es de indicar, que la autonomía no se garantiza por la Constitución, como es obvio, para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad local». Además no puede pasarse por alto la acomodación que ha sufrido el artículo 41 del Texto Refundido de 1976 con la diferenciación de aspectos reglados y discrecionales y, en ambos supuestos, por razón de intereses locales o supra-locales –Sentencias del Tribunal Supremo Sala 3.ª Sección 6.ª de 13 julio 1990 (RJ 1990\6034), de 22 diciembre 1990 (RJ 1990\10183), de 30 enero 1991 (RJ 1991\614) y de 12 febrero 1991 (RJ 1991\948), y de la Sección 5.ª de 25 abril 1991 (RJ 1991\3430), de 20 noviembre 1991 (RJ 1991\9156), de 24 abril 1992 (RJ 1992\3986), de 18 mayo 1992 (RJ 1992\4219), de 22 septiembre 1992 (RJ 1992\6974), de 14 junio 1993 (RJ 1993\5023) y de 21 febrero 1994 (RJ 1994\1455), entre otras–.

A ese respecto reiterando las premisas de tal doctrina jurisprudencial interesa dejar sentadas las siguientes apreciaciones:

«... una acomodación del artículo 41 del Texto Refundido al principio constitucional de la autonomía municipal ha de concretar la extensión del control de la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva del planeamiento en los siguientes términos:

A) Aspectos reglados del plan: control pleno de la Comunidad con una matización para el supuesto de que entren en juego conceptos jurídicos indeterminados –es bien sabido que éstos admiten una única solución justa y que por tanto integran criterios reglados–. a) Si la determina-

definitiva sin cobertura en el modelo territorial supralocal: en ese caso, la imposición de un cambio en las cubiertas (plana y no inclinada) en un plan especial de conjunto histórico no afectaría al modelo territorial supralocal⁷⁷.

Finalmente, en la elaboración se atenderá a la regulación sobre evaluación ambiental estratégica que determina la intervención del órgano ambiental de la comunidad autónoma, de conformidad con los arts. 7 a 15 de la Ley 9/2006,

ción del planeamiento que se contempla no incide en aspectos de interés supralocal, el margen de apreciación que tales conceptos implica corresponde a la Administración municipal. b) Si el punto ordenado por el plan afecta a intereses superiores ese margen de apreciación se atribuye a la Comunidad. B) Aspectos discrecionales.

También aquí es necesaria aquella subdistinción. a) Determinaciones del plan que no inciden en materias de interés autonómico. Dado que aquí el plan traza el entorno físico de una convivencia puramente local y sin trascendencia para intereses superiores ha de calificarse como norma estrictamente municipal y por tanto: a) Serán, sí, viables los controles tendentes a evitar la vulneración de las exigencias del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos tal como en este terreno las viene concretando la jurisprudencia –Sentencias de 1 y 15 diciembre 1986 (RJ 1987\417 y RJ 1987\1139), de 19 mayo y 11 julio 1987 (RJ 1987\5812 y RJ 1987\6877), de 18 julio 1988 (RJ 1988\5914), de 23 enero y de 17 junio 1989 (RJ 1989\427 y RJ 1989\4730), de 20 marzo, de 30 abril y de 4 mayo 1990 (RJ 1990\2246 y RJ 1990\3799) y de 11 febrero, de 27 marzo y de 2 abril 1991 (RJ 1991\1982, RJ 1991\2226 y RJ 1991\3278), etc.–. b) No serán en cambio admisibles revisiones de pura oportunidad; en este terreno ha de prevalecer el modelo físico que dibuja el Municipio con la legitimación democrática de que le dota la participación ciudadana que se produce en el curso del procedimiento. b) Determinaciones del planeamiento que tienen conexión con algún aspecto de un modelo territorial superior: además de lo ya dicho antes en el apartado a), aquí y dado que “en la relación entre el interés local y el supralocal es claramente predominante este último –Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1989 (RTC 1989\170)– resulta admisible un control de oportunidad en el que prevalece la apreciación autonómica”» (FD 5.º).

Y en relación a la imposición de la cubierta en ese plan especial, en su FD 6.º concluye:

“Pues bien, detectándose que la postura de la Administración Municipal se decanta por una cubierta inclinada de teja a tres aguas y la de la Administración Autonómica por una cubierta de terraza plana y atendido que nos hallamos ante una figura de planeamiento especial de la naturaleza indicada, que modifica en parte la anterior, no se llega a alcanzar cuáles son las razones o intereses supralocales que puedan estimarse ni que la decisión adoptada por la Administración Municipal sea arbitraria. En definitiva, el convencimiento recae en que nos hallamos en materia de discrecionalidad administrativa afectante a meros intereses locales lo que obliga a estimar que prevalezca la decisión municipal y que determina, en aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta el éxito de la pretensión actuada por la parte actora en el presente proceso conforme se establecerá en la parte dispositiva.”

de 28 de abril, en cuanto se considere plan que afecta significativamente al medio ambiente (de acuerdo con el art. 3 Ley 9/2006), lo que necesariamente remite a la concreción por la regulación de *evaluación estratégica* de las Comunidades, al carecer de una determinación a este respecto en la legislación de patrimonio histórico referida en su caso a actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental pero que en general aún no previeron la evaluación ambiental estratégica⁷⁸. De acuerdo con esta legislación básica y las normas adicionales de protección de las Comunidades en materia de evaluación ambiental estratégica, el Ayuntamiento redactará el informe de sostenibilidad ambiental (que incluirá la protección del patrimonio histórico de acuerdo con el art. 9 Ley 9/2006), y, tras una fase de consultas, se redactará la memoria ambiental por el órgano ambiental que contendrá las determinaciones que deban incorporarse a la propuesta del plan por el Ayuntamiento antes de su aprobación (arts. 7 ss Ley 9/2006). Será necesario articular el informe de cultura y el procedimiento de evaluación del plan especial. Salvo mejor criterio especificado en la legislación de las comunidades autónomas sobre evaluación ambiental estratégica, a falta de otra precisión en la legislación de patrimonio histórico, considero que es en la fase de consultas (art. 10 Ley 9/2006) en la que debe integrarse el informe favorable del órgano en materia de cultura.

En consecuencia, en la aprobación del plan especial de protección se debe considerar de un lado la competencia urbanística de aprobación definitiva, que puede incluir determinaciones en materia de patrimonio histórico siempre que afecten al modelo territorial supralocal o sean por motivos de irrazonabilidad (en el documento presentado por el Municipio), con base en los arts. 147, 148 y 138. 3 RPU (o equivalente legislación urbanística de las comunidades autónomas); de otro, la competencia de la Comunidad o Isla en materia de patrimonio histórico ejercida a través del informe (favorable necesariamente) previo, de conformidad con el art. 20.1 LPHE; y la del órgano con competencias en medio ambiente natural, que aprobará la memoria ambiental con las determinaciones que debe incorporar el Ayuntamiento en la propuesta del plan (arts. 7 ss Ley 9/2006).

Tímidamente, se alude a la evaluación de los planes en el art. 21. 2 LPCMur, art. 32. 1 LPCNa y art. 30 LPCCyL, pero sin que se hayan precisado los problemas de articulación de las competencias de patrimonio cultural y de medio ambiente que se suscitan.

d) La articulación de competencias en los supuestos de sustitución de inmuebles una vez aprobado el plan especial del conjunto; la autorización en zonas arqueológicas o paleontológicas, monumentos y sus entornos

Una vez aprobado el plan especial, éste habrá incorporado las determinaciones sobre sustitución de alineaciones o de inmuebles, y serán controladas, *prima facie*, sólo por el Ayuntamiento (art. 20. 4 LPHE), salvo los supuestos de monumentos, zonas arqueológicas o paleontológicas y sus entornos (sólo de los de estas áreas, no de los conjuntos evidentemente). Alguna duda puede suscitar si tal precepto subsume la autorización requerida expresamente para el caso de sustitución de inmuebles o ruina (art. 24. 2 LPHE y preceptos correlativos de las comunidades autónomas⁷⁹).

En la jurisprudencia ha habido numerosos supuestos⁸⁰ en los que se declara conforme a Derecho el ejercicio de la competencia de las comunidades

En algunas Comunidades la interpretación puede requerir más especificidades: como ejemplo, en las Islas Baleares, el punto de partida es la interpretación conjunta de los arts. 37 y 42 LPHIB, en los que de un lado se establece la necesidad de autorización de la *Comisión Insular de Patrimonio Histórico* de cualesquiera “obras o intervenciones en un conjunto” mientras no se apruebe plan especial y salvo los supuestos de monumentos, zonas arqueológicas o paleontológicas y sus entornos (art. 37, apdos. 2 y 3 LPHIB) y de otro la autorización de la misma para la demolición de un “inmueble de interés cultural o catalogado” (art. 42. 2 LPHIB). La LPHIB se ha de referir necesariamente a los *declarados o catalogados* conforme a los procedimientos que ella misma establece, excluyéndose en todo caso otras edificaciones objeto de declaraciones o catalogaciones externas a la misma. Como se ha señalado, si no hay plan especial cualquier intervención en el conjunto debería requerir autorización adicional, y en los mismos términos se exigiría tal autorización fuera del conjunto, para la demolición de cualquier inmueble de interés cultural o catalogado conforme a la LPHIB; si se ha aprobado tal plan especial, sólo precisan autorización las obras en monumentos o jardines históricos o en zonas paleontológicas o arqueológicas o sus entornos, aunque coincidan con el conjunto, lo que necesariamente excluye también los supuestos de ruina en conjuntos y sus entornos, como especifica la STSJ de Castilla y León de 1-10-1999, que se expone *infra*. El art. 38. 3 LPHAnd, de forma lógica, ha englobado expresamente los supuestos de ruina en los de las autorizaciones en conjuntos históricos tras la aprobación de plan especial, al margen de que en esta Ley exista un régimen peculiar de competencias delegadas, Ley cuyas peculiaridades han sido estudiadas por C. BARRERO RODRÍGUEZ, “Las innovaciones de la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía en la ordenación urbanística de los conjuntos históricos” en la *Revista Andaluza de Administración Pública*, pp. 73-111, en concreto sobre la ruina, pp. 101 ss.

Citados aquí *supra* II c.

autónomas o insular, en tanto no hubiera plan especial. Se ha transcrito además la STS 18-12-1997 (aquí *supra*) en la que se aludía (FD 3.º) a la competencia local con base en el art. 20 LPHE una vez aprobado el plan especial, si bien es cierto que en ese caso, como se comentó, en el relato de hechos no está claro si había aprobado plan especial.

Existe un único pronunciamiento de un Tribunal Superior de Justicia que, en el supuesto específico de sustitución de inmuebles en *conjunto* con plan especial aprobado, anula la obligación de conservar impuesta en la autorización autonómica tras la declaración de ruina municipal: la STSJ de Castilla y León de fecha 1-10-1999 (rec. n.º 101/1998). El Tribunal, una vez que confirma la impugnabilidad del informe que recoge la resolución autonómica al considerar que se trataría en su caso de acto de trámite que impide continuar con el procedimiento o produce indefensión (FD 3.º), anula la resolución de la comunidad autónoma al estimar que carece de competencia una vez aprobado el plan especial⁸¹.

La determinación que impone una única autorización directa municipal, una vez aprobado el plan especial de protección del *conjunto*, debe englobar a la exigencia de autorización de la Administración cultural en los supuestos de ruina en el conjunto histórico, salvo que a su vez se refiera a jardín o monumento históricos, o zona arqueológica o paleontológica o su entorno (de esos BIC, no de entorno del *conjunto*), en cuyo caso sí sería necesaria la autorización (art. 20.4 y 22.1 LPHE). La ley ha establecido un mecanismo de coordinación

“Removido el anterior obstáculo resta examinar si la Comisión Territorial de Patrimonio Cultural de Ávila tenía o no competencia para autorizar o no esa demolición, y así el recurrente se basa en que la existencia de un Plan Especial de protección del área afectada determina que sea aplicable el núm. 4 del artículo 20 de la Ley 16/1985 y por tanto los Ayuntamientos sean directamente competentes para autorizar directamente las obras que desarrollen el Planeamiento aprobado y afecten únicamente a los inmuebles que no sean Monumentos ni Jardines Históricos ni a los demás a los que se refiere dicho artículo.

El citado Plan Especial del Conjunto Histórico de Ávila vigente desde el 3 de junio de 1988, existe tal y como ha sido remitido por el Ayuntamiento en la prueba acordada para mejor proveer, y por lo tanto en principio sí se aplicaría el artículo 20.3 siendo directamente competente el Ayuntamiento, ya que como consta al folio 94 de la Comisión Territorial de Patrimonio Cultural de la Junta de Castilla y León ésta basaba precisamente su competencia en el artículo 20.3 dado que como vemos no es aplicable, no podría admitirse que el Ayuntamiento carezca de competencia en este supuesto de acuerdo con las normas que el mismo Ayuntamiento ha remitido si procediere todo ello, procediendo por todo ello la estimación del presente recurso.” (FD 4.º).

(la aprobación previo informe favorable del plan especial), y posterior control mediante una única autorización municipal (y notificación a la Comunidad o Isla) que simplifica el procedimiento.

En definitiva, la previsión del art. 24. 2 LPHE o en el mismo sentido la correlativa legislación de las Comunidades, sólo se aplicará en el ámbito de los *conjuntos*, mientras no tengan plan especial de protección aprobado, o en todo caso, cuando se trate de *monumentos*, o *zonas arqueológicas* o *paleontológicas* o sus entornos (arts. 20.4 y 22. 1 LPHE). En la regulación estatal hay que completar la referencia en el art. 20. 4 a los monumentos y jardines, con la de las zonas arqueológicas, y paleontológicas, del art. 22. 1 LPHE, aun en el supuesto de que tales zonas se enclaven en un conjunto histórico, supuesto que no articuló adecuadamente el legislador estatal, pero que con base en el art. 22. 1 LPHE requiere en todo caso autorización, como sí han detallado las comunidades autónomas⁸².

Parece insistir en este criterio de inexigibilidad de autorización de la comunidad autónoma en conjunto con plan especial aprobado, la STSJ de Castilla y León de fecha 12-11-2004 (rec. n.º 3128/1998), que en un caso de impugnación del Acuerdo municipal que aprueba el estudio de detalle y la licencia de obras en conjunto histórico (construcción por la Universidad de aparcamiento en conjunto histórico de Salamanca) estima que no requieren autorización de la Comunidad en cuanto no se trata de un bien declarado (singularmente se entiende) BIC con plan especial aprobado ni en su entorno⁸³, aun-

Sobre la regulación de las áreas de protección arqueológica y paleontológica, *vid.* Javier BERMÚDEZ SÁNCHEZ, *El derecho de propiedad: límites derivados de la protección arqueológica*, 2003; “Intervenciones arqueológicas en actuaciones urbanísticas: supuestos difíciles”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 47, 2009, pp. 67-86.

“Tampoco consta en los autos que el instrumento de planeamiento impugnado vulnere la Ley de Patrimonio Histórico, sobre esta cuestión se indica que conforme se expone en el informe de la Comisión Territorial de Patrimonio Cultural de 12 de febrero de 1998 que figura incorporado a los autos, la zona afectada por el proyecto no está declarada Bien de Interés Cultural ni se encuentra dentro del entorno de ningún B.I.C., únicamente se ubica dentro del Conjunto Histórico de Salamanca afectado por la disposiciones del Plan Especial de Protección y Reforma Interior del Conjunto Histórico de Salamanca (PEPRI). Por lo anterior, se añade en dicho informe, que la actuación en dicha zona no es un supuesto de autorización previa y preceptiva de la Comisión Territorial de Patrimonio Cultural en aplicación de la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español. Todo lo más, se añade, y según lo dispuesto en el Decreto 273/1994,

que sí anulará la licencia por carecer de proyecto de compensación (sistema de gestión determinado por el PEPRI) que no se puede considerar sustituido por el convenio suscrito entre las partes (FD 3.º).

No todos los bienes tendrán la misma protección, y esto se enmarca en la pertinente modulación de diferentes grados de protección en las diferentes zonas del *conjunto* que en su caso podrá estar precisado en el plan especial (expresamente en general el art. 21. 1 LPHE que establece protección diferenciada entre otros para los bienes con protección singular⁸⁴). Así, las prohibiciones literales de afectar a las alineaciones y volúmenes y edificabilidad, que se ha expuesto (art. 21, apdos., 2 y 3, LPHE), se deberían interpretar además en atención a los diversos grados de protección del *conjunto* que haya previsto el plan especial⁸⁵.

IV. VALORACIÓN FINAL

1.– La tensión entre la conservación entendida como mantenimiento estricto de la trama urbana, de un lado, y la mejora de la habitabilidad u operaciones de rehabilitación de los conjuntos históricos, se ha trasladado a la legislación de patrimonio cultural del Estado y las Comunidades Autónomas. El

de 1 de diciembre, sobre competencias y procedimientos en materia de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Castilla y León, cabría emitir un informe de asesoramiento a la Universidad de Salamanca encuadrable en la función que le atribuye el art.9.1 de la citada norma. En otro punto del informe se indica que visto el resultado de la excavación los restos descubiertos no poseen entidad suficiente para proponer su declaración como B.I.C. En consecuencia dado el contenido de este informe, que no ha sido desvirtuado en este proceso, no se aprecia la nulidad invocada por la parte actora alegando que en el Estudio de Detalle no se contemplan las prevenciones que sobre los restos de la excavación se efectúan en el citado informe de la Comisión Territorial de Patrimonio Cultural.

Por tanto no apreciándose que concurra ninguno de los motivos de nulidad del Estudio de Detalle invocados por la parte actora en la demanda procede desestimar en este punto el recurso.” (FD 2.º *in fine*).

La protección *singular* no se debe referir aquí a los BIC, como señaló M. BASSOLS CO-MA, “Instrumentos legales de intervención...”, *RDU* nº 118, ob. cit, 1990, pp. 13–51, en concreto, p 496.

Lo que confirma la crítica a la STSJ de Castilla y León de 5–5–2006, que permite la supresión de una calle en la confluencia con la Plaza Mayor de Soria, frente a las alegaciones del Colegio de Arquitectos.

tratamiento que esta cuestión recibe en las diversas normas se debe abordar teniendo en cuenta la peculiaridad de esta competencia, que tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional (STC 17/1991) han calificado como concurrente, a partir del art. 149. 1. 28.^a y más en concreto art. 149. 2 de la Constitución. La STC 17/1991 ha observado cómo la competencia del Estado incluye la legislativa de dar un tratamiento general, una definición unitaria del patrimonio cultural como tratamiento general en la materia, lo que en esencia, se ha traducido en la posibilidad llevar a cabo remodelaciones urbanas mediante plan especial y la prohibición de sustitución de inmuebles con modificación de alineaciones (LPHE), y las Comunidades Autónomas expresamente permiten la modificación de alineaciones en las operaciones de remodelación urbana. Ahí radica la posible colisión entre ambos legisladores en esta competencia concurrente.

Este es además uno de los puntos más trascendentes del supuesto que se analiza: si realmente se estuviera en presencia de concurrencia de normas válidas se resolvería acudiendo a la regla de la prevalencia del art. 149. 3 de la Constitución, único supuesto en el que a mi juicio se plantea una verdadera prevalencia, a pesar de que el Tribunal Constitucional hasta ahora ha aludido en otros casos a la *prevalencia del interés del Estado sobre el de las Comunidades en los supuestos de concurrencia de competencias sobre un espacio físico*, perifrasis que a mi juicio no engloba verdaderos supuestos de reglas válidas sino de problemas de delimitación de materias competenciales, cuya solución pasa por una asignación precisa de contenidos a objetos competenciales diversos, esto es, no hay dos normas válidas, sino que alguna se excede de su objeto competencial, por lo que debe anularse por tal motivo y no por la regla de prevalencia. A ello se añade la competencia ejecutiva del Estado sobre expolio que en el caso del *Cabanyal* plantea nuevos problemas: la Comunidad Autónoma ha dictado normas de caso único declarando el supuesto como respetuoso con la protección del Conjunto.

2.- El plan especial es, según la regulación, el elemento clave en la vertebración de ese régimen jurídico de los Conjuntos, plan que como el resto de planes especiales, se recordará, puede modificar los elementos no estructurantes del Plan General.

3.- La solución que aporta el legislador *antes del plan especial* de protección impide modificar las alineaciones o la edificabilidad (art. 20 LPHE). La legislación de las Comunidades Autónomas persigue la misma protección salvo, tal vez, el art. 35. 2 de la LPCVa, que en ausencia de plan especial se remite a los criterios de los arts. 38 y 39 de la Ley, precisamente sobre planes espe-

ciales, esto es, mediante esa remisión parece que podría autorizarse por la *Conselleria* la modificación de alineaciones y volúmenes sin plan especial que se permite también en los planes especiales. Al margen de esa excepción de Valencia, el supuesto ha sido controlado por los Tribunales, entre otros por STSJ de Cantabria de fecha 5 de septiembre de 1997, STS de 4 de octubre de 2001 y STSJ de Islas Baleares de 4 de febrero de 2009. En los entornos, el silencio de la LPHE (que se refiere en general a los Conjuntos sin especificar más) ha sido completado por la legislación de las Comunidades en algunos casos, que sólo refieren tales prohibiciones respecto al Conjunto y excluye a los entornos, que les dota de regulación específica (*v. gr.* art. 35. 3 LPCCat, que impide obras que perturben la visualización del bien). Alguna salvedad en este sentido sería el art. 33 LPCMa, que expresamente incluye a los entornos en estas prohibiciones.

Alguna sentencia del Tribunal Supremo resulta llamativa o mejor extraña a la solución legal, a mi juicio, en este ámbito de protección, en concreto la STS de 18 de diciembre de 2001, sobre el caso de la intervención sobre el atrio de los Jerónimos en Madrid, un entorno de Monumento en el que sin plan especial se permite modificación de volumen. El Acuerdo del Ministerio de Cultura que se impugna (que es el competente en ese caso por un convenio específico que le atribuye la gestión) se produce antes del plan especial por lo que no era posible modificar las alineaciones, rasantes ni edificabilidad. El TS fundamenta, con cierta apariencia formal pero *contra legem* a mi juicio, que sí es posible porque ese Acuerdo ordena que se inicie la tramitación del plan, con lo que se evitaría tal prohibición.

4.— A partir de la *aprobación del plan especial* es cuando el supuesto paradójicamente se complica: en el apdo. 2.º del art. 21 LPHE, se permiten operaciones de remodelaciones urbanas en el caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten usos degradantes para el propio Conjunto, pero, a su vez, el apdo. 3.º establece del mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica y en consecuencia impone que las sustituciones de inmuebles sean excepcionales y contribuyan a la conservación del Conjunto, y de las alineaciones. La complejidad (la desafortunada redacción legal) reside en averiguar si ese precepto impone una prohibición general de modificación de alineaciones (apdo. 3.º) que se exceptuaría en el caso de planes especiales de remodelación que contribuyan a la conservación del Conjunto (supuesto apdo. 2.º), o si está permitiendo sólo las remodelaciones que no supongan modificación de alineaciones. Esas son las dos posibles interpretaciones, que convierten este en un caso difícil del Derecho administrativo. Otra posibilidad es que en la más pura interpretación, se consideren sólo permitidas

las remodelaciones con modificación de las alineaciones que recuperen la trama urbana, porque éstas no modifican alineaciones históricas.

A mi juicio esta complejidad ha sido interpretada razonablemente en el primer sentido por la legislación de las Comunidades Autónomas, que en general permite remodelación expresamente con modificación de alineaciones en supuestos excepcionales siempre que contribuyan a la conservación general del Conjunto (art. 35. 2 LPCCat, como punto de partida del resto de normas; art. 42. 4 LPCCyL; o art. 39 LPCVa).

5.– La jurisprudencia del TS parece ser oscilante y en algunos casos, según mi criterio, poco afortunada en su solución. Las sentencias más significativas son las siguientes. La STS de 8 de mayo de 1989 (barrio del *Velluters* o del Pilar, Valencia, y con base sólo en la LPHE pues aún no estaba vigente la LPCVa) permite la modificación de alineaciones que no afecten a la “trama histórica”, que erróneamente, a mi juicio, identifica con la estructura fundamental, confundiendo así el límite al plan especial de protección y en su caso de reforma interior en los conjuntos históricos, con el límite de la modificación del plan general por el especial. Frente a esa lectura del art. 21 LPHE que en definitiva permite la modificación de alineaciones, la STS de 5 de marzo de 1999 (calle Céspedes, barrio de Sta. Cruz, Sevilla), sin embargo, impide una mínima modificación en la alineación de esa pequeña calle que impide en su último tramo la circulación de vehículos salvando los edificios colindantes. El Tribunal es contundente en la aplicación literal del art. 21. 3 LPHE, pero al menos coherente con ese precepto, en los mismos términos que la precedente STSJAnd de 31 de julio de 1992. Parece entonces que en ese caso no se admite la interpretación del apdo. 2.º como excepción al 3.º, del art. 21 LPHE. A partir de la aprobación de las normas autonómicas referidas, se han pronunciado un TSJ y dos SSTS admitiendo la modificación de alineaciones mediante plan especial. La STSJCyL de 5 de mayo de 2006 sobre la ampliación del edificio de la Casa Consistorial de Soria con supresión de la calle Teatro, porque con base en la norma comunitaria (CA) a juicio del Tribunal contribuye a la mejora o conservación del Conjunto, y en términos similares las SSTS de 12 y 13 de marzo de 2008 sobre el caso del *Cabanyal* en Valencia. Tal vez la excusa de estos Tribunales sea la regulación de la Comunidad respectiva, aunque el Supremo parece considerar que no sólo ya que niega además que se vulneren los precedentes judiciales alegados por la demandante.

6.– Según mi criterio, estas normas de las Comunidades Autónomas no vulnerarían la regulación estatal, aunque podrá ser difícil precisar ese supuesto legal de la LPHE, de remodelaciones en planes especiales que excepcionalmente permitan la modificación de alineaciones si contribuyen a la mejora del

Conjunto. Podría interpretarse estrictamente como recuperación de la trama histórica, aunque considero que la deficiente regulación estatal tiene una lectura razonable si se interpreta como la legislación de las Comunidades Autónomas, como un supuesto excepcional (del apdo. 2.º del art. 21. 3 LPHE frente al supuesto general del art. 21.3.º LPHE) que permite las modificaciones de alineaciones que contribuyen a la conservación del Conjunto, pero en todo caso se tiene que fundar cómo contribuyen a la mejora de la conservación del Conjunto: entiendo que también en otros supuestos excepcionales por causas puntuales de rehabilitación de viviendas carentes de servicios o con población en riesgo de exclusión social, por ejemplo, que requieren tal intervención puntual, mínima y en ese sentido excepcional. En consecuencia no habría que recurrir a la regla de la prevalencia en caso de que se planteara ante el TC.

7.— A mi juicio, esos casos de Soria (Casa Consistorial y calle Teatro) y Valencia (el Cabañal), vulneran la legislación estatal y la comunitaria (CCAA), puesto que en ninguno de ellos se puede justificar razonadamente que tales remodelaciones en planes especiales contribuyen a la mejora del Conjunto. La ampliación de la Casa Consistorial será beneficiosa para los intereses de gestión del Ayuntamiento en su caso, pero no para la trama en la misma plaza Mayor de Soria, cuya peculiaridad fue puesta de manifiesto por el Colegio de Arquitectos de Soria. Asimismo, la prolongación de la avenida Blasco Ibáñez a través del barrio del *Cabanyal* mejorará la comunicación de la ciudad con el mar, de la zona nueva que ha vivido de espaldas al mar, del urbanismo de la ciudad, de sus intereses turísticos, pero no evidentemente del Conjunto. En este sentido no comparto las decisiones del TSJCyL ni del TS, citadas.

8.— En el caso de el Cabanyal, además, se da la peculiaridad de que el *Estado ejerce una competencia ejecutiva* contra el expolio. Frente a ella, la Comunidad declara primero en Decreto-Ley y después en una Ley que el plan especial no afecta a la conservación del Conjunto. Esa Ley, que pretende nada menos que resolver la aplicación del supuesto legal de mejora de la conservación del Conjunto e impedir así la *competencia ejecutiva del Estado*, a mi juicio, sí vulnera *la legislación del Estado*, la posible interpretación constitucional del art. 21 LPHE, pues califica como conservación lo que sin duda no es admisible en el art. 21 LPHE se interprete como se interprete, también en el sentido algo más amplio aquí defendido que el de la mera conservación de la trama histórica. Tal vez, esta Ley y Decreto-Ley dictados para intentar blindar el caso, va a derivar en que en la impugnación ante el Tribunal Constitucional éste tenga que pronunciarse sobre el supuesto y en su caso *la prevalencia de la legislación estatal*, que impide una actuación con modificación de alineaciones que afecten a la conservación del Conjunto, como es el caso.

La desaparición del sistema municipal

Guillermo Lago Núñez

Secretario de Administración Local con habilitación estatal en ejercicio en el Ayuntamiento de Roquetas de Mar (Almería)

SUMARIO: 1. EL CONTEXTO GLOBAL. 1.1. Globalización y autonomía local.- 1.2. Carta europea de Autonomía Local.- 2. EL RÉGIMEN ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN LOCAL. 2.1. Situación del Régimen Local en España. 2.2. La superación de la garantía institucional de la autonomía local. 2.3. La participación de los entes locales en la elaboración de las normas.- 3. EL RÉGIMEN LOCAL Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE SEGUNDA GENERACIÓN. 3.1.El nuevo paradigma. 3.2. El Régimen Local en el Estatuto de Andalucía.- 4. LA GOBERNANZA COMO SOLUCIÓN A LA “CRISIS DE GOBERNABILIDAD”.- 5. NOTAS PARA UNA LEGISLACIÓN DE AUTONOMÍA LOCAL. 5.1. Una administración eficiente. 5.2. Una administración transparente. 5.3. Una administración sin trabas. 5.4. Una administración sin cargas. 5.5. Algunas propuestas.- 6. CONCLUSIÓN

A Manuel Zafra Víctor.

«El mundo se ha quedado sin alrededores, sin márgenes, sin afueras, sin extrarradios».

Daniel Inneraty, *La Sociedad Invisible*.

RESUMEN:

El presente trabajo analiza la situación del Régimen Local en el contexto de la interiorización o subconstitucionalización que se está llevando a cabo en los Estatutos de Autonomía de segunda generación. Se analizan los riesgos de encapsulamiento y cosificación del actual sistema proponiendo, ante la actual reforma del régimen local en Andalucía, una profunda transformación del mismo en el contexto de la globalización o «glocalización» que está acaeciendo en el ámbito internacional.

Palabras clave:

Autonomía local, globalización, Estatutos de Autonomía, Régimen Local, Administración Pública, gobernanza.

ABSTRACT:

This paper analyzes the situation of Local Government in the context of the internalization which is being carried out in the second generation of the Spanish Autonomous decrees. It discusses the risks of encapsulation and reification of the current system over the actual reform of local government which is taking place in Andalusia, addressing a profound transformation of its proceeding in the context of globalization or “glocalization” in the international arena.

Key words:

Local autonomy, globalization, Autonomous decrees, Local Government, Public Administration.

1. EL CONTEXTO GLOBAL

1.1. Globalización y autonomía local

Asistimos a lo que se ha denominado un lento declinar del paradigma de Westfalia, en el que el orden internacional se basaba en estados-naciones que ostentan todos los derechos y deberes de forma absoluta. De hecho se ha señalado que nos encontramos al comienzo del cambio más dramático en el orden internacional desde que en 1648 se firmó este Tratado [43].

En la actualidad una constelación de actores (grupos de intereses comunes, corporaciones transnacionales, organizaciones no gubernamentales, instituciones, tribunales y arbitrajes internacionales) así como multitud de acuerdos multilaterales, reflejan una transición desde el derecho internacional hasta ahora vigente a lo que se viene denominando derecho transnacional (transnational law) [9] del que, tal vez, el concepto Europa como construcción –la última utopía política según Ulrich Beck– sea su ejemplo más relevante. Pero estamos entrando en esta nueva era con ideas, líderes e instituciones configuradas para un mundo de hace varios siglos, con una forma antigua [43] de ver¹ y pensar.

¹ «To see the world this way, as a ceaselessly complex and adaptive system, requires a revolution. It involves changing the role we imagine for ourselves, from architects of system we

Resulta paradójico que los poderes locales, la autonomía local o gobierno autónomo local constituya, en el ámbito internacional, un término básico, una categoría política de uso común en el fenómeno de la globalización, de debate en las organizaciones supranacionales. Autonomía local, descentralización, libre administración, principio de subsidiariedad, democracia representativa y participativa, democracia real constituyen en esta línea, términos equivalentes.

Se apunta que su aceptación y asunción se debe a diversas causas. Se ha expuesto que la autonomía local no compite con la globalización [12] (La autonomía local, en tanto categoría jurídico-política que potencia el poder de las unidades políticas más pequeñas, más cercanas a los ciudadanos, ofrece una compensación positiva frente al alto grado de desarraigo jurídico-político (deslocalización) del fenómeno globalizador) antes bien coadyuva a la extensión del fenómeno globalizador.

En este sentido lo local es un contrapeso político necesario a la multinacionalización del nuevo sistema, y la superación de la fragmentación propia de lo local se efectúa mediante formulas de redes, hermanamientos, partenariados, asociaciones y conferencias de gobiernos locales; intereses comunes, en fin, entre ciudades y colectividades.

La universalización de la descentralización no puede entenderse de momento como una retirada del Estado. Aunque se aprecia una metamorfosis del Estado hacia formas cooperativas, en un proceso de una transformación: el que va desde el gobierno directo, central y soberano a organizador y cooperador [29]; en expresión de Schuppert el Estado garantizador que parte del reconocimiento de que: «el Estado no es quien decide y produce, sino más bien el que activa y modera los desarrollos sociales que ni puede ni debe determinar en exclusiva».

El auge de lo local también obedece a aspectos culturales, antropológicos, arraigado a veces en conceptos tribales, incluso puede que constituya un ar-

can control and manage to gardeners in a living, shifting ecosystem. For hundreds of years now we have lived in our minds as builders: constructing everything from nations to bridges, heedlessly grabbing whatever resources we'e needed in pursuit of a dream of some imagined palace of global prosperity. This mode of existence, which delivered amazing progress, is no longer suitable. The world is too complex, its resources too limited, and its internal dynamics too unstable to accommodate much more of this mania. It is now delivering the opposite of what we intend even as it presents us with new and insoluble problems. In a revolutionary age, with rapid change around us, our architects' tools are deadly. It is time for us to put them down and follow Hayek' injunctions to live and to think as gardeners.».

quetipo humano. En cuanto que es lo local, donde desenvolvemos nuestra actividad vital, algo material, perfectamente identificable, no constituye una construcción artificial, una idea o elemento abstracto de referencia. Es el nivel donde surge y se desarrolla el contrato social.

En las ciudades se va a producir el 90% del crecimiento demográfico mundial hasta el año 2030, a finales de 2010 la población mundial será urbana al acoger al 50,5% de la población planetaria, cuando este año termine 1.200 millones de personas vivirán ya en ciudades de 100.000 habitantes equivalente a la tercera parte de la población urbana mundial y hay 600 millones que lo hacen en centros urbanos de hasta medio millón según datos de la División de población de la ONU. Es la ciudad, por tanto, el espacio donde ha de hacerse efectiva la convivencia intercultural, la integración social, la inclusión, la participación y, en definitiva, la cohesión social. Un ámbito que pasa de ser espacial (o territorial) a social para definirse como «el marco en virtud del cual podemos percibir y organizar todo aquello de lo que debemos responder» [29] o, tal como describe Innerarity: «Las acciones locales producen cada vez más efectos externos en otras comunidades, la política local queda trabada con el exterior; los procesos de globalización configuran nuevos espacios regionales. Todo ello conduce a que las tareas públicas ya no se puedan realizar dentro de los límites institucionales. Los gobiernos y las administraciones tienen que colaborar con los agentes económicos, los mercados ya no funcionan sin una cierta regulación estatal o sin sistemas de negociación institucionalizados y, en general, las instituciones están cada vez más comprometidas con sistema de coordinación. El gobierno de estas relaciones complejas y la gestión de tales interdependencias exige formas de cooperación, además de los tradicionales procedimientos, como la legislación o la asignación de recursos financieros».

Superada ya la visión de la Administración Local como una mera subdivisión burocrática del Estado, agente del Estado o corporación pública, aunque ciertamente aún no se vea. Lo local representa ahora la comunidad en una forma más concreta que en el nivel nacional, y a diferencia de otras identificaciones colectivas como la raza, la religión, o el origen étnico, supone compartir un conocimiento y una forma [9] de vida².

² The unique legal structure of localities and their singular traits enable them to capture human imagination like no other entity. Even when big, pluralistic, and multicultural, localities suggest the possibility of imagining a community in a more concrete form than extant at the national level. Indeed, if every group identity is always somewhat imaginary, what defines the locality as an imagined community is that it is still grounded in daily experience. Unlike other

Pese a que el término descentralización parezca intrínsecamente democrático, debemos estar alerta ya que puede ser degradado —o lo está siendo— por las normas oligárquicas impuestas por incontables élites territoriales con intereses espúreos. Solamente si el gobierno local incluye representantes elegidos democráticamente, los residentes participan de forma efectiva en la toma de decisiones —en lugar de sólo votar cada cierto período de tiempo— y, los valores, la innovación y el conocimiento local constituye el principal elemento de las mismas, se puede evitar esta degradación.

1.2. Carta europea de Autonomía Local

La Constitución municipal europea. Se ha dicho que la Carta europea de Autonomía Local es una Constitución de la autonomía local en el continente europeo [4], en realidad constituye un Tratado internacional singular cuya gestación, en el seno del Consejo de Europa, se inicia con la creación el 27 de septiembre de 1952 de una Comisión de Asuntos Municipales y Regionales culminando con la apertura a la firma de los Estados miembros el 15 de octubre de 1985 y su entrada en vigor el 1 de septiembre de 1988³.

Lo cierto es que esta norma comunitaria está inspirando otros documentos de similar alcance como la Carta de la Autonomía Local Iberoamericana promovida por la Organización Iberoamericana de Cooperación Intermunicipal o la Carta Mundial del Gobierno Local Autónomo que está elaborando la Unión Internacional de Poderes Locales (IULA). Tiene, de acuerdo con lo establecido en el artículo 94.7 de la Constitución española eficacia jurídica interna automática.

Si queremos conocer cuál es la definición de Autonomía Local debemos referirnos al artículo 3 de la Carta que entiende por autonomía “el derecho y la

collective identifications, however, belonging to a locality is based not on race, religion, gender, ethnicity, or other inherited traits but on shared knowledge and a shared way of life. The era of globalization both threatens to destroy, and promises to rescue, this unique collectivity.

³ La ratificación por España, el 20 de enero de 1988 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1989) que entró en vigor el día 1 de marzo de 1989, por la que se declara que la Carta europea de la Autonomía Local se aplicará en todo el territorio del Estado en relación con las colectividades contempladas en la legislación española de régimen local y previstas en los artículos 140 y 141 de la Constitución incluye la siguiente salvedad: “No obstante el Reino de España, únicamente no se considera vinculado por el apartado 2 del artículo 3 de la Carta en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades incluidas en el ámbito de aplicación de la misma”.

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”, y ello sobre la base expuesta en el Preámbulo de que las Entidades Locales son uno de los fundamentos principales de un régimen democrático y que el derecho de los ciudadanos puede ser ejercido más directamente en una administración a la vez eficaz y próxima al mismo, lo que se viene a reconocer como principio de subsidiariedad o proximidad en el siguiente sentido: “el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía”.

Conviene hacer una breve consideración sobre el principio de subsidiariedad en la esfera local –al que se ha denominado la clave de bóveda del sistema competencial comunitario– en relación con el principio de proporcionalidad. El debilitamiento de éste último, como canon de delimitación de competencias, se debe a que su utilidad se ha demostrado más en la defensa de las libertades comunitarias o en la protección de los intereses particulares en recurso de anulación que como principio de competencias de poderes públicos, limitándose, a complementar el principio de subsidiariedad sólo para determinar si se infringe o no el segundo. Para de la Quadra-Salcedo [20] la fórmula más poderosa de la Ley 7/1985 en garantía de la autonomía local es la que se contiene en el artículo 2 en la medida en que por primera vez se recoge en nuestro Derecho el principio de subsidiariedad al establecer el mandato de asignación de competencias a los Entes Locales por el Estado y por las Comunidades autónomas de acuerdo con criterios objetivos adelantándose a la Carta Europea de la Autonomía Local.

Como fórmula sustituta del principio de proporcionalidad en materia de defensa de la autonomía local se han propuesto otros métodos o técnicas aplicativos [42], a los que parece señalar la Carta aunque sin mencionarlos, como es la ponderación. Señala Sarmiento Ramírez, siguiendo a Rodríguez de Santiago y a Alexy, que la ponderación como método se escalona en tres fases: en primer lugar se identifican los bienes, valores e intereses en conflicto, en segundo lugar, se les atribuye un peso o importancia a cada uno y, en tercer lugar se analiza el equilibrio conforme al criterio siguiente: “cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario”, de lo que surge un resultado que debe contar con una presunción de legalidad a favor del Ente demandado.

Por último hay que significar que la definición de la autonomía recogida en la Carta europea no es nominal al concebirse como una capacidad efectiva,

no se limita a la gestión, sino que alcanza la ordenación o regulación, y se refiere, en cuanto a su objeto, a una parte importante de los asuntos públicos cuya ejercicio se efectúa bajo la propia responsabilidad de las Entidades Locales.

Antes de emprender cualquier regulación de Régimen Local se debe efectuar una lectura en profundidad de los apartados que se contienen en la Primera parte de la Carta, o contenido sustantivo, que regula el fundamento constitucional de la autonomía local (artículo 2), su concepto y alcance (artículo 3 y 4), la protección de los límites territoriales de las Entidades Locales (artículo 5), la adecuación de las estructuras y medios administrativos a sus cometidos (artículo 6), las condiciones de ejercicio de las responsabilidades a nivel local (artículo 7), el control administrativo de los actos de las Entidades locales (artículo 10), la protección legal de la autonomía local (artículo 11).

La supervisión y control en la Carta europea de Autonomía local. Uno de los aspectos más controvertidos de la Carta europea es el artículo 8 relativo al control administrativo de los actos de las entidades locales que se expresa en los siguientes términos:

1. Todo control administrativo sobre las Entidades locales no puede ser ejercido sino según las formas y en los casos previstas por la Constitución o por Ley.
2. Todo control administrativo de los actos de las Entidades locales no debe normalmente tener como objetivo más que asegurar el respeto a la legalidad y de los principios constitucionales. Sin embargo, tal control podrá extenderse a un control de oportunidad, ejercido por autoridades de nivel superior, respecto de las competencias cuya ejecución se haya delegado en las Entidades locales.
3. El control administrativo de las Entidades locales debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar.

El impacto administrativo de las funciones de supervisión y control fue objeto de un interesante trabajo en el marco de la Unión Europea (1996 (CPL (3)7 Rapporteur: Georgio de Sabbata basado en una investigación efectuada por Alain Delcamp). Y ello ya que al amparo del artículo 8 se puede producir una desviación del objetivo de la Carta y que, en lugar de una supervisión para asegurar el cumplimiento de las leyes y los principios constitucionales, se puede convertir en un mero y arbitrario control de oportunidad. Por ello es muy importante destacar el signifi-

cado de competencias propias y competencias delegadas ya que en estas últimas cabría el control de oportunidad aunque la autoridad delegada pueda contar con ciertas facultades dispositivas conforme al artículo 4, párrafo 5 de la Carta.

Tal y como advierte el Grupo de Expertos independientes en la Carta europea de autonomía local en el análisis de los cuestionarios sobre nuevas formas de supervisión y control (Estrasburgo 9 de junio de 2005, CG/INS/GIE (12) se constata que puede existir un declinar del control estatal de oportunidad aunque se debe efectuar un seguimiento a los gobiernos regionales⁴.

La Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad. Como consecuencia de la reflexión de los poderes locales en la defensa y protección de los Derechos Humanos y coincidiendo con el cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos se celebró en Barcelona la primera Conferencia europea Ciudades para los Derechos Humanos. Un año después se presentó en la Segunda Conferencia celebrada la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad a la que se han adherido más de setenta ciudades europeas, que asumen la obligación de incorporar en el ordenamiento local los principios y las normas, como también los mecanismos de garantía, establecidos en esta Carta; complementariamente, se comprometen a reconocer la Carta mediante la mención expresa de ella en sus ordenanzas; y, por otro lado, reconocen “el carácter de derecho imperativo general de los derechos enunciados en esta Carta y se comprometen a rechazar o denunciar cualquier actos jurídico, las consecuencias del cual serían un obstáculo para el cumplimiento de los derechos reconocidos o serían contrarias a su realización, y a actuar de forma que los otros sujetos de derecho reconozcan el valor jurídico superior de estos derechos”.

Vemos cómo en el ámbito local se suscriben por las Entidades locales unos nuevos tipos de “tratado”, en este caso, un instrumento esencialmente político

⁴ «There may, however, be some reasons for concern that newer forms of supervision and control are emerging. Paradoxically this may be the result of a general strengthening rather than a weakening of local or regional autonomy. Thus, it may be that, because more substantial functions have been conferred on local authorities, there is a greater central concern about the efficient (and, to a degree, uniform) delivery of services to citizens and a perceived need for greater supervision and control as a result. This may include additional financial controls introduced for the purpose of influencing local policy decisions or forms of centrally-driven ‘best-value’ supervision (or audit) with policy consequences. Equally, an expansion of the role of regional government between the central and local levels may result in an expansion of expediency controls by regional governments (perhaps seeking an expansion of their policy space) over local authorities. There may, in addition, be quite separate reasons in some countries for the growth of new forms of supervision and control that this questionnaire is intended to monitor so that, as a result, some general conclusions may be drawn.»

y de carácter programático consistentes en convenios interadministrativos de ámbito transnacional, fuente exclusivamente de obligaciones entre las entidades firmantes, basado en el capacidad de vinculación convencional, incluso transnacional, de las entidades locales, que aspira a erigirse en elemento determinante de cada ordenamiento local.

En el caso de esta Carta es el fruto de un proyecto de cooperación local internacional emprendido de forma mancomunada por una serie de ciudades –en el marco de lo establecido en la Carta Europea de Autonomía Local (art. 10)–, que autoriza a los entes locales a cooperar internacionalmente siempre dentro del marco y de las condiciones que al respecto establezcan las leyes que comporta los siguientes efectos: a) un efecto horizontal entre las ciudades signatarias, b) un efecto vertical entre la ciudad firmante y sus propios ciudadanos, y, finalmente, c), un efecto horizontal entre los ciudadanos.

Directrices sobre descentralización y fortalecimiento de las autoridades locales. Dentro del Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat), se aprobó en Nairobi a finales de abril 2007, las Directrices sobre descentralización y fortalecimiento de las autoridades locales [40] como un instrumento fundamental para promover la buena gobernanza a todos los niveles y fortalecer a las autoridades locales, cuyos principios se inspiran en la Carta europea de Autonomía local siendo su objetivo básico apoyar y orientar la reforma legislativa cuando sea necesaria y procedente.

Dentro de las Directrices resulta interesante comprobar la relevancia que se otorga al principio de subsidiariedad que constituye la razón de ser del proceso de descentralización, conforme al cual las autoridades elegidas que estén más próximas a los ciudadanos deberán desempeñar las responsabilidades públicas (B.1.1) y en el que la intervención del gobierno nacional o regional sólo se producirá cuando éste no cumpla las funciones acordadas.

Las Directrices constituyen una autentica hoja de ruta de sobre las medidas legislativas y gubernamentales para el fomento de la descentralización y fortalecimiento de las autoridades locales no sólo en países de limitada descentralización sino para todos aquellos poderes que decidan adoptar medidas para el desarrollo sostenible de sus asentamientos humanos y se propone a este Grupo de Trabajo como punto de partida.

Por otro lado en estos momentos el Consejo de Gobierno de las Naciones Unidas para el Programa de asentamientos humanos ha ultimado una reso-

lución o guía para el acceso a los servicios básicos cuyos ejes fundamentales son, como continuación de las anteriores Directrices, la transparencia, participación y gobierno efectivo, la descentralización y el rol de las autoridades locales en los procesos de asociación y determinación de las mejores prácticas para la prestación de los servicios [41].

2. EL RÉGIMEN ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN LOCAL

2.1. Situación del Régimen Local en España

El mapa municipal

La crítica al modelo. Queremos coincidir, en este trabajo, con gran parte de la posición expuesta por el profesor Parada Vázquez en relación con el mapa municipal [49] y la crítica a la tesis mantenida en el Libro Blanco del Gobierno Local, al que califica, con cierta gracia, de practicar en esta materia un «ecologismo administrativo». La justificación del modelo actual (según el Libro Blanco: «para alcanzar una mayor democracia») que en su origen tuvo algún sentido en un ambiente estático y campesino resulta compleja. El hecho de que no se hayan promovido las fusiones de municipios, y, sin embargo, se hayan creado nuevos bajo la competencia de las Comunidades Autónomas parece una aberración en un país abigarrado de minifundios municipales. En el caso de Cataluña a pesar del contundente Informe Roca Caldera y Moix, que puso de relieve datos escalofriantes: un total de 646 municipios catalanes tienen menos de 2.000 habitantes, lo que equivale al 6,07% de la población catalana, pero ocupaban el 67,6% de la superficie, la propuesta de supresión de los pequeños municipios fue rechazada⁵.

⁵ Como señala el profesor Parada: «La pervivencia del pequeño municipio ante las profundas transformaciones de la vida social y política de las últimas décadas hace que las justificaciones iniciales de su existencia no concurren en la actualidad, como tampoco se dan los contrapesos estatales en forma de controles gubernativos a esa orgía organizativa que suponía su crecido número. Si el pequeño municipio se justificaba en atender las necesidades de una estanca población campesina, como la administración de bienes comunales, los caminos, las fuentes, el abrevaderos, el cementerio, la escuela de un solo maestro y otras semejantes, en la actualidad, la mayoría de los municipios ni siquiera los más ínfimos, no necesitan esos servicios y reclaman otros de mayor entidad: transportes, enseñanza, servicios sociales, abastecimiento de aguas, cuya implantación no resulta rentable (.../...). En segundo lugar, el exorbitante número de municipios en Francia y en España no ofrecía graves riesgos de disfuncionalidad, en cuanto funcionaban a

El profesor Parada justifica el mantenimiento de este mapa municipal en cuestiones partidistas derivadas de la conveniencia de contar con un número considerable de cargos electos, por una clase política que demanda más y más cargos, muchos de ellos recayendo en las mismas personas, que distribuyen los partidos mayoritarios. Puede ser éste, o cualquier otro, el motivo para no haber abordado ya una política pública racional que evite la proliferación de entidades locales en España, no sólo Ayuntamientos sino Entidades Locales menores, Cabildos, Diputaciones, Mancomunidades y otras formas organizativas como Consorcios de Entidades locales que se distribuyen y se superponen por todo el territorio español. En contraste con la situación española conviene recordar los ejemplos seguidos por otros países europeos a los que en el año 2010 se ha unido Francia⁶.

La subdivisión de la división. Llama la atención que la misma irracionalidad y desproporción en las divisiones de los términos municipales se produce dentro de cada término municipal en las subdivisiones en las que es competente cada entidad local, en parte consecuencia de las que se producen con ocasión de los procesos electorales, y que conforme a las normas estadísticas la numeración de las Secciones, cuando se produce cualquier división, no es correlativa y no se pueden reenumerar las Secciones por lo que quedan Secciones geográficamente contiguas con numeración no correlativa.

modo de órgano desconcentrados en la tesis de su minoría de edad, y con cuánta razón. Pero ahora el pequeño municipio, menguado en habitantes y escaso de territorio, inhábil soporte para la prestación de servicios eficientes, se declara ente político soberano, emancipado del Estado y la Comunidad Autónoma, y, como los hijos consentidos, clama por mayores competencias e ingresos y no soporta control ni vigilancia algunos.»

⁶ La República Federal Alemana, en los años 1965 a 1975, llevó a cabo una política de fusión reduciendo el número de las municipalidades de 25.000 a 8.414; Dinamarca, durante los años setenta, realizó una reforma radical de Administración local y redujo a una quinta parte el número de los municipios (concretamente, pasa de 1.387 a 275); Suecia, tras las medidas llevadas a cabo en el año 1952 y, más adelante, en el decenio 1962-1973, divide por diez el número de sus comunas (pasa de un total aproximado de 2.500 colectividades locales básicas a tan sólo 278); Grecia, a partir de la drástica reforma iniciada en el año 1998, consigue que sus municipios pasen de 5.343 a 1.033; Gran Bretaña, mediante las reformas realizadas durante el bienio 1974-1975, mengua sustancialmente la cifra de colectividades locales que de 1.520 se reduce a 522; Bélgica, merced al procedimiento de fusiones obligatorias establecido en el año 1975, minoría el número de comunas de 2.359 a 596.

En efecto, la división del término municipal en distritos y secciones y las variaciones de los mismo corresponde a cada Ayuntamiento conforme con la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local⁷. Las Secciones son unidades pequeñas, que coinciden con las secciones electorales. Están basadas, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en un número máximo de dos mil electores y un número mínimo de quinientos, por lo que su plasmación espacial presenta una notable variedad de forma y tamaño.

De acuerdo con la Resolución de 9 de abril de 1997⁸ por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre la gestión y revisión del Padrón Municipal, existe una cierta equivalencia entre el número de electores establecido en la Ley Orgánica de Régimen Electoral y número de habitantes. Recomienda que el tamaño de la Sección no supere los 2.500 habitantes. Con este objetivo se dictan unas normas básicas para la participación de las Secciones que sobrepasen los 2.000 electores o de aquellos que superen los 2.500 habitantes debiendo contener las Secciones resultantes de la partición, al menos, 500 electores.

El Distrito es, en cambio, una unidad de grandes dimensiones, que abarca un número indeterminado de Secciones, absolutamente variables de unos municipios a otros y aún dentro del mismo municipio. Hay además municipios que tienen una tercera división denominada zona estadística, de tamaño intermedio (por ejemplo, Barcelona), y otros que tienen barrios, división igualmente de tamaño intermedio entre las citadas (por ejemplo, Madrid). Sin embargo, en la mayoría de los casos, no se puede decir que esta división obedezca a unidades lógicas. Incluso el concepto de Barrio es, al igual que el de la Ciudad y lo Urbano, muy utilizado, pero muy impreciso. Los habitantes de cada ciudad emplean con profusión el término, pero sus límites y concreción es dispar, por un lado la correspondiente a la división electoral o censal, por otro, a la estadística, en otro caso la registral o la que se efectúa en el ámbito de los servicios sociales para la atención de las unidades de trabajo social, la catastral, la urbanística o, en fin, la eclesial.

⁷ En el mismo sentido al Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 169/1986, de 11 de julio.

⁸ Se trata de la la Resolución de 9 de abril de 1997 de la Subsecretaría (Presidencia) por la que se dispone la publicación de la Resolución de 1 de abril, de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Territorial (BOE número 87, de 11 de abril de 1997).

Como se expuso en el trabajo sobre “Las divisiones administrativas en las ciudades españolas, problemas que plantea su heterogeneidad, necesidad de un replanteamiento” (M^a José Aguilera Arilla y M^a Pilar González YAnci, Espacio, Tiempo y Forma, Serier VI, Geografía, 1991): «Establecer en las ciudades unas divisiones de tamaño medio, que englobaran las secciones censales con fines electorales, pero en las que se consideraran criterios diversos y factores influyentes, buscando las áreas naturales de Zorbaugh, o algo similar ¿no ayudaría a mejor planificar y, en definitiva, a mejor administrar?»

En conclusión aunque debido a su sacralidad se deba mantener el mapa municipal actual –y también la, en general, extraña división en distritos y secciones de cada término municipal– no vemos por qué no se puede convertir la mayoría de los Municipios o bien en Entidades Locales menores, o en distritos pertenecientes a una determinada Ciudad⁹.

Aunque no se refiera específicamente a esta medida, Octavio Salazar Benítez en su Sistema de gobierno municipal [7] apunta la siguiente tendencia: Las ciudades pueden ser el espacio «policéntrico» de una nueva forma de gobernabilidad, hecha sobre la confluencia de múltiples procesos y actores, tanto públicos como privados. La suma del principio democrático y del de inmediatez hacen de los municipios el espacio más idóneo para desarrollar e incluso inventar, formas de organización capaces de profundizar en el sentido de comunidad y de permitir la consolidación de una ciudadanía «activa», alejada de comportamientos que favorecen las «grandes maquinarias» de las democracias «representativas» de los partidos.

Las reformas estatales de Régimen Local. El modelo de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local no se ha visto afectado por las dos reformas de las que de forma sustancial ha sido objeto desde su promulgación.

La primera reforma operada por la Ley 11/1999, de 21 de abril fue consecuencia de lo que se ha venido a llamar el “Pacto local” y supuso un refuerzo en

⁹ Una buena síntesis de los criterios de delimitación de ciudades se encuentra en el trabajo presentado por J. Roc Caldera al Primer congreso internacional de Ecología y Ciudad: La delimitación de la ciudad ¿una cuestión imposible? y también el artículo de Oriol Nello Los confines de la ciudad sin confines. Estructura urbana y límites administrativos en la ciudad difusa.

la posición de los Alcaldes frente al Pleno reduciendo éste órgano a las funciones de aprobación de normas y del presupuesto local y de control de la acción de gobierno y administración, equilibrándose con una regulación más restrictiva de la legislación electoral de la moción de censura y la introducción de la cuestión de confianza, lo que supuso una parlamentarización del gobierno local; junto a ello se produjo la modificación de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional para introducir el proceso denominado “Conflicto en defensa de la autonomía local”.

La segunda reforma, fruto de la decepción que supuso el desarrollo del Pacto local en el ámbito local y en base a la demanda de la llamada “Segunda descentralización” fue operada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, e introduce básicamente una serie de medidas en el régimen específico para los Municipios de gran población, un nuevo régimen de grandes ciudades, a las que pretende modernizar, así como una renovación del régimen del ejercicio de la potestad sancionadora. También supuso una reforma en materia de gestión de servicios públicos adecuando la tipología de los entes instrumentales a la Ley de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico del Estado, las formas de gestión indirecta a la legislación contractual adicionándose distintos preceptos sobre entidades instrumentales sociedades mercantiles, entidades públicas empresariales y organismos autónomos locales.

Pese a la pretensión de enfatizar el contenido político de la autonomía local, lo cierto es que los controles políticos que habían sido previamente introducidos resultan inoperantes en el control de la gestión administrativa que es donde se desarrolla principalmente la actividad de gestión local. Por ello con esta última reforma se produce un agotamiento del modelo presidido [3], a pesar de la misma, por la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) y por planteada la necesidad de renovación precisamente por las deficiencias de la solución reformadora, sobre cuyo rediseño el Parejo Alfonso ha elaborado algunas propuestas¹⁰.

¹⁰ a) Sustentarse en la reafirmación de la posición constitucional propia de la instancia local en tanto que parte integrante, a mismo título que las demás instancias, de la organización territorial del Estado como un todo definida por el artículo 137 CE. Posición constitucional de la que partió correctamente la LrBRL y de la que deriva tanto la garantía de las correspondientes instituciones locales, como la condición de principio constitucional de distribución territorial del poder de la autonomía local garantizada (principio, que es así parte del entero sistema constitucional de distribución territorial del poder constituido). Y posición constitucional perfectamente compatible, en el Estado definido por la Constitución, con el reparto, diverso, entre las instan-

En estos momentos la reforma del régimen local contemplada tanto en la propia Exposición de Motivos de la Ley 57/2003 como en los programas electorales de las grandes fuerzas políticas que concurrieron a las anteriores elecciones generales consistente en una nueva Ley de Bases del Régimen local, cuyo antecedente se encuentra en la elaboración del Libro Blanco [18] –también elaborado en el ámbito de Andalucía [19]– y el posterior borrador de anteproyecto de Ley de Gobierno Local –con sus directrices de renunciar a la tipificación de las entidades locales, el reforzamiento competencial de los municipios y el establecimiento de un verdadero sistema de gobierno local– se encuentra en una indefinida situación de espera.

cias territoriales superiores (el Estado en sentido estricto y las Comunidades Autónomas) de la disposición sobre el «marco legal» heterónomo definitorio de la instancia local. Pues este reparto diverso es consustancial al modelo específico de Estado constituido en 1978. La instancia local aquí aludida se entiende dotada de específica lógica interna (acorde con sus características y distinta a la de las instancias superiores) e integrada, salvo la improbable acometida de la reforma del actual mapa municipal, conjuntamente por el Municipio y la agrupación provincial de Municipios o equivalente autonómico de la misma, en el territorio continental, y la Isla en el territorio insular y dotada de lógica asimismo propia. Esta composición es asimismo específica, en tanto que centrada la agrupación municipal, de segundo grado, en la cobertura de la insuficiencia municipal para desarrollar adecuadamente sus propias funciones. Lo que quiere decir que dicha agrupación no es sino continuación, por otros medios institucionales, de la gestión de los mismos intereses municipales.

b) Efectuar una definición del régimen local básico manteniendo las líneas maestras del planteamiento adoptado por el legislador en 1985, pero i) ciñendo más aún aquel régimen a lo verdaderamente esencial y lo común estrictamente indispensable; ii) confirmandola identificación del núcleo de tal régimen con el sistema de gobierno y administración para la gestión de los intereses de las correspondientes colectividades locales; y iii) recuperando con todo vigor la garantía a favor de la potestad local de autoorganización y frente al legislador autonómico del entero espacio inscrito dentro de los límites resultantes del sistema básico de gobierno y administración; garantía expresiva así de un mínimo común coherente con la condición de núcleo duro de la autonomía local de la referida potestad de autoorganización y, al mismo tiempo, condición de la necesaria diversidad del régimen local y presupuesto de la plena efectividad de la autonomía local.

c) Establecer, sin perjuicio del obligado mantenimiento del sistema propio del Concejo abierto y asumiendo la aportación efectuada por las reformas de 1999 y 2003, un único sistema representativo de gobierno y administración local que, basado en su atribución al Alcalde y los Concejales, posibilite su plena «parlamentarización» en los términos autorizados por la Carta Europea de Autonomía Local y en función de las características de la colectividad local de que en cada caso se trate. Y esto último, con entera independencia de los regímenes especiales de que puedan disfrutar desde luego los Municipios de Barcelona y Madrid.

d) Entrega de la determinación del contenido competencial del Municipio (y, por reflejo, de la agrupación legal de éstos) a la instancia superior que tiene disposición legislativa sobre las materias en que se hacen presentes de ordinario los intereses de las colectividades locales, es decir,

2.2. La superación de la garantía institucional de la autonomía local

El contenido concreto del término o concepto jurídico de autonomía constitucionalmente garantizada viene determinado en sus propios términos por el Tribunal Constitucional en el importante Fundamento jurídico 8 de la Sentencia 240/2006¹¹. Sin embargo la posición mayoritaria es cuestionada en

a las Comunidades, incluso para la garantía del correspondiente espacio competencial en sede del Estatuto de Autonomía; todo ello desde la acotación básica de un núcleo mínimo de responsabilidades-competencias por relación a los asuntos más directamente vinculados a la convivencia sobre el territorio y constitutivos, por ello, del acervo tradicional de la gestión municipal.

¹¹ «Para determinar el contenido y la extensión de la autonomía local constitucionalmente garantizada, objeto de protección en este proceso (art. 75.bis.1 LOTC), debe partirse de nuestra reiterada doctrina según la cual la autonomía local reconocida en los arts. 137 y 140 de la Constitución: se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el “derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañen, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible” (STC 32/198), FJ 4» (STC 40/1998, de 19 de febrero (FJ 39). Tal como declaramos en la STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 5, se trata de una noción muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (ratificada por España en 1988), cuyo art. 3 («Concepto de la autonomía local») establece que por autonomía local se entiende 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.

En segundo lugar la referida doctrina no es trasladable a este proceso porque, a pesar de reconocer puntualmente «la singular y específica naturaleza y posición de [la Ley de las bases del régimen local] en el Ordenamiento jurídico» (STC 259/1988, de 22 de diciembre, FJ 2), de la jurisprudencia examinada no se concluye que la Ley reguladora de las bases del régimen local constituya siempre canon de validez de la ley, estatal o autonómica, a la hora de enjuiciar normas que desarrollen aspectos concretos de la autonomía local. De la ley estatal no lo constituye porque la Ley de las bases del régimen local, más allá de la referida naturaleza singular, y de su carácter básico ex art. 149.1.18 CE, no ocupa en nuestro Ordenamiento una posición distinta a las demás leyes ordinarias del Estado, que pueden por tanto establecer disposiciones contrarias a la Ley de las bases del régimen local, las cuales deberán ser consideradas modificaciones legislativas pero no leyes inconstitucionales. De la ley autonómica sólo podría ser canon de validez la Ley de las bases del régimen local en aquellos aspectos enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE. En efecto, tal como declaró la STC 159/2001, de 5 de julio, Sólo aquellos extremos de la LBRL que puedan ser ca-

el Voto particular formulado por el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia de 20 de julio de 2006¹². Conviene resaltar la posición del Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez quien se ha mostrado crítico con la posición mayoritaria de la Sala en los procedimientos en materia de conflicto de competencias no sólo a través del Voto particular reseñado a la Sentencia de 20 de julio de 2006 sino, también, en la Sentencia 47/2008, de 11 de marzo de 2008 promovido por el Ayuntamiento de Torrent y otros en relación con el artículo 2 y la disposición transitoria de la Ley de la Generalitat Valenciana 8/1999, de 3 de diciembre por la que se suprime el Área Metropolitana de l'Horta, en el que concluye de forma categórica que «Por todo lo expuesto, creo que resulta decepcionante que uno de los escasos conflictos en defensa de

balmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18 CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental (FJ 4).

Las anteriores consideraciones permiten concluir que el canon que este Tribunal deberá aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovidos frente a leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141 CE) que establecen ese contenido mínimo que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitorios de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales. También el legislador básico estatal ha de respetar la garantía institucional de la autonomía local (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2), puesto que los destinatarios del art. 137 CE son todos los poderes públicos, y más concretamente todos los legisladores (STC 11/1999, de 11 de febrero (FJ 2). Pero la legislación básica sobre régimen local no se integra en el bloque de la constitucionalidad ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales. Tal como sostiene el Abogado del Estado no puede pretenderse de este Tribunal que enjuicie una norma estatal utilizando como parámetro otra norma estatal (configuradora de la autonomía local constitucionalmente garantizada) pues, lógicamente, si no se ha vulnerado la Constitución debe interpretarse como una nueva opción del legislador. Por otra parte tampoco en este proceso puede discutirse el carácter básico de la norma estatal, ya que ésta es una cuestión que afecta al régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que, consiguientemente, no puede ser suscitada en este proceso constitucional por las entidades locales legítimadas para promoverlo.»

¹² «5. No puedo dejar de señalar que una limitación de los conflictos en defensa de la autonomía local deriva también, en mi opinión, de la muy escueta función constitucional que atribuye el FJ 8 de la Sentencia mayoritaria a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. Creo (por todas, STC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 4) que la LBRL sí sirve de parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes y normas de las Comunidades Autónomas.»

la autonomía local que ha logrado superar las indudables dificultades que su planteamiento encuentra en nuestra Ley Orgánica, no alcance a ser resuelto, pese a haber sido planteado hace más de siete años, por razón tan discutible como la apreciada en la Sentencia que declara su pérdida de objeto.»

Esta decepción se puede constatar consultando los resultados de los conflictos en defensa de la autonomía local, a los que luego nos vamos a referir, que se han suscitado ante el Tribunal constitucional: de los once procedimientos abiertos, se han inadmitido a trámite seis (Autos números 419/2003, de 16 de diciembre de 2003, Auto número 360/2005, de 11 de octubre de 2005, Auto número 361/2005, de 11 de octubre de 2005, Auto número 362/2005, de 11 de octubre de 2005, Auto número 363/2005, de 11 de octubre de 2005, Auto número 322/2007, de 3 de julio de 2007); se han declarado extinguidos por falta de objeto tres (Auto 513/2004, de 14 de diciembre, Auto 326/2007, de 12 de julio, y Sentencia 47/2008, de 11 de marzo); y, finalmente, se ha resuelto sólo uno, desestimatorio del conflicto en defensa de la autonomía (sentencia 240/2006, de 20 de julio).

Pero es que, además, la posición representada en la Sentencia de 20 de julio de 2006 parece insistir en una construcción dogmática del principio de autonomía local, el de garantía institucional, que aunque se ha revelado útil para que el legislador no vacíe completamente de contenido a un nivel constitucionalmente garantizado, no delimita el contenido esencial que protege velando únicamente, de forma defensiva, por la no vulneración de la institución, la cual se aleja de la tendencia doctrinal representada por la teoría de la garantía constitucional, que se refiere a una autonomía local en sentido positivo conforme a un análisis hermenéutico de la Constitución, en virtud del cual la norma fundamental no implica el reducto indisponible para el legislador ordinario, sino un auténtico mandato constitucional, tanto de suficiencia como de optimización del principio de autonomía local [26]. De forma que la regulación constitucional no se limite a los artículos 137, 140, 141 y 142 de la Constitución sino a toda la norma fundamental, y así, con los principios definidores del Estado y los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículos 1 y 9 de la Constitución) y los articuladores de la Administración Pública como la descentralización (artículo 130.1) de acuerdo con el derecho fundamental consagrado en el artículo 23.1 y de los mandatos de los poderes públicos expresados en el artículo 9.2, bajo el control de los Tribunales en los términos del artículo 106.1.

El conflicto en defensa de la autonomía local. Tal y como se recoge en la STC 240/2006 de 20 de julio, el conflicto en defensa de la autonomía local: «constituye una vía para la defensa específica de la autonomía local an-

te el Tribunal Constitucional, tal como reza la citada exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1999. Dicha especificidad se manifiesta en que el conflicto sólo puede ser promovido frente a normas legales con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de la autonomía local constitucionalmente garantizada; en consecuencia no podrán alegarse en él otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales. La legitimación activa para plantear el conflicto en defensa de la autonomía local se reserva específicamente a determinados entes locales. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1999 expresa la necesidad de limitar el ámbito de los sujetos legitimados, puesto que se trata de garantizar los intereses de los entes locales afectados ponderando su entidad, de modo que los mismos sean suficientemente representativos y que no se refieran a los propios de los entes locales aisladamente considerados. De ahí que la Ley Orgánica 7/1999, al especificar los sujetos que pueden plantear el conflicto en defensa de la autonomía local, contemple únicamente a los municipios y provincias (art. 59.2 LOTC), además de a los enumerados en las disposiciones adicionales tercera y cuarta que incorporó a la Ley Orgánica de este Tribunal. Y de ahí que el art. 75.ter LOTC (igualmente introducido en este cuerpo legal por la Ley Orgánica 7/1999) establezca unas estrictas reglas para la legitimatio ad causam que serán examinadas seguidamente».

Por su parte la STC 47/2008, de 11 de marzo, aunque declara extinguido por pérdida de objeto el conflicto en defensa de la autonomía local planteado en relación con el artículo 2 y la disposición transitoria de la Ley de la Generalitat Valenciana 8/1999, de 3 de diciembre, por la que se suprime el área Metropolitana de l'Horta, con el voto particular arriba reseñado, reseñando la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1999 especifica que lo que se trata en este proceso es en definitiva de: «garantizar los intereses de los entes locales afectados ponderando su entidad, de modo que los mismos sean suficientemente representativos y que no se refieran a los propios de los entes locales aisladamente considerados.»

Un aspecto destacado en el voto particular, es la paradójica situación que recuerda incidentalmente como el Tribunal Constitucional ha llegado a considerar como objeto de control de constitucionalidad en la STC 126/1997, nada menos que la Partida 2.15.2 del Rey Sabio, cuyo contenido se veía resucitado por diversas normas de remisión¹³.

¹³ «.../...Debo recordar que, como hemos explicado en múltiples ocasiones, la apreciación de la pérdida de objeto de un proceso dependerá del tipo del proceso constitucional de que se

A la vista de todo lo expuesto podemos decir que la configuración del conflicto de defensa de la autonomía local está cuestionada desde todos los puntos de vista [45] al punto de estar planteada, desde el año 2005, el debate político sobre la necesidad de modificar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, entre otros, en este aspecto, no sólo por las importantes dificultades técnicas y prácticas de esta figura, en especial en cuanto a la legitimación activa o por la necesidad de acometer una duplicidad de procedimientos para que se produzca de forma definitiva inconstitucionalidad de la norma legal, tal y como señala Vilalta Reixach.¹⁴

2.3. La participación de los entes locales en la elaboración de las normas

La marginación de los entes locales en el ámbito de la decisión política del Estado es tal, que el único vestigio de representación con el que cuenta en el Poder legislativo es la Comisión de Entidades Locales del Senado, formada por Senadores en número proporcional a la representación que cuenta cada grupo, sin que la actividad que presta sea relevante [45].

La participación de los entes locales queda reducida en el ámbito legislativo a la que corresponde de forma puntual y tímida a la comparecencia de

trate y de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma, no pudiendo resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos. Y ello porque lo relevante no es tanto la derogación o modificación de la concreta norma impugnada cuanto determinar si con esa alteración ha cesado o no la controversia que se planteaba, pues, en ocasiones, aun habiendo sido expulsada la norma del ordenamiento jurídico se mantiene viva la necesidad de dar respuesta al problema constitucional planteado. En concreto, cuando nos encontramos en presencia de una controversia competencial, la modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio no tiene por qué enervar automáticamente la disputa surgida, sobre todo si esa normativa en relación con la cual se trabó el conflicto es sustituida por otra posterior que deja intacto el problema competencial planteado (por todas, la STC 137/2003, de 3 de julio, FJ 2).»

¹⁴ «Al mismo tiempo, el conflicto en defensa de la autonomía local se configura esencialmente como un mecanismo de carácter negativo y a posteriori, que permite reaccionar eficazmente frente a leyes que supongan un desapoderamiento ilegítimo de una competencia local ya asignada o que se interfiera en el ejercicio de éstas, pero de muy difícil plasmación en aquellos casos en que la cuestión a analizar no es la vulneración de una determinada competencia ya atribuida a los entes locales, sino precisamente la falta de reconocimiento de ésta. De manera que su operatividad es mucho menor cuando lo que se persigue es inculcar positivamente al legislador, reclamándole la asignación de específicas competencias públicas.»

cualquier autoridad o experto que sea recabada para informar durante la tramitación de cualquier proyecto.

Por otro lado, y en el ámbito de la Administración General del Estado, la participación de las entidades locales está prevista en el artículo 117 de la Ley 7/1985, en el ámbito de la Comisión Nacional de Administración Local si bien limitándose a determinadas materias¹⁵.

Por otro lado, prácticamente desde la supresión del Instituto de Estudios de Administración Local y su absorción por el Instituto Nacional de Administraciones Públicas¹⁶ la única información relevante en materia de régimen local es la que dispone el Ministerio de Economía y Hacienda.

¿Qué ha sido del Observatorio Urbano señalado en la Disposición Adicional Novena de la Ley 7/1985, de 2 de abril (Añadida por art. 1.3 de Ley 57/2003, de 16 diciembre) establecido con la finalidad de conocer y analizar la evolución de la calidad de vida en los municipios regulados en el título X de esta Ley, a través del seguimiento de los indicadores que se determinen reglamentariamente, ¿se trata sólo de una herramienta informática al tipo del proyecto europeo Urban Audit o se ha convertido en otro observatorio, el de grandes ciudades, dependientes de la Conferencia de Grandes Ciudades que se pretendía constituir tras las elecciones locales de 2007.

La articulación de la participación de los Entes Locales queda reducido pues a la interlocución de los diferentes agentes con la Federación española de Municipios y Provincias, una mera Asociación (o club) constituido al amparo de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 7/1985 de 2 de abril, declarada de utilidad pública mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 26 de junio de 1985, integrada por los Municipios, Provincias y otros Entes Locales que voluntariamente lo decidan.

¹⁵ El Pleno deberá informar en los siguientes asuntos: a) Normativa básica de régimen local, b) Haciendas Locales y, c) Leyes Orgánicas que afecten a la Administración Local.

¹⁶ La refundición del Instituto de Estudios de Administración Local con el Instituto Nacional de Administración Pública en un solo organismo autónomo con la denominación de éste último se produjo por el Real Decreto 1437/1987 de 25 de noviembre.

Y, en el ámbito de las Comisiones en los casos siguientes: A) Emitir informe en los siguientes supuestos: a) Anteproyectos de ley y proyectos de disposiciones administrativas de competencia del Estado en las materias que afecten a la Administración local, tales como las referentes a su régimen organizativo y de funcionamiento; régimen sustantivo de sus funciones y servicios –incluidas la atribución o supresión de competencias–; régimen estatutario de sus funcionarios; procedimiento administrativo, contratos, concesiones y demás formas de prestación de los servicios públicos; expropiación y responsabilidad patrimonial; régimen de sus bienes y haciendas locales. b) Criterios para las autorizaciones de operaciones de endeudamiento de las Corporaciones locales. c) Previamente y en los supuestos en que el Consejo de Ministros acuerde la aplicación de lo dispuesto en el artículo 61RCL 1985\799 de la presente Ley.

B) Efectuar propuestas y sugerencias al Gobierno en materia de Administración local y, en especial, sobre: a) Atribución y delegación de competencias en favor de las Entidades locales. b) Distribución de las subvenciones, créditos y transferencias del Estado a la Administración local. c) Participación de las Haciendas locales en los tributos del Estado. d) Previsiones de los Presupuestos Generales del Estado que afecten a las entidades locales.

3. EL RÉGIMEN LOCAL Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE SEGUNDA GENERACIÓN

3.1. El nuevo paradigma

La omisión, o renuncia, de la Ley 57/2003, para resolver los problemas de orden financiero y competencial de los entes locales ha dado lugar a que en los procesos de reforma estatutaria se proceda a una “interiorización” del régimen local en el ámbito competencial e institucional de las Comunidades Autónomas [36] en lo que se denomina una subconstitucionalización territorial. Ésta subconstitucionalización se está produciendo de forma inmediata en el ámbito de las Comunidades Autónomas que cuentan con Estatutos de autonomía de «segunda generación» y que por tanto no alcanza aún a las denominadas Comunidades autónomas uniprovinciales ni, desde luego, a las Comunidades «uni-municipales» de Ceuta y Melilla cuyo nivel mínimo de autonomía local vendría dado de acuerdo con la formulación planteada dado por las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas previsto en el artículo 149.1.18 de la Constitución española.

Los nuevos Estatutos de Autonomía –producto para algunos de una re-interpretación o mutación constitucional y, para otros, de la aplicación del Uso Alternativo del Derecho en el ámbito constitucional– en la mayoría de casos han asumido la propuesta doctrinal en parte recogida en el Informe de la Comisión de expertos que dictamina las alegaciones al Libro Blanco [27] por la que se propone una atribución directa de competencias a los entes locales superando la técnica de la remisión a la legislación sectorial, a través de la inclusión en los Estatutos de Autonomía de regulaciones sobre el régimen competencial y financiero de las Entidades Locales. Conforme a esta doctrina, que es asumida por el Informe emitido en 2003 sobre la Reforma del Estatuto de Cataluña por Instituto de Estudios autonómicos, los nuevos Estatutos de Autonomía o de segunda generación como normas de cabecera del ordenamiento de la Comunidad, constituyen el vehículo normativo más adecuado para garantizar la autonomía local debido a su rango formal de Ley Orgánica frente a las limitaciones de las bases normativas estatales para vincular una política legislativa de la Comunidad Autónoma.

El legislador estatal básico tendría entonces competencia para establecer una regulación mínima y homogénea del sistema de competencias local y de las distintas materias que figuran en las STC 214/89 pudiendo actuar, con mayor o menor extensión, en materia de entes locales necesarios y en la configuración de sus órganos de gobierno obligatorios [27], limitándose a informar los principios para obtener una regulación armónica pero sin desautorizar aquellas competencias o atribuciones que se hayan asignado directamente a las Comunidades Autónomas en su Estatuto. En fin, se puede decir que la competencia normativa del Estado sobre régimen local se limita a lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución, es decir, el establecimiento de las bases de régimen jurídico de las Administraciones públicas.

Sobre esta base se ha de indicar que compartimos la posición expuesta por Luis Ortega [36] en el sentido de que no existían razones de peso, sobre la base de la experiencia acumulada, para promover la interiorización y el cambio de modelo que se ha producido en esta materia ya que lo que tendría sentido es introducir, en una futura reforma constitucional, principios de ordenación y garantía del régimen local que permitan una activación más eficaz de los instrumentos de defensa de la autonomía local. Con otros motivos también compartimos la posición de José María Rodríguez de Santiago expuesta en el Prólogo al tratado del profesor Francisco Velasco Caballero sobre el Sistema de Fuentes en el Derecho Local [14] cuya posición es completamente inversa a la recogida en 1981 en el Informe de la Comisión de expertos sobre Autonomías resaltada [2] por la doctrina administra-

tiva de entonces¹⁷. En el mismo sentido recientemente se ha pronunciado De la Quadra-Salcedo [20] quien trata de matizar la posición planteada por Velasco [14] en el siguiente sentido:

En todo caso los principios de articulación de las normas de distintos sistemas no pueden alterarse sobre la base del principio de jerarquía. Es el de competencia el que debe regir su relación. No vale por tanto invocar una supuesta mayor jerarquía del Estatuto para alterar los equilibrios hasta ahora conseguidos y, sobre todo, no puede hacerse una interpretación que haga inútil la reserva de competencias exclusivas al Estado del 149.1 de la que no puede sisonerse sin modificar previamente la Constitución.

Al objeto de comprender lo que está pasando en estos momentos en el régimen local español con los nuevos estatutos de Autonomía nos vamos a fijar en el desarrollo estatutario correspondiente a Andalucía que sigue la senda, agrandes rasgos, del nuevo Estatuto catalán.

3.2. El Régimen Local en el Estatuto de Andalucía

Garantías de la Autonomía en el Estatuto para Andalucía. El artículo 108 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA) prevé la existencia

¹⁷ «Partiendo de estos presupuestos y superando las dificultades interpretativas del artículo 149.3, provocada por la definición estatutaria como exclusivas de competencias sobre materias enumeradas en el número 1 del mismo precepto constitucional, la Comisión sienta, en síntesis y a la hora de concretar el posible contenido de una Ley Orgánica de ordenación del proceso autonómico. Las siguientes conclusiones:

El sentido evidente del artículo 149.3 es que, cuando el Estado dispone de competencias exclusivas sobre una materia o su competencia legislativa es concurrente con la autonomía, las normas estatales priman sobre las emanadas por las Comunidades Autónomas.

El ámbito de aplicación de esa primacía del Derecho estatal debe entenderse que cubre –por la ubicación sistemática del precepto, la función ordenadora que pretende cumplir y la realidad a la que sirve– cuando menos y desde luego la materias del artículo 149.1, porque sobre las mismas recaen necesariamente competencias estatales, bien exclusivas, bien concurrentes.

El precepto no pone en cuestión la existencia de un ordenamiento territorial propio de cada Comunidad, pero sí que ese ordenamiento pueda entrar en colisión (e imponerse) con el ordenamiento del Estado cuando ambos regulen concurrentemente una misma materia.

La resolución de ese conflicto en favor del Derecho estatal es una exigencia del a coherencia del régimen jurídico de la materia de que se trate y un requisito de la unidad superior de ambos ordenamientos –estatal y autonómico– en el ordenamiento constitucional y general, unidad proclamada en el artículo 1 del texto constitucional.»

de una serie de leyes que precisan para su aprobación la mayoría absoluta, lo que se ha denominado leyes institucionales según expresión de J.M. Porras Ramírez [15], una suerte de leyes orgánicas autonómicas. Entre éstas se encuentran las leyes que afectan a la organización territorial. La Ley de régimen local prevista en el artículo 98 tiene esta naturaleza al estar incluida en el Título III correspondiente a la Organización territorial de la Comunidad Autónoma y por tanto su aprobación precisará mayoría absoluta.

El artículo 89.2 del EAA garantiza la autonomía local con el alcance concreto establecido en la Carta Europea de la Autonomía Local, por lo que desde ahora tiene carácter estatutario este tratado internacional en Andalucía.

Junto a ello el nuevo Estatuto contiene reservas autonómicas para regular aspectos de régimen local como es el caso de los artículos 89.1 para la creación de las nuevas entidades territoriales, el artículo 93 en materia de transferencias y delegaciones, el artículo 94 en cuanto a funciones de las áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios y otras agrupaciones de municipios, el artículo 96.4 en relación con la reserva de Ley por mayoría absoluta la coordinación provincial, el artículo 97.2 sobre creación de comarcas así como la legislativa del artículo 98.

El EAA garantiza sólo para los municipios andaluces (por lo que se excluye a las Diputaciones Provinciales) “la plena capacidad de autoorganización dentro del marco de las disposiciones generales establecidas por Ley en materia de organización y funcionamiento municipal” (artículo 91.3 EAA), así como un “núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad” que se plasma en un listado en el artículo 92.2 EAA en los que se recogen las materias donde debe haber competencias propias de los ayuntamientos¹⁸. El apartado final o

¹⁸ Conforme al artículo 92.2 del Estatuto los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes: a) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística. b) Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial. c) Gestión de los servicios sociales comunitarios. d) Ordenación y prestación de los siguientes servicios básicos: abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros. e) Conservación de vías públicas urbanas y rurales. f) Ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas. g) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del patrimonio histórico y artístico andaluz. h) Coope-

cláusula residual establecido en la letra ñ), deberá entenderse con el alcance recogido en el artículo 108 del EAA en el sentido de que cualquier atribución de competencias, o modificación de las existentes, precisará del trámite parlamentario de mayoría absoluta exigido para la aprobación de la Ley de Régimen Local sin que ello suponga una cosificación del mismo.

Parece como si el estudio efectuado por el profesor Velasco [14] sobre el sistema de fuentes del Derecho Local¹⁹ haya sido asumido en los sistemas instaurados por los nuevos Estatutos de Autonomía cuyo objeto ha de ser la elevación de los «estándares» mínimos de autonomía local a la que también aspiran los documentos de la FAMP [22].

En desarrollo del Estatuto se han aprobado dos leyes autonómicas y se encuentra en trámite, en estos momentos el Anteproyecto de Ley de Autonomía Local de Andalucía que brevemente pasamos a analizar.

ración con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública. i) La regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública. j) Defensa de usuarios y consumidores. k) Promoción del turismo. l) Promoción de la cultura, así como planificación y gestión de actividades culturales. m) Promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público. n) Cementerio y servicios funerarios. ñ) Las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes.

¹⁹ «En lo que sigue voy a ejemplificar la función autonómica de elevación de los «estándares» mínimos de autonomía local con el sistema de competencias municipales establecido en la LBRL. En materia de competencias municipales existe un amplio margen para la elevación autonómica de los «estándares» básicos de autonomía local. Porque el estándar mínimo de autonomía competencial es relativamente bajo. Como es sabido, los arts. 2.1 y 25.2 LBRL encargan a la ley sectorial (estatal o autonómica) la atribución de concretas competencias en las materias que expresamente se relacionan. La mayoría de estas materias corresponde a las Comunidades Autónomas. Y por ello el encargo de la LBRL normalmente va dirigido al legislador autonómico. Aquí, por tanto, el margen de configuración de la autonomía local, por parte de la ley autonómica, es potencialmente muy amplio. Dado que el listado de materias del art. 25.2 LBRL es sólo un «estándar» mínimo de autonomía municipal, la ley autonómica puede (e incluso ponderadamente debe) atribuir competencias en otras materias de titularidad autonómica. Como ha dicho el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana: «[La Comunidad] podría conferir competencias a los Municipios en esta materia [deporte] más allá del marco de la Ley 7/1985, con el fin de aproximar la gestión pública a los ciudadanos en la línea del art. 4.3 CE-AL»

El Consejo Andaluz de Concertación Local. La Comunidad Autónoma de Andalucía ha sido pionera en el desarrollo de las previsiones del nuevo Estatuto en materia de Régimen Local dando cumplimiento a la habilitación prevista en el artículo 95 que remite a una ley del Parlamento la creación, composición y funciones del nuevo órgano de relación entre la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos andaluces. Mediante la Ley 20/2007, de 17 de diciembre, se crea y regula el Consejo Andaluz de Concertación Local como órgano para la relación, colaboración y coordinación entre la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades locales andaluzas.

La configuración estatutaria del órgano de “concertación local”, la opción por un modelo mixto o dualista, su ámbito funcional, el régimen jurídico de un órgano que sólo tiene atribuidas funciones asesoras o consultivas en sentido estricto, la tramitación parlamentaria de las disposiciones legislativas y de los planes que afecten de forma especial a las corporaciones locales, cuyos dictámenes no son vinculantes no ha estado exento de críticas [52] fundamentalmente derivada de la composición mixta del órgano dando más valor al voto de los representantes autonómicos que al de la representación local lo que hace que la ley se quede más “en el terreno de las medidas estéticas que en el de las soluciones útiles”. Se ha evitado con ello contrapesar la dinámica centrífuga del sistema. Se trata en definitiva de un órgano de la propia Junta de Andalucía que se encuentra bajo su control político y sobre el cual ya se ha desvanecido cualquier ilusión de participación efectiva de las entidades locales [12]. De hecho desde la designación e integración de miembros poco más se conoce de la actividad realizada por este órgano que parece efectivamente un sucesor natural (sic Disposición Adicional 1^a) de otros órganos consultivos locales que se han mostrado ineficaces hasta hoy como el Consejo Andaluz de Municipios y el Consejo Andaluz de Provincias.

Resulta inevitable señalar que esta posición de lo municipal se debe en gran parte a un disminuido peso constitucional de los municipios en términos estructurales, «pese a la evolución del papel que ha jugado desde 1978 el nivel local en la transformación territorial española», cuyo cambio tendría que sobreponerse a los intereses, fuerzas adquiridas e identidades que, en un cuarto de siglo, han cultivado las Comunidades Autónomas [48] lo que conlleva a nuestro juicio, un«encapsulamiento» o«empotramiento» de lo local en el nivel intermedio.

La Laula ha tratado de superar esta figura, sin eliminarla, integrándola en un denominado Consejo Andaluz de Gobiernos Locales (artículo 57) como órgano de representación de los municipios y las provincias ante las instituciones

de la Junta de Andalucía con la finalidad de garantizar el respeto a las competencias locales que une cinco cargos electos locales propuestos, en principio, de la FAMP.

Acceso de los municipios andaluces al régimen de gran población. Al amparo del artículo 60 del Estatuto de Autonomía se ha dictado la Ley 2/2008 de 10 de diciembre que regula el acceso de los municipios andaluces a la organización de los municipios de gran población conforme con la modificación efectuada en la Ley 7/1985, de 2 de abril, por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, y es de aplicación a los municipios andaluces que sean capitales de provincia o sedes de las instituciones autonómicas, así como a los municipios de más de 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales, de conformidad con lo previsto en el artículo 121.1.c) y d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y soliciten al Parlamento de Andalucía su inclusión en el régimen de organización de los municipios de gran población. En este punto el legislador andaluz ha renunciado a cualquier tipo de innovación.

La Ley de Autonomía Local de Andalucía. Durante el mes de octubre de 2009 la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía sometió a audiencia el Anteproyecto de Ley de Autonomía Local de Andalucía que ha sido finalmente aprobado por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 26 y 27 de mayo de 2010 y publicada en el BOJA núm. 122 de 23 de junio de 2010). Aunque es prematuro efectuar cualquier valoración crítica, dado que se trata de una Ley que entrará en vigor el próximo 24 de julio de 2010 el texto supone un acierto en la medida en que transcribe disposiciones de la Primera Parte de la Carta europea de la Autonomía Local, y, un fracaso, en lo que matiza, relativiza u omite del mismo Tratado.

Hay que destacar como aspectos positivos la regulación que se encuentra en el Título II de los Servicios y la iniciativa económica local conforme a la competencia exclusiva sobre modalidades de prestación de los servicios públicos locales que tiene atribuida la Comunidad Autónoma de Andalucía de acuerdo con el art. 60 1.c) Estatuto de Autonomía de Andalucía (EAA) y, en el plano negativo, la posición unilateral que la Junta de Andalucía se atribuye en sus relaciones con respecto a las entidades locales tal y como propone su Título IV matizada por la figura del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales y sobre cuyos aspectos en materia de coordinación nos vamos a referir aparte.

En cuanto la enunciación de competencias es muy pormenorizada y pese a la apariencia autonomista, la Ley, como tampoco el Estatuto de Autonomía,

supone una garantía adicional a las Corporaciones Locales al ser un desarrollo y reproducción de las contenidas en los artículos 25 y siguientes de la Ley 7/1985.

Si se pretende que la autonomía local no quede degradada definitivamente en Andalucía, se deberá delimitar en la legislación sectorial cuál es el marco competencial propio de forma que no se desproteja y vacíe de contenido las competencias propias y exclusivas en principio atribuidas. Tal y como expone el artículo 4 de la Carta Europea de Autonomía Local: *“Las competencias encomendadas a las Entidades locales deben ser normalmente plenas y completas. No pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la Ley”*. Pero, sobre todo, se deberá prohibir a la Administraciones estatal y autonómica que basen su relación con la Administración Local en la asignación de los recursos generales mediante la financiación afectada, a través de subvenciones finalistas, que está condicionando en los últimos tiempos, de una forma letal, su margen de autonomía.

La Coordinación autonómica en la LAULA. Resulta evidente que el artículo 58 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA) es una mera adaptación del actual artículo 59 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL).

El precepto de la LAULA no supone por tanto ninguna innovación al ordenamiento jurídico actual, al contrario, sigue la posición conservadora con que ha sido interpretado el precepto estatal por el Tribunal Constitucional (TC) en la Sentencia número 214/1989.

No obstante hay que decir que el artículo 59 de la LBRL no prevé facultades coordinadoras con carácter general sino, tal y como se expresó el TC en la Sentencia reseñada:

«(.../...) En función del reparto de competencias en los diversos sectores de la acción pública en los que se ponga de manifiesto la necesidad de garantizar la coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas, y siempre que, además tal como prevé el art. 10.2 de la L.R.B.R.L. «las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes Entidades (locales), incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas». Quiere decirse, pues, que, en el art. 59.1 de la LBRL, al Estado no se le atribuye indebidamente competencia alguna que no le corresponda a fin de coordinar la actuación de las Entidades locales, produciéndose así un desapoderamiento correlativo de

las Comunidades Autónomas. Antes bien, hay una expresa remisión a los diversos sectores materiales en los que venga a manifestarse la actuación administrativa que reclame esa coordinación, sin prejuzgar, por tanto, la titularidad misma de la competencia en cada caso».

Cuando el legislador autonómico se limita a transcribir un precepto estatal en la normativa propia del régimen local está renunciando a asumir la función de completar y reforzar la autonomía local en el marco de la comunidad.

Hemos discrepado de la transcripción de este precepto con anterioridad (en alegaciones formuladas por Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Andalucía al Anteproyecto) e interesado su supresión sin más ya que, en estos términos, resulta innecesario. Se trata, en principio, de una mera posición formal: la simplicidad del sistema, no abigarrar aún más nuestro ordenamiento jurídico material.

Desaprovechar la elaboración de la Norma institucional para adaptar el sistema local constituye asumir un riesgo: el de la cosificación de un sistema administrativo. Por otro lado tampoco la doctrina del Tribunal Constitucional es invariable, no se puede predecir una relectura del precepto en el ámbito autonómico actual, como tampoco lo fue cuando analizó la remisión expresa que el artículo 118 de la Ley de Costas realizaba al artículo 59 de la LBRL mediante la STC 149/1991 de 4 de julio, al declararlo inconstitucional.

¿Hasta que punto el artículo 58 de la LAULA incumple igualmente la exigencia establecida en el apartado segundo del art. 59 de la LBRL al no precisar, con suficiente detalle, las condiciones y los límites de la coordinación, así como las modalidades de control que se reserven el Parlamento andaluz?

Sobre la base de la definición de la autonomía local que recoge el artículo 3 de la Carta europea de Autonomía local, las entidades locales están excluidas de la dependencia jerárquica y, sobre las mismas no cabe cualquier control de oportunidad política ya que responden directamente ante el cuerpo electoral en un ámbito territorial limitado.

El Tribunal Constitucional indicó en la STC 27/1987 que: “las técnicas de coordinación no pueden traducirse en la emanación de órdenes concretas que prefiguran exhaustivamente el contenido de la actividad del ente coordinando, agotando su ámbito propio de decisión autónomo: en cualquier caso, los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre deci-

sión o de discrecionalidad a favor de las administraciones sujetas a la misma, sin el cual no puede existir verdadera autonomía”.

Por su parte el principio de autonomía está vinculado con el principio de corresponsabilidad fiscal entendido como visibilidad o perceptibilidad establecido por la Comisión Layfield que como ha señalado Ruiz Huerta en su trabajo “La articulación de la corresponsabilidad fiscal en el modelo autonómico español” (Financiación Autonómica y Corresponsabilidad Fiscal en España, Fundación BBV, Bilbao):

“dice el Green Paper que las autoridades públicas deben ser responsables ante su electorado de lo que gastan y de los ingresos que obtienen. Para estimular la eficiencia y evitar los comportamientos extravagantes de las autoridades locales sus electores deben conocer claramente las decisiones de gastos e ingresos que toman, así como los efectos de dichas decisiones sobre los niveles de impuestos locales que deben pagar. Para favorecer la responsabilidad, un tributo local debe ser claramente perceptible por los electores locales y contribuyentes, quienes deben conocer explícitamente qué volumen de impuestos están tributando, a qué institución o autoridad están pagando y cuáles son los servicios que dicha autoridad está suministrando. Por último, hasta donde sea posible, es necesario que tales impuestos sean satisfechos directamente por el máximo de individuos que se beneficien de los servicios previstos por los gobiernos locales”.

Tanto la formulación de la cooperación que se recoge en los artículos 57 y 58 de la LBRL, como la de cooperación, ya sea funcional u orgánica, expresadas en los artículos 10.2, 59 y 62 de la LBRL, se orientan, en los términos recogidos en la STC 214/1989:

“flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias aunque sin alterar, en ninguno de los casos, la titulación y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación, lo cierto es que las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables. La voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación -ya que todo coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado, es, por si mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas”

Resulta sugestivo plantear los mecanismos de coordinación que se utilizan por la Unión Europea dada la relevancia que tienen los actores locales en el

mismo. El *Método Abierto de Coordinación* basado en los mecanismos del *soft law* plantea una racionalización y refinamiento de los diferentes procesos de intervención. Parte de la definición efectuada por el Consejo de Europa en la Cumbre de Lisboa en relación con la Estrategia de empleo cuyos cuatro principios son aprendizaje mutuo, establecimiento de indicadores, evaluación de mejores prácticas y presión equitativa para la consecución de objetivos.

Este método parte de la definición precisa de los objetivos comunes que rige la política pública con específicos calendarios para su implantación en el corto, medio y largo plazo, estableciendo indicadores cualitativos y cuantitativos y referencias estadísticas sobre la comparación de las mejores prácticas al objeto de presionar, y en definitiva lograr la consecución, de las políticas públicas previamente definidas. Sobre esta base se elaboran los planes de actuación que son monitorizados mediante la evaluación, y revisión de los indicadores. Finalmente la decisión en materia de coordinación no puede suponer una carga adicional para los entes coordinados de forma que los costes derivados de la implantación de estos acuerdos deben ser asumidos por la Administración coordinadora.

4. LA GOBERNANZA COMO SOLUCIÓN A LA “CRISIS DE GOBERNABILIDAD”

El gobierno en red. Como es sabido las transformaciones derivadas de las limitaciones y críticas a la burocracia como paradigma de racionalidad administrativa dieron paso al modelo gerencial o neoempresarial cuya corriente mayoritaria fue la conocida como “Nueva Gestión Pública”. La insuficiencia de este modelo ha dado lugar a lo que hoy se denomina Gobernanza [38].

Este término, ligado en principio a los proyectos de ayuda al desarrollo ha ampliado su espacio de significación a todos los niveles de gobierno y gestión públicas. La propia Guía para el acceso a los servicios básicos de la ONU aprobada en abril de 2009 se refiere a la Gobernanza en su doble dimensión: política y técnica (I.9) y junto a los requerimientos de cada una señala que ambas exigen transparencia y participación de todas las partes involucradas promoviendo políticas (y agendas adecuadas) para la implantación de los servicios básicos para todos. En esta misma línea se expresa el Libro Blanco de la Unión europea [21] (COM 2001/248).

La gobernanza es por tanto un nuevo estilo de gobernar, una puesta en práctica de modos más cooperativos en los que parece difuminarse los límites

entre los sectores público y privado, en el que se interactúa en redes integradas por actores públicos y privados que se observan en niveles específicos, que llevan a cabo prácticas de intercambio, coordinación, control y adopción de decisiones autónomas y en red superando la exclusividad de las instituciones y reconociendo la pluralidad de actores sociales induciendo su participación y cooperación. La idea de la Gobernanza ve en la sociedad misma el problema que tiene que resolver y no tanto una defectuosa técnica administrativa por la que se trata de implicar a los actores sociales en la solución de los problemas, motivarlos y activarlos, para no convertirlos en ciudadanos dependientes o en clientes irresponsables [29]. De hecho, los principios de la gobernanza son la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia [38].

Quizás una de las más esclarecedoras definiciones del modelo de gobernanza sea el de gestión de redes [31], entendiendo que en realidad sólo existe una red cuando se establecen y utilizan sistemáticamente (gerencia) vínculos internos y externos (comunicación, interacción y coordinación) entre gente, equipos y organizaciones (nodos) con la finalidad de mejorar el desempeño administrativo. En esta línea la OCDE ha elaborado unas primeras directrices estratégicas para la gestión de redes de interés público²⁰.

²⁰ OECD, *Local Partnership for Better Governance*, París, 2001: Asegurar que las metas de política propuestas para la red son consistentes a nivel central entre los diferentes departamentos y agencias de las Administraciones implicadas. Las redes no deben responder sólo ante un departamento o agencia, sino ante todos los que resulten necesarios para el logro de sus propósitos. Los interactuantes en la red deben tener claro cuál es su papel en la formulación e implementación de la política o servicio de que se trate.

Adaptar el marco estratégico de la red a las necesidades de los intervinientes. La red sólo tiene sentido si cada uno de los intervinientes puede mejorar sensiblemente su responsabilidad específica, ya sea como gerente público, empresa, asociación cívica, institución académica, etc. Para ello es necesario transparentar tanto la contribución de cada parte a la estrategia común de la red como el aporte que de ésta podrá derivar cada una.

Fortalecer la responsabilidad de los participantes. Ello exige que la gestión de la red no sólo defina la función de planificación estratégica, apreciación de proyectos o provisión de asistencia, sino que transparente además quién hace qué, quien representa a quién, quién responde de qué y ante a quién; en una palabra, un mecanismo eficaz de distribución de responsabilidades. Si las redes se convierten en un mecanismo de dilución de responsabilidades, quedará en pie pocas de las virtudes que se postulan de las mismas.

La flexibilidad de la gestión de los programas públicos es una condición para el buen funcionamiento de las redes. Esta flexibilidad no impide un marco claro de distribución de funciones y responsabilidad entre las Administraciones Públicas, responsables últimas de los servicios públicos, y las redes de agentes diversos implicados en su mejor producción efectiva. Garantizar la flexibilidad de la red y la unidad de dirección política está dando paso a interesantes tendencias.

Hay que tener en cuenta, en el caso español, que entre los dos modelos que nuestra Constitución establece en su artículo 23.1 del derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos, nuestro ordenamiento jurídico ha dado prioridad al de democracia representativa estando excesivamente constreñidos los mecanismos de democracia directa o participativa contraviniéndose así las indicaciones del artículo 9.2 de la Constitución cuando se conmina a los poderes públicos a facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En el nivel local la implantación de los sistemas de gobernanza son plenamente viables –ya se están utilizando en la elaboración de determinados presupuestos participativos– e implican una profundización democrática en clave deliberativa que desde el punto de vista legislativo entendemos corresponde ahora promover y fomentar, aunque sus resultados sociales no puedan verse a corto plazo y pese a su crítica, no exenta de sentido [49], lo cierto es que el propio Consejo de Europa²¹ ha afirmado que los principios que integran y constituyen la gobernanza local son necesarios para la consecución de un buen gobierno que responda a las expectativas y necesidades de los ciudadanos y que se concreta en que se ejerza responsablemente la autoridad pública en coordinación con las demandas de los vecinos ofreciendo servicios de calidad [30].

La economía de la experiencia. Esta transformación del modelo de gestión gerencial al nuevo modelo de gestión pública encuentra su reflejo en el ajuste que se está produciendo en las organizaciones que ven como surgen nuevos tipos eclécticos e innovadores en lo que se viene denominando un «escenario líquido» [6] sobre la base de lo que Joseph Pine y James H. Gilmore calificaron como «La economía de la experiencia»²². El concepto de gestión, de organización gerencial, de la «economía de la dirección» basado en las cuatro «c» –continuidad, constancia, coherencia, consistencia– está trans-

²¹ Otros textos de las instituciones comunitarias sobre la gobernanza local además de las Comunicaciones de la Comisión europea son: Resolución del Parlamento Europeo (PE326.790), Dictamen del Comité de las Regiones «La gobernanza en el consenso europeo sobre la política de desarrollo» (2007/C 197/09, Carta de la UE sobre apoyo a la gobernanza local. Programa comunitario «Europa para los ciudadanos»

²² B.J. Pine and J.H. Gilmore, *The Experience Economy: Work is Theatre and Every Business is a Stage*, Harvard Business School Press, 1999 (trad. cast.: *La economía de la experiencia*, Barcelona, Granica, 2002).

formándose en una organización basada en la «economía de la experiencia» representada por la inmediatez, la subjetividad, la diversión y la representación, que supone una superación del modelo que Max Weber consideró como el nacimiento de la modernidad. En este contexto, Zygmunt [6], está realizando un lúcido análisis de esta situación²³.

5. NOTAS PARA UNA LEGISLACIÓN DE AUTONOMÍA LOCAL

En los años que se han sucedido desde la aprobación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se ha producido un claro distanciamiento entre los discursos políticos, lleno de referencias a la autonomía local, a la participación, o a la transparencia y la propia realidad jurídica (y económica) en la que se desenvuelven las entidades locales españolas. Se aprecia que se ha dejado pasar una oportunidad, acuciados por una realidad muy dinámica en un contexto de descentralización autonómico, para destacar las potencialidades de la autonomía local y reforzar los presupuestos para su ejercicio lo que hubiera supuesto una notable profundización democrática.

Desde esta perspectiva se indica, a título enunciativo entre otras, las siguientes deficiencias en el ámbito de las Entidades Locales:

- a) Marginación en la elaboración de las normas generales, en las que las entidades locales carecen de participación efectiva.
- b) Atribución de competencias sin asignación de recursos suficientes, o competencias de escasa calidad.
- c) Hiperregulación normativa que deja sin margen la autorregulación local.

²³ Unas cuantas funciones, que hasta ahora se consideraban que pertenecían al dominio del puesto de trabajo, se han «subcontratado» a los «cooperadores» y se han sustituido en consecuencia por relaciones de tipo de mercado (al estilo de «si no queda plenamente satisfecho, devuelva el producto a la tienda») o subsidiarizadas» a cada empleado de forma individual, pasando de este modo la responsabilidad por el rendimiento, y la obligación de soportar las consecuencias, de los hombros de los jefes a los de los empleados. Hoy, el símbolo del verdadero dominio es la facilidad con que se evita la realización de tareas ortodoxas de gerencia, que han sido cedidas a un lado o han descendido en la jerarquía.

d) Concurrencia competencial de administraciones sobre las mismas materias, con prevalencia de las decisiones de órganos autonómicos no elegidos directamente.

e) Financiación mediante transferencias condicionadas.

f) Escaso interés de los partidos en la selección y presentación de representantes idóneos para los puestos de gestión política.

f) Vaciamiento efectivo del poder resolutorio local, o con un margen muy reducido de autonomía decisoria.

g) Y, de forma muy relevante en éstos momentos, la utilización de las Entidades Locales como meras agencias o extensiones de las otras administraciones territoriales a las que se les asigna la realización de meras tareas burocráticas sin margen de autonomía o gestión.

5.1. Una administración eficiente

No es objeto de este trabajo el estudio de la problemática de la financiación local que constituye un tema central en el debate municipalista –aunque nos llame la atención que los recursos propios fundamentales de las Entidades locales recaigan casi en exclusiva, sobre la propiedad privada de los ciudadanos (Impuesto Bienes Inmuebles, Impuesto de Incremento del valor de los terrenos, Impuesto de circulación de vehículos)–. Pero si se pretende efectuar unas breves consideraciones acerca de la eficiencia en gasto de los gobiernos locales sobre la base de algunos estudios que se están efectuando en el derecho comparado.

La Constitución española al definir en su artículo 103.1 los principios de actuación de la Administración Pública no recoge el principio de eficiencia, la Administración Pública, recoge, sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. El principio de eficiencia se ha introducido en el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común y alude a él el artículo 133 de la Ley de Bases de Régimen Local al, entre los criterios de la gestión económico financiera, la asignación de recursos con arreglo a criterios de eficiencia, que se hará en función de la eficacia y cumplimiento de objetivos.

Hay que partir que en la materia de Administración local en España la mayoría de los datos están disgregados, no existe un banco de datos común que

nos permita conocer de forma fiable los indicadores de gestión en los servicios que se están prestando, cuáles son los estándares objetivos, tan sólo los datos relativos a la contabilidad presupuestaria se encuentran homogeneizados, debiéndose acudir a informes especiales realizados por diversas entidades públicas (Cámaras de Cuenta, Defensores del Pueblo, Institutos Universitarios, etc.) o privadas (Observatorios de Gobierno local, Centros de Estudios o Fundaciones) para conocer mediante indicadores el estado o situación de cada entidad y los datos comparados, datos que empiezan a ser obtenidos a través de Cartas de servicios. Finalmente se están desarrollando rankings de ciudades en relación con la transparencia, la calidad de vida²⁴, el grado de satisfacción de sus vecinos²⁵ o la protección del medio ambiente²⁶ cuyos resultados son controvertidos²⁷.

Por eso para analizar la eficiencia del gasto público en los gobiernos locales tenemos que acudir a los trabajos que se están llevando a cabo en otros países. Un buen ejemplo es el que se basa en el sistema de medida que se lleva a cabo en los gobiernos locales ingleses a través del denominado “Comprehensive Performance Assessment” (CPA) introducido en 2002 al objeto de determinar el grado de prestación de los servicios públicos por los Ayuntamientos cuya realización se encomienda a auditores externos (the Audit Commision).

Otros ejemplos son los que se están llevando a cabo en Estados Unidos a través de metodología alternativas como, por ejemplo Data envelopment analysis (DEA) [35]. O el que se está llevando a cabo en Portugal mediante la metodología Free disposal hull (FDH) [5]. Citamos estos tres supuestos ya que en los tres métodos (CPA; DEA; FDH) y tres diferentes países (Gran Bretaña, Estados Unidos y Portugal) las investigaciones efectuadas han dado el mismo paradójico resultado: gastando más se obtiene menos, así, en el caso de Gran Bretaña [46] no consta que un mayor gasto suponga una mejora sustancial²⁸.

²⁴ Economist Intelligence Unit, Monocle Magazine, Mercer quality of life surveys.

²⁵ Urban audit perception survey, Local perceptions of quality of life in 31 european cities. U.E., 2004.

²⁶ World Bank.

²⁷ Joel Kotkin: Why the “Liavable Cities” Rankings Are Wrong”, Forbes, agosto 2009.

²⁸ The empiricaul analysis provides no evidence that higer public spending translates into better performance. Rather, the estimate of effect of excess spending on performance is negative

La misma conclusión se alcanza en el estudio elaborado en la Región de Lisboa y el Valle del Tejo en orden a estimar la extensión de los gastos y si los mismo suponen un derroche o una buena práctica²⁹.

Los estudios reseñados, en especial el caso de Gran Bretaña demuestran que la publicación de los resultados, y el conocimiento por los ciudadanos del nivel de eficacia de sus Entidades locales –en relación con otras–, supone ya un incentivo automático para que los poderes locales implanten sistemas de mejora en los procesos tanto de producción como de gestión de los servicios públicos y adopten medidas para luchar contra la ineficiencia y el exceso de gasto, y estas medidas se adopten en un contexto de equidad. Este mismo efecto se puede observar en la realización de otras auditorías o análisis como el realizado en materia de Transparencia de los Ayuntamientos³⁰.

5.2. Una administración transparente

La lucha contra la corrupción, promover la transparencia, difundir la información de que se disponga, rendir cuentas constituye hoy una exigencia en la prestación de los servicios públicos, no solo de los países con democracias incipientes sino aún más en las democracias avanzadas. Un ejemplo en este último caso es el movimiento Change Congress iniciado en Estados Unidos por el influyente abogado Lawrence Lessig –uno de los defensores del copyleft y fundador del movimiento Commons Creative en la era digital– que ha publicado la Declaración por la Independencia³¹, que propugna, en el ámbito de la lu-

ina random effects ordered prohibit specification. Moreover, controlling for correlation between jurisdiction specific effects and regressors and for fixed characteristics of a locality -including institutional structure and socio-economic complexion provides further evidence in support of the hypothesis that public expenditures in excess of centrally set standards have a detrimental effect on performance.

²⁹ The efficiency results measured in terms of input and output efficiency scores suggest that, on average, the region of Lisbon municipalities could be characterised as being relatively inefficient. Among the 51 municipalities assessed we found that they could have achieved, on average, roughly the same level of local output with about 39 percent fewer resources, i.e., that local performance could be improved without necessarily increasing municipal spending.

³⁰ Índice de transparencia de los Ayuntamientos, resultados 2009, aspectos más destacados, <http://www.transparencia.org.es>.

³¹ ADeclaration for Independence, Lawrence Lessig.

cha contra la corrupción, la publicación, entre otros datos, de la contabilidad de los partidos políticos.

La situación a la que se ha llegado deriva de la confusión que a partir de los años 70 se produce entre capitalismo –o supercapitalismo– y democracia como consecuencia de la aparición de grandes empresas más competitivas, globales e innovadoras. En esta transformación nuestra capacidad como consumidores e inversores ha mejorado significativamente pero a costa de nuestras capacidades, como ciudadanos, en la búsqueda del bien común [44]. La reacción frente a esta confusión se ha producido después³².

Un ejemplo en la evaluación de la transparencia de la Entidades Locales españolas es el denominado Índice de Transparencia de los Ayuntamientos (ITA) anteriormente citado que se está elaborando por la Organización No gubernamental denominada Transparencia Internacional en España para medir el nivel de transparencia ante los ciudadanos y la sociedad de los Ayuntamientos españoles. El primer año de aplicación del ITA 2008 en el cual se evaluó la transparencia de los 100 mayores Ayuntamientos de España, y a través de un conjunto integrado de 80 indicadores alcanzando el año 2009 a 110 municipios españoles.

5.3. Una administración sin trabas

A finales del año 2009 los Ayuntamientos se empezaron a enfrentar a dos retos, por un lado la plena implantación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, y, por otro, la transposición de la Directiva 2006/123, del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios del mercado interior cuyas repercusiones administrativas tiene carácter estructural ya que el principio general que inspira la misma es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo.

³² The first and most important step is to have a clear understanding of the appropriate boundary between capitalism and democracy –between the economic game, and how its rules are set– so that the boundary can be better defended. Companies are not citizens. They are bundles of contracts. The purpose of companies is to play the economic game as aggressively as possible. The challenge for us as citizens is to stop them from setting the rules. Keeping supercapitalism from spilling over into democracy is the only constructive agenda for change.

En cuanto al primero, la implantación de las tecnologías de la información que permitan a los ciudadanos a ejercer el derecho de relacionarse por medios electrónicos, supone la obligación de la Administración, al servicio del ciudadano, de transformarse en una administración electrónica utilizando, para ello, tecnologías de la Información y el conocimiento bajo los criterios de: disponibilidad, accesibilidad, integridad, autenticidad, confidencialidad y conservación de los datos, informaciones y servicios que gestione y conlleva los siguientes derechos a favor de los ciudadanos.

Por su parte, la transposición de la Directiva 2006/123, del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios del mercado interior que tiene por objeto «eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores de los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades del Tratado» (Preámbulo).

En este sentido algunos autores [10] han planteado que «el principio que sienta la Directiva es el de innecesariedad de autorizaciones previas; este principio solo es excepcional cuando el régimen de autorización que se establezca esté justificado por una «razón imperiosa de interés general», no suponga discriminación para el prestador de servicios de que se trate, y siempre que el objetivo perseguido no se pueda alcanzar con una medida menos restrictiva»³³.

La transposición de la Directiva ya se anuncia como un proceso muy lento, complejo, sembrado de conflictos, que tendrá que despejarse poco a poco

³³ Para la correcta incorporación de esta exigencia se obliga a los Estados miembros a identificar los regímenes autorizatorios vigentes en cualquier ámbito de gobierno (en nuestro caso estatal, autonómico o local), y comprobar si las autorizaciones reguladas cumplen con los criterios señalados a través de un procedimiento de evaluación recíproca al que más adelante nos referiremos. En un segundo nivel de análisis se sitúan los criterios y condiciones de los regímenes en autorización que hayan superado el primer filtro señalado en el párrafo anterior. El art.10 de la Directiva señala que los criterios de concesión o denegación de la autorización correspondiente no podrán incorporar facultades de apreciación de las autoridades competentes que no estén delimitados en forma tal que se garantice que el ejercicio de las mismas no sea arbitrario. Salvado ese primer límite, se establecen las características generales a las que deben atenerse los criterios de decisión (claridad, objetividad, transparencia, accesibilidad...), entre los que destacamos dos: 1.º Estar justificados por una razón imperiosa de interés general. 2.º Ser proporcionados a dicho objetivo de interés general.

ante los Tribunales internos y Comunitario europeo según pronostica Santiago Muñoz Machado [33] derivadas de la falta de uniformidad conceptual, o la diferente evaluación de la proporcionalidad, la distinta apreciación de los límites de claridad y objetividad a que deben subordinarse los regímenes de autorización que subsistan etc. pero lo cierto es que nos encaminamos no sólo a la simplificación de los procedimientos de intervención y decisión, o a la tramitación de los expedientes y la cooperación entre autoridades administrativas a través de la ventanilla única, o la mejora de la información de los usuarios e interesados y la incorporación de nuevas tecnologías de información, sino, sobre todo, al cambio del régimen de autorizaciones administrativas que supongan restricciones a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios.

Este proceso, cuyas dificultades se producirán especialmente en los Ayuntamientos, al ser los que articulan mayores actuaciones de intervención administrativa sobre las actividades de los ciudadanos [16] y mayor interacción entre ellos.

5.4. Una administración sin cargas

Recuerdo hace años leer un artículo en El Consultor de Lago Santistéban sobre las cargas estatales en la Administración Local. Se identificaban un listado de materias en el que las Corporaciones Locales prestaban servicios a otras administraciones sin contraprestación ni justificación lógica alguna. Eran ya, en los inicios democráticos, vestigios de una administración local de herencia francesa: la articulación del ente local dentro de la voluntad general del Estado con la construcción del concepto de *pouvoir municipal*. Esta construcción jacobina se tuvo que enfrentar a la influencia del conocimiento que tuvieron los ilustrados exiliados a Inglaterra del *selfgovernment* del municipalismo inglés, con ella se introdujo la aspiración democrática de que los poderes locales fuesen elegidos por los vecinos [36].

Estas cargas estatales, con excepción de las tareas de reclutamiento, no sólo no han disminuido sino que se han visto incrementadas desde entonces. Lo único que ha cambiado es el nombre, ahora son cargas autonómicas.

Son muchos los ejemplos que se pueden traer a colación de estas cargas que subsisten y han venido colmatando en muchos casos la actividad municipal. Otras están apareciendo en los últimos tiempos, en formas de Decretos leyes e incluso Órdenes por las que se “usan” las entidades locales como agencias estatales o autonómicas, ya sea para el empadronamiento con carácter retroactivo al objeto de realizar regularizaciones de extranjeros, ya para la eje-

cución de obras no previstas ni planificadas en los presupuestos municipales que se consideren urgentes en aras de la creación de empleo, ya para tramitar solicitudes ante otros organismos, o ser meros registros de peticionarios o demandantes de servicios.

Pongamos tres breves ejemplos, uno referido a una atribución histórica, el de mantenimiento de centros escolares, otra, más reciente, el sufragar cuerpos policiales coordinados por otra administración, y finalmente, el relativo a la prestación de los servicios sociales.

El Mantenimiento de Centros Escolares. Siguiendo con el supuesto de Andalucía, la Ley 7/1999 de 29 de septiembre de Bienes de las Entidades Locales señala que son de titularidad de las Entidades Locales los edificios públicos destinados a centros de educación infantil, de segundo ciclo, primaria o especial pero, ¿para qué? Conforme a la disposición adicional primera de la Ley estos edificios no pueden destinarse a otros servicios o finalidades sin autorización previa de la administración educativa correspondiente. La razón se encuentra en el Decreto 155/1997, de 10 de junio, por la que se asigna a los Municipios la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios propios o dependientes destinados íntegramente a centros de educación infantil de segundo ciclo, primaria o especial. Es decir que corresponde a los ayuntamientos gestionar la limpieza diaria, efectuarlas reparaciones y sustituciones ordinarias, dotar estos centros de conserjes y vigilancia. Y ello sin contar que muchos ayuntamientos también han construido los centros, ya sean los de su titularidad, ya sean de secundaria o bachillerato en base a Convenios interadministrativos con la Consejería de Educación para atender las demandas de la población. La pregunta es ¿qué margen de autonomía cabe en esta atribución? Y la respuesta es que depende de cada Ayuntamiento la frecuencia e intensidad de la limpieza, y los recursos humanos y materiales que se deban dedicar siendo ajena la Administración educativa de la infraestructura donde se organiza el servicio.

El mantenimiento de Cuerpos de Policía local «autonómicos».

Uno de los rasgos más característicos de la existencia de un Ayuntamiento es que cuenta con los servicios de un Cuerpo de Policía Local, de cuyo número actual de efectivos en el territorio nacional, por cierto, no existen datos oficiales³⁴.

³⁴ «¿Sabe alguien cuántos policías municipales hay? La Administración no sabe, no contesta. El País 18/03/2007.

Los escasos datos sobre el número de agentes de la Policía local y la evolución de los Cuerpos de Policía Local han sido recopilados por Don José Escalante Castarroyo en diversas publi-

El artículo 149.1.29 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la seguridad pública salvo en aquellas comunidades que por Estatuto tienen prevista la creación de policías autonómicas propias, siendo muy limitada la competencia que, en calidad de coordinación de policías locales se atribuye al resto de Comunidades. Su justificación, desde el punto de vista del régimen local, se encuentra en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local por el que se reconoce competencias a los municipios en materias de seguridad en lugares públicos y de ordenación del tráfico de personas y vehículos en las vías urbanas. Sin embargo, su régimen regulatorio se recoge en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuya Exposición de Motivos se recoge que “Por lo que respecta a las funciones, dado que no existe ningún condicionamiento constitucional, se ha procurado dar a las Corporaciones Locales una participación en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, coherente con el modelo diseñado, presidido por la evitación de duplicidades y concurrencias innecesarias y en función de las características propias de los Cuerpos de Policía Local y de la actividad que tradicionalmente vienen realizando”. Sin embargo de la lectura del artículo 53 que recoge las competencias de la Policía Local, la materia de seguridad ciudadana que es la que representa mayor importancia para las Corporaciones Locales, cuenta con unas competencias muy limitadas³⁵, la mayoría

caciones así como a través de estudios comparados (La nueva Policía local mancomunada, José María Mainar Ene, *El Consultor* 18, 2008) de los que se desprenden, entre otros datos, que en estos momentos el número de agentes de la Policía Local podría superar el de la Policía Nacional, distribuidos en unos 1.700 Cuerpos de Policía con una amalgama organizativa y estructural, de los que casi 200 cuentan con un sólo miembro.

³⁵ El elenco de funciones que se atribuyen expresamente a la Policía Local en el artículo 53 de la Ley Orgánica 2/1986 es el siguiente: a) Proteger a las autoridades de las Corporaciones Locales, y vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones. b) Ordenar, señalar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación. c) Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano. d) Policía Administrativa, en lo relativo a las Ordenanzas, Bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia. e) Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley. f) La prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil. g) Efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad. h) Vigilar los espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Policía de las Comunidades Autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello. i) Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.

de las cuales no justifican la necesidad de contar con un “Institutos armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada”, pudiendo ser prestadas por empresas de servicios o funcionarios propios habilitados para la inspección y denuncia de infracciones administrativas.

Se trata pues de Cuerpos hiperregulados³⁶ cuyas funciones principales se han convertido en accesorias, siendo su actividad real la de colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a quienes le corresponde la seguridad pública. Junto a ello a través de estos Cuerpos se atribuye a los municipios cabeza de partido judicial la carga de disponer de los denominados depósitos de detenidos a disposición judicial (que durante algún tiempo han venido también cumpliendo los servicios de arrestos de fin de semana), o que a la policía local se le encomiendan funciones de control del cumplimiento de las penas en los domicilios de las personas que conforme al artículo 37 del Código Penal son condenadas a la pena de localización permanente³⁷. Podemos concluir que el margen de autonomía local para organizar estos Cuerpos es prácticamente irrelevante, y, en el que queda, la excesiva proximidad entre el gobernante y el gobernado hacen aconsejable la atribución de competencias a una administración más distante³⁸.

³⁶ Por la Comunidad Autónoma de Andalucía, por ejemplo, en base a las funciones de coordinar la actuación de las Policías Locales en el ámbito territorial de la Comunidad, atribuida por la Ley Orgánica 2/1986 se han dictado disposiciones que regulan desde las medias panty hasta los botones de la guerrera (Orden de 16 de febrero de 2009 publicada en el BOJA núm. 42, de 3 de marzo) y en la que resulta muy difícil identificar, sino es a través de un mínimo escudo, el Ayuntamiento de pertenencia, el que corre con todos los gastos derivados de las funciones del Policía Local.

³⁷ En el Informe efectuado por el Defensor del Pueblo Andaluz en diciembre de 2008 sobre “Lugares de custodia de personas detenidas: Depósitos municipales y otros calabozos policiales” se concluye: “Así las cosas, creemos sinceramente que ha llegado el momento de que por parte del Ministerio del Interior, al que se atribuyen, recordémoslo, no sólo las competencias penitenciarias sino también la administración general de la seguridad ciudadana y el mando superior de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se promueva un cambio legislativo tendente a derogar la Disposición Final Quinta de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de Abril, de tal modo que el Servicio de Depósito de Detenidos a disposición judicial pase a ser gestionado directamente por el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, y en sus propias instalaciones”.

³⁸ Según el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Tráfico publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 5 de diciembre de 2008 estima unos quince millones de procedimientos sancionadores por infracción de la normativa de circulación. De acuerdo a los datos de la Dirección General de Tráfico en 2008 se instruyeron tres millones y medio de procedimientos

Y, por último, una pregunta: ¿Que ha sido de la elaboración de una norma que defina y concrete el ámbito de participación de la policía local en materia de mantenimiento de la seguridad ciudadana, como policía de proximidad, así como en el ejercicio de las funciones de policía judicial como preveía la Disposición Adicional Décima de la Ley 7/1985, de 2 de abril (Añadida por art. 1.3 de Ley 57/2003, de 16 diciembre)?

La prestación de los Servicios Sociales. Un caso paradigmático de la situación en la que se encuentran las competencias locales es en materia de servicios sociales o prevención social ateniéndonos a que el Estatuto reconoce una competencia compartida con el Estado en el marco del artículo 149.1.1 de la Constitución en los artículos 61 –servicios sociales, voluntariado menores y familia–, artículo 62.1 –inmigración, políticas de integración y participación de inmigrantes– y artículo 73 –políticas de género– y 74 –políticas de juventud– conteniendo una habilitación genérica, el artículo 84, a la Comunidad Autónoma para organizar y administrar todos los servicios con sanidad, educación y servicios sociales y ejercerá la tutela de las instituciones y entidades en estas materias sin perjuicio de la alta inspección del Estado.

Por su parte la Ley de Bases de Régimen Local obliga en su artículo 26.1 c) a municipios de más de 20.000 habitantes, en el marco de la competencia genérica establecida en el artículo 25.2, competencia que se efectuará por sí o asociado con otros.

En este contexto resulta muy significativo, tal como resalta en la Revista Andaluza de Administración Pública [39], la redacción dada por los Estatutos de Cataluña y Andalucía en cuanto a la competencia en materia de Servicios Sociales. El artículo 31.1 del Estatuto Catalán reconoce a los Municipios unas determinadas atribuciones³⁹.

tos por ese organismo correspondiendo el resto, más de diez millones, a los Municipios españoles. Sin embargo los países de nuestro entorno cuentan con sistemas automáticos de detección que supone un incremento del número de sanciones arbitrándose medios diferentes para el cobro de las multas –alternativos al procedimiento recaudatorio municipal– tales como la retirada de permisos, renovación de placas condicionada al pago de multas etc. Todo ello hace pensar si el tráfico no debía ser una competencia extraterritorial radicada en el ámbito europeo tal y como se deduce del Proyecto de seguridad vial europeo PEPPER (Police Enforcement Policy and Programmes on European Roads) que está desarrollando la Base de Datos CLEOPATRA (Collection of Law Enforcement Operations and Police Activities To Reduce Traffic Accidents).

³⁹ a) Estudiar y detectar las necesidades sociales en su ámbito territorial. b) Crear y gestionar los servicios sociales necesarios, tanto propios como delegados por otras administraciones, de

El Estatuto de Andalucía, por el contrario reconoce las atribuciones⁴⁰ a las que otorga carácter delegado, lo que supone, en materia de servicios sociales comunitarios, una regresión con relación a la atribución propia conferida por la legislación estatal.

En consecuencia, junto a la reducción competencial que se deriva del nuevo Estatuto, que atribuye a los municipios en lugar de competencias propias, competencias delegadas, y, en tanto se desarrollan nuevas leyes en la materia, la realidad es que los servicios sociales de atención básica, primaria o comunitaria que constituye “una estructura indispensable para consolidar y hacer progresar el “Estado del Bienestar” que la Constitución preconiza” tal y como resalta el Defensor del Pueblo [24] en el informe que se cita, y, en muchos casos también los servicios especializados, están siendo prestados de forma efectiva por los municipios sí, pero con una financiación insuficiente⁴¹.

acuerdo con la Cartera de servicios sociales y el plan estratégico correspondiente. c) Elaborar planes de actuación local en materia de servicios sociales y participar, su procede, en el plan de actuación del área básica correspondiente. d) Establecer los centros y servicios correspondientes al ámbito propio de los servicios sociales básicos. e) Promover la creación de los centros y servicios correspondientes al ámbito propio de los servicios sociales especializados y gestionarlos, en coordinación con la Administración de la Generalidad y el ente local supramunicipal correspondiente, de acuerdo con la cartera de Servicios sociales y el plan estratégico correspondiente. f) Colaborar con la Administración de la Generalidad en el ejercicio de las funciones de inspección y control en materia de servicios sociales. g) Ejercer las funciones que le delegue la Administración de la Generalidad. h) Participar en la elaboración de los planes y programas de la Generalidad en materia de Servicios Sociales. i) Coordinar los servicios locales, los equipos profesionales locales de los otros sistemas de bienestar social, las entidades asociativas y las que actúan en el ámbito de los servicios locales. j) Las que les atribuyan las leyes.

⁴⁰ Los Ayuntamientos serán responsables de los Servicios Sociales de su ámbito territorial, de acuerdo con la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, y dentro del marco de la presente Ley. Serán competencias de los Ayuntamientos por delegación de la Junta de Andalucía: a) La gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios en los municipios de más de 20.000 habitantes. b) La gestión de los Centros de Servicios Sociales Especializados de ámbito local, en los municipios de más de 20.000 habitantes. c) La ejecución y gestión de los programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno. d) Crear y gestionar los servicios sociales necesarios, tanto propios como delegados por otras administraciones, de acuerdo con la Cartera de servicios sociales y el plan estratégico correspondiente. e) Elaborar planes de actuación local en materia de servicios sociales y participar, su procede, en el plan de actuación del área básica correspondiente. f) Establecer los centros y servicios correspondientes al ámbito propio de los servicios.

⁴¹ De acuerdo con el Informe especial efectuado por el Defensor del Pueblo de Andalucía en noviembre de 2005: “En este sentido, el mayor esfuerzo de financiación en estos diecisiete años

Con independencia de la financiación local, el Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios sociales –algo muy parecido a una mera Encomienda de Gestión de las previstas en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, por parte de las administraciones responsables con competencias propias a favor de las entidades locales– ha supuesto, por un lado, que la organización municipal cuente con unos recursos temporales para atenderlo –personal de programas y prestaciones–, que son renovados periódicamente, y a solicitar subvenciones para atender colectivos específicos y programas de atención especializada, bien de forma regular, o bien de manera improvisada, lo que implica que el sistema de Concierto se haya convertido en una situación de dependencia y subsidiariedad invertida, percibiéndose una cierta precariedad, inseguridad y falta de garantía en su prestación.

Muy similar ha sido la implantación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención de las personas en situación de dependencia, cuyo sistema distribuye las competencias únicamente entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y se establecen los instrumentos de cooperación de ambas administraciones permitiendo la participación de las Entidades Locales en la gestión de los servicios de atención «de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye» (artículo 12).

de funcionamiento del Plan Concertado (en el período 1988-2003) lo han realizado las Entidades Locales que han aportado el 62%, a nivel andaluz, y el 54%, a nivel estatal, del total de los recursos destinados a esta finalidad. La Junta de Andalucía, por su parte, ha aportado en esta Comunidad, un 23% del total de estos recursos, mientras que en el resto del Estado la aportación Autonómica supone una media del 28%. La Administración Estatal, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, ha aportado, respectivamente, el 15% del total de la financiación de Andalucía y el 18% en el resto de España.

Por lo que se refiere a Andalucía, con respecto a las aportaciones de las tres Administraciones territoriales, el mayor compromiso de las Administraciones del Estado y de la Junta de Andalucía en los primeros años de andadura del Plan Concertado es objeto de decrecimiento de estas Administraciones y correlativo incremento del porcentaje de participación de las Corporaciones Locales en los años siguientes, lo que sitúa a éstas en los últimos ejercicios con cuotas que rondan los dos tercios de la financiación (66%), frente al 20-22% de la Junta de Andalucía y el 13-14% del Estado. Entre las Entidades Locales, corresponde el mayor peso a los Ayuntamientos (45-46%), frente a las Diputaciones (20-21%), y entre los Ayuntamientos, ligeramente superior el correspondiente a los de más de 20.000 habitantes que a los de menor población).

En el ámbito de Andalucía, por ejemplo, conforme al Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración, la participación de las Entidades Locales en el procedimiento (para el reconocimiento de la situación de dependencia y, en su caso, del derecho a las prestaciones del Sistema), consiste únicamente en la atribución a los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de las personas solicitantes del inicio de la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación (y, en su caso, del derecho a las prestaciones), así como la elaboración de la propuesta de Programa Individual de Atención (artículo 4.3). Básicamente, la recepción de la solicitud, recabar la subsanación en caso de no reunir los requisitos exigidos, y remitir al correspondiente órgano de valoración autonómico, que comunicará ya a la persona solicitante el día y hora en que los profesionales del citado órgano acudirán a su domicilio o lugar de residencia para efectuar la valoración. Es decir la participación se limita, básicamente, a contar con una ventanilla de recepción de documentación y su remisión al órgano competente. De esta forma podríamos decir igualmente, a partir de ahora, que el Servicio de Correos participa en la gestión de todos los servicios de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye.

5.5. Algunas propuestas

Ante la inevitable interiorización del régimen local en el marco autonómico, salvo un imprevisible pacto de Estado entre las fuerzas políticas mayoritarias, nos enfrentamos, en esta fase de subconstitucionalización territorial, ante una reforma del Régimen Local vacía. Y ello porque Repensar lo local no significa únicamente modificar las estructuras, cambiar la forma de organización, establecer o suprimir competencias (que en ámbito municipal constituye servicios). Significa instar otras medidas de calado constitucional que en consecuencia, afectan al régimen orgánico: electoral, judicial, seguridad, etc, es decir conlleva un replanteamiento de todo el sistema legal establecido.

A nuestro juicio las reformas en marcha son una mera estratagema si no van precedidas de una prohibición de la financiación afectada de las Entidades Locales. Dotar a las Entidades Locales de medios suficientes y una participación justa y adecuada en los tributos estatales y autonómicos es el reconocimiento previo a lo que se ha planteado como segunda descentralización. Sin

éste reconocimiento financiero previo no cabe margen para hablar de autonomía. Y asistimos en estos momentos a un incremento de políticas basadas en la subvención y tutela de las Corporaciones locales a través de las subvenciones y transferencias finalistas.

Por otro lado resulta oportuno que simultáneamente a la elaboración de la nueva ley se proceda a impulsar otras acciones, instar también a otros poderes públicos determinadas modificaciones, como a título de ejemplo la reforma policial apuntada al objeto de lograr una adecuada ubicación, especialización, capacidad técnica y coordinación de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que permita que las ciudades, con independencia de su tamaño o población constituyan espacios cívicos de sana convivencia social enfatizando para ello las políticas de prevención, inserción e integración, o la reforma judicial al objeto de lograr un mayor acercamiento de la Administración de Justicia a los problemas de convivencia y seguridad de los ciudadanos promoviendo la solución de determinados conflictos, en lugar de mediante lentos y costosos procesos, a través de formulas de arbitraje.

Ciñéndonos a los términos de las nuevas Leyes de Régimen Local, las de segunda generación, a título enunciativo y con carácter abierto se efectúan las siguientes propuestas que conllevarían a su vez modificaciones en la legislación estatal: a) Promover la superación del inframunicipalismo mediante fórmulas de fusión o supresión por incorporación de los Municipios que carezcan de recursos suficientes para la prestación de los servicios básicos, manteniendo su configuración como órganos desconcentrados bien en Entidades Locales Menores (o Autónomas) o mediante su integración como Distritos. Establecer como parámetro básico de prestación de servicios una población de 5.000 habitantes. b) Mejorar la definición de lo supramunicipal, de la cooperación municipal y de las redes de ciudades. c) Establecer una estructura básica o esencial junto con un catálogo abierto dejando a la libre opción municipal su elección y desarrollo de su estructura complementarias por corresponder ésta atribución, al amparo del artículo 137 de la Constitución, a cada entidad local. d) Designación del Alcalde mediante un sistema de elección directa a doble vuelta, vinculando la elección del Alcalde a la atribución de Concejalías y reforzando los instrumentos de control efectivo de las minorías. e) Reducir el número de Concejales y promover la calidad de los mismos. Se debe tender a un liderazgo innovador, se buscan «directores creativos» en organizaciones públicas. La visión de la ciudad, de los asuntos urbanos, debe ser como la del comisario (*curator*) de una exposición. f) Contemplar la posibilidad de suspensión temporal del cargo de Alcalde o Concejales en caso de procesamiento judicial. g) La normativa local debe tener un ámbito propio, debe ser expresión del poder

local. La reserva de un espacio normativo no puede ser invadido en ejercicio de la libertad del legislador estatal y autonómico. h) La atribución de competencias propias debe ser directa, en lugar de una delegación de poderes, y, en función de ello, los mecanismos de control deben ser exclusivamente de legalidad. Suprimir cualquier remisión a la legislación sectorial a las que se les reservaría el establecimiento de estándares de calidad en la gestión de las competencias y servicios. i) Definir las competencias vinculadas a la titularidad municipal, por su objeto, las potestades destinadas a su ejercicio, los medios necesarios para su aplicación y los derechos —y deberes— de los ciudadanos en relación con las mismas. j) Recoger mecanismos de participación en las decisiones que afecten a las Entidades Locales así como mecanismos de coordinación de políticas y actividades administrativas mediante los procedimientos apropiados para garantizar la posición de autonomía de ambas partes en dicha cooperación. k) Implantar una gestión basada en sistemas de gobernanza tanto en su dimensión política como técnica, profundizando en una democratización deliberativa y participativa en la que tenga cabida la «gestión cívica» de competencias municipales, es decir, la participación efectiva de entidades, organizaciones y asociaciones ciudadanas sin ánimo de lucro en el ejercicio de competencias municipales, en la gestión de servicios y equipamientos. l) Diferenciación clara entre servicios públicos —definiendo cuáles son de prestación universal— y actividades económicas de los municipios, ya sean de carácter económico o social. m) Establecer el carácter público de las sesiones de todos los órganos de gobierno. n) Asegurar una Administración profesional con una combinación equilibrada entre cargos electos que lleven la dirección política y directivos profesionales que se ocupen de la gestión directa. o) Integrar en la normativa de régimen local las disposiciones de aplicación en desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público, con la posibilidad de desconcentrar y delegar funciones y atribuciones en cargos y órganos administrativos. p) Definición como órganos administrativos de los puestos atribuidos a los funcionarios con habilitación de carácter estatal (Secretaría, Intervención, Tesorería), por ser unidades administrativas a las que se les atribuyen funciones que tiene efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tiene carácter preceptivo eliminado su provisión (y cese), bajo el sistema de libre designación, al corresponderles propiamente funciones de control con dependencia funcional de las Cámaras de Cuentas. y, q) Finalmente las Comunidades Autónomas o el Estado deberían sufragar los gastos adicionales que para el ejercicio de las competencias propias por las Entidades locales pueda suponer la observancia de las reglas impuestas en uso de la potestad de coordinación por las otras Administraciones.

6. CONCLUSIÓN

El vocablo *municipium* es una creación de fuentes jurídicas romanas. En un principio se denominaron así a las poblaciones fortificadas –el término *municipium* contiene el verbo *munio* que significa fortificar– que contaban con una organización y regulación propia, con vocación de convertirse en ciudades (*civitates*), frente a otro tipo de asentamiento como los *fundus* (menos numerosos, sin fortificación), los *ager* (del campo, de carácter rural), y las propias colonias fruto del expansionismo romano. La anexión de los municipios, su integración en la administración romana se efectuaba mediante el correspondiente tratado de forma que adquirirían la condición de *municipia foederata*.

La etimología de la palabra municipio vinculada a la seguridad y protección del muro, de la muralla, a la garantía, integridad e identidad humana, también a la autoorganización y autogestión, y, finalmente, su configuración intermedia entre el campo y la ciudad, nos sirve como una metáfora final, que nos permita realizar una reflexión en profundidad sobre el rol o el papel que a estas instituciones les corresponde hoy.

El autor del presente trabajo tiene la convicción de que en los próximos años vamos a asistir al declive y desaparición del actual sistema municipal con el advenimiento de una estructura de ciudades, con un mayor o menor margen de autonomía, en un marco heterogéneo y de asociación transnacional, en el que la protección del campo, del Medio rural, se va a efectuar mediante Entidades supralocales, de ámbito comarcal o provincial.

Estos apuntes pretenden la superación del agostado término reforma, apostando sin ambages por una auténtica transformación: la definitiva conversión de los municipios en ciudades –con la consecuente conversión de sus vecinos en ciudadanos libres– en el marco de una democracia madura y avanzada, en un mundo equitativo y eficiente que tiende a la superación de fronteras, en el que todo está ya conectado, sincronizado, en red.

REFERENCIAS

- [1] Los gobiernos locales en la construcción del futuro de los países: Gobernanza Urbana y Desarrollo Regional. Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2009.
- [2] Luciano Parejo Alfonso. La prevalencia del Derecho estatal sobre el regional. Centro de estudios constitucionales, 1981.

- [3] Luciano Parejo Alfonso. La modernización del gobierno local y sus consecuencias posibles para el régimen local básico implantado en 1985. *Actualidad jurídica Aranzadi*, (668), 2005.
- [4] José Manuel Rodríguez Álvarez. La carta europea de la autonomía local y el pacto local. *El Consultor*, 10, 1999.
- [5] Sónia Fernandes António Afonso. Efficiency of local government spending: Evidence for the lisbon region. ISEG/UTL. Technical University of Lisbon, 2003.
- [6] Zygmunt Bauman. *El arte de la vida*. Paidós, 2008.
- [7] Octavio Salazar Benítez. *El sistema de gobierno municipal*. Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.
- [8] Julia Ortega Bernardo. Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios. *Revista de Administración Pública*, 169, 2006.
- [9] Yishai Blank. Localism in the new global legal order. *Harvard International Law Journal*, 47, 2006.
- [10] Fernando Mora Bongera. La transposición de la directiva bolkestein, la liberta de establecimiento y las competencias de las entidades locales. *El Consultor-La ley*, 530, 2009.
- [11] Francisco Velasco Caballero. Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del derecho local. *Anuario de Gobierno Local*, 1, 2005.
- [12] Francisco Velasco Caballero. El estado de la autonomía local en 2007. *Anuario de Derecho Municipal 2007*, 2008.
- [13] Francisco Velasco Caballero. Garantías estatutarias de la autonomía local. *Contenios de la ley de régimen local de Andalucía*. In Instituto de Derecho Local, UAM, 2008.
- [14] Francisco Velasco Caballero. *Derecho local. Sistema de fuentes*. Marcial Pons, 2009.
- [15] Francisco Velasco Caballero. Reformas en el derecho local: Qué y quién. *Anuario de Derecho Municipal 2008*, 2009.
- [16] Antonio Reinoso Carriedo. La directiva de servicios. dificultades para su transposición. *El Consultor-La ley*, 2457, 2009.
- [17] La coordinación de las políticas sociales en el ámbito municipal. Rafaela Artacho Gant. *El Consultor*, 6, 2008.
- [18] Secretaría de Estado de Cooperación Territorial. *Libro Blanco para la reforma del Gobierno Local*. Ministerio de Administraciones Públicas, 2005.
- [19] Consejería de Gobernación. *Libro blanco de la administración local de Andalucía*.
- [20] Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Corporaciones locales, reforma de los estatutos y competencias estatales. *Revista de Derecho Administrativo*, 145, 2010.

- [21] Comisión de las Comunidades europeas. La gobernanza europea: Un libro blanco. 2001.
- [22] Federación Andaluza de Municipios y Provincias. Documento base de posicionamiento ante una ley andaluza de régimen local, octubre 2008.
- [23] Íñigo del Guayo Castiella. La gestión de los servicios públicos locales. *Revista de Administración Pública*, 165, 2004.
- [24] Defensor del Pueblo Andaluz. Informe especial sobre la situación de los servicios sociales comunitarios en andalucía. 2005.
- [25] Rafael Dios Durán. La organización del Gobierno de la Ciudad. Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2008.
- [26] Jorge Fernández-Miranda Fernández-Miranda. El principio de autonomía local y la posible superación de la teoría de la garantía institucional.
- [27] Casimiro López García. Las reformas del régimen local desde la ley 7/1985, de bases de régimen local, hasta el nuevo proyecto de ley de bases de 2006. *El Consultor*, 5, 2008.
- [28] Manuel Medina Guerrero. Competencias y financiación de los gobiernos locales. In Universidad de Sevilla, 2008.
- [29] Daniel Innerarity. El nuevo espacio público. Espasa, 2006.
- [30] María Bueyo Díez Jalón. La gobernanza local: hacia la transparencia y participación ciudadana en el funcionamiento de las administraciones locales. *Revista General de Derecho Administrativo*, 21, 2009.
- [31] Marta Tarragona Gorgorió Josep María Pascual Esteve. Estrategia territorial y Gobierno Relacional. Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 2009.
- [32] Tomás Quintana López. El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales en la jurisprudencia. *Westlaw, Repertorio de jurisprudencia*, 5, 2007.
- [33] Santiago Muñoz Machado. Ilusiones y conflictos derivados de la directiva de servicios. *Revista General de Derecho Administrativo*, 21, 2009.
- [34] Gérard Marcou. El alcance y la naturaleza de las competencias de las Entidades Locales en los Estados miembros del Consejo de Europa. Informe para el Comité Director para la Democracia Local y Regional del Consejo de Europa. Ministerio para las Administraciones Públicas, 2006.
- [35] Adrian Moore. Putting out the trash: measuring municipal service efficiency in u.s. cities. Reason Public Policy Institute, 2003.
- [36] Luis Ortega. Régimen local y estatutos de autonomía. *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica*, 300-301, 2006.
- [37] Antonio Serrano Pascual. El régimen jurídico de los funcionarios con habilitación de carácter estatal. *El Consultor*, 3, 2009.

- [38] Antonio Natera Peral. La gobernanza como modo emergente de gobierno y gestión pública. *Revista de Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 33-34, 2005.
- [39] José Ignacio Morillo-Velarde Pérez. Las competencias municipales en materia de prevención social. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2008.
- [40] Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos. Directrices sobre descentralización y fortalecimiento de las autoridades locales, 2007.
- [41] Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos. International guidelines on access to basic service for all, Nairobi, 2009.
- [42] Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero. El principio de la proporcionalidad y la defensa de la autonomía local. *Revista de administración pública*, 162, 2003.
- [43] Joshue Cooper Ramo. *The age of the unthinkable*. Hachette Book Group, 2009.
- [44] Robert B. Reich. *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*. Alfred A. Knopf, 2007.
- [45] Marc Vilalta Reixach. *El Consejo de Gobiernos locales*. IUSTEL, 2007.
- [46] Federico Revelli. *Spend more, get more? an inquiry into english local government performance*. Università de Torino, working papers series, 4, 2008.
- [47] Sonia Rodríguez-Campos. Las reglas del mercado libre y su proyección en la realidad jurídica y económica. *Revista española de Derecho Administrativo*, 142, 2009.
- [48] Franz Xavier Barrios Suvelda. Conceptos alternativos para comprender las grandes reformas descentralizadoras contemporáneas en Europa occidental. *Revista de Estudios Políticos*, 144, 2009.
- [49] J. Ramón Parada Vázquez. La segunda descentralización: del estado autonómico al municipal. *Revista de Administración Pública*, 172, 2007.
- [50] Francisco Sosa Wagner. *La gestión de los servicios públicos locales*. Thomson Civitas, 2008.
- [51] Ciudades y Gobiernos Locales Unidos. *Primer informe global sobre la descentralización y la democracia local en el mundo (informe gold)*. 2007.
- [52] Francisco Toscano Gil y Marc Vilalta Reixach. El consejo andaluz de concertación local: una oportunidad perdida para la autonomía local en Andalucía. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 70, 2008.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Inspección de las Cajas de ahorro, reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas y concurrencia de jurisdicciones

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros

Letrada de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha de 4 de mayo de 2010, fue dictada sentencia por el Tribunal Supremo (ponente Don Eduardo Espín Templado), que a nuestro juicio presenta un doble interés.

De un lado, en cuanto se pronuncia sobre un tema de actualidad dada la realidad económica en la que nos encontramos, al abordar problemas competenciales sobre las Cajas de Ahorro, en concreto respecto de las potestades de inspección de las Comunidades Autónomas sobre dichas entidades crediticias. De otra, y desde el punto de vista procesal, resulta asimismo muy interesante, en cuanto viene a confirmar la doctrina del Alto Tribunal sobre la yuxtaposición en el conocimiento de determinados temas de la Jurisdicción constitucional y la contencioso administrativa.

II. RESUMEN DE LA SENTENCIA

La citada STS de 4 de mayo de 2010, objeto de nuestro comentario, viene a estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Gobierno Vasco frente a sentencia de 17 de mayo de 2007, dictada por la Sala de lo contencioso-Administrativo (sección segunda) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que a su vez, había estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Banco de España contra Informe de Inspección realizado por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno au-

tonómico a los estados financieros de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián a 30 de septiembre de 2.004, por el que se requería a la entidad financiera la realización de determinadas actuaciones. Frente a dicho informe de inspección y con carácter previo a la interposición del recurso, el Banco de España había requerido asimismo al Gobierno Vasco la anulación del citado informe en los puntos concretos en los que la citada entidad, entendía afectada su competencia, siendo rechazado el mismo por Acuerdo del Gobierno de Vasco de 12 de julio de 2005.

El recurso de casación del Gobierno Vasco frente a la sentencia del Tribunal Superior de justicia del País Vasco se articulaba en torno a dos motivos, que son el lógico trasunto de las dos cuestiones doctrinales fundamentales que contiene la sentencia. El primero de ellos, se amparaba en los apartados 1.a) y d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso –Administrativa (en adelante LJCA), alegándose la infracción del artículo 69.a) de la Ley de la Jurisdicción, por no haberse apreciado la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el citado precepto. El segundo motivo, con un planteamiento más correcto técnicamente, se ampara en el apartado d) del art. 88.1 LJCA por infracción de determinados preceptos de la Ley de regulación de las Normas Básicas sobre órganos Rectores de las Cajas de Ahorro (Ley 31/1985, de 2 de agosto), de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (Ley 26/1988, de 29 de julio), de la Ley de Autonomía del Banco de España (Ley 13/1994, de 1 de junio) y de la Ley de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros (Ley 13/1985, de 25 de mayo).

La sentencia del Tribunal Supremo, rechaza de plano el primer motivo del recurso de casación, afirmando la competencia de la Jurisdicción contencioso-administrativa para conocer el asunto, no sin antes, hacer referencia a la incoherencia técnica que supone fundar el motivo de casación en dos apartados distintos del art. 88 de la LJCA según jurisprudencia reiterada de la Sala, no obstante lo cual, salva la cuestión por considerar que en realidad el motivo es reconducible al apartado a) del art. 88.1 LJCA, pues al fin y al cabo todo él se articula en torno a la falta de jurisdicción del Tribunal contencioso administrativo para enjuiciar el litigio de referencia, por considerarse que en realidad estamos ante un conflicto de competencia que corresponde resolver única y exclusivamente al Tribunal Constitucional.

El segundo motivo es sin embargo estimado por la Sala, siendo así que el Tribunal Supremo procede a casar y anular la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, para a continuación estimar parcialmente el recurso

contencioso administrativo interpuesto por el Banco de España frente al Gobierno Vasco, anulando en consecuencia, determinados apartados del apartado rubricado “Otras Observaciones”, del “Informe de Inspección Guipúzcoa eta Donostiako Aurrezki Kutxa. Estados financieros 30/09/04”. No obstante ello, si debemos adelantar que el resultado práctico de anulación y pronunciamiento sobre el defecto competencial del Gobierno Vasco no difiere en lo fundamental de lo ya resuelto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, reduciéndose simplemente el número de apartados del informe que se anulan, pero manteniendo por lo demás en su práctica totalidad la doctrina contenida en la sentencia de instancia, por lo demás, una magnífica sentencia muy trabajada, y que resulta en algún aspecto mucho más clarificadora que la propia del Tribunal Supremo que comentamos.

II.3. ANÁLISIS DE LOS RAZONAMIENTOS Y DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA

Como venimos anunciando la doctrina que contiene la sentencia es interesante en un doble orden procesal y material. Sus razonamientos por lo tanto, se articulan en torno a estos dos polos.

Comenzando por el análisis de la doctrina referente al ámbito procesal, la sentencia del Tribunal Supremo hace suyos los razonamientos de la sentencia de instancia recurrida en casación, contenidos en el fundamento de derecho segundo in fine, y si bien ello constituye un resumen de la cuestión, no consigue el Tribunal Supremo en esta forma tan escueta desplegar toda la riqueza argumental de la cuestión, siendo así que dada la importancia del tema, -ya que se trata de la delimitación entre la Jurisdicción constitucional y la Jurisdicción ordinaria en sala de contencioso-, y la función de impartición de doctrina por el Alto Tribunal, la cuestión a nuestro humilde juicio, hubiera merecido un tratamiento más extenso.

Estima la sala que procede desestimar el motivo de casación por defecto de Jurisdicción sostenido por la Administración Autonómica, afirmándose por el contrario la competencia en el presente asunto de la Jurisdicción contencioso administrativa. Defendía el Gobierno Vasco, que el Banco de España lo que en realidad venía a suscitar era un conflicto positivo de competencias entre el Estado y la Administración Autonómica, que no puede ser resuelto sino en sede constitucional (art. 60, 62 y 63 LOTC).

La Sala sin embargo, afirma manera indubitada su propia competencia y ello en base a razones tanto positivas como negativas. Así se dice que «**Desde**

la perspectiva positiva¹, no cabe duda de que el acto impugnado constituye una actuación administrativa realizada por el Departamento de Hacienda y Administración Pública de la Consejería de Hacienda y Finanzas del Gobierno vasco, comprendida en el artículo 1, apartados 1 y 2.b) de la Ley de la Jurisdicción. En consecuencia, dicha actuación puede ser impugnada ante los Tribunales de esta Jurisdicción contencioso administrativa por cualesquiera razón que determine su no conformidad a derecho, sea dicha razón de ilegalidad sensu stricto -entre las que se cuentan la incompetencia para dictar el acto controvertido-, o de inconstitucionalidad, pues la contradicción con la Norma suprema determina, por virtud de su carácter jurídico y la consiguiente vinculación a ella de los Tribunales ordinarios, la nulidad de cualquier actuación administrativa. (...) Desde una perspectiva negativa, la previsión constitucional de los conflictos de competencia por parte del artículo 161.1.c) de la Constitución, desarrollado en los dos primeros capítulos del Título IV de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no suprime dicha competencia. Antes al contrario, la da por supuesta cuando el artículo 61.2 de la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que el planteamiento de un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional determina la suspensión de cualquier proceso en el que estuviese impugnado el acto sometido al conflicto hasta la decisión del Tribunal Constitucional, previsión que presupone la existencia de una concurrencia jurisdiccional de competencias en los supuestos de imputación a una actuación administrativa de un vicio de incompetencia entre órganos administrativos del Estado y de las Comunidades Autónomas. Concurrencia en la que, eso sí, prevalece el juicio del Tribunal Constitucional en cuanto garante último del orden constitucional de competencias.

Tampoco desde la perspectiva de la pretensión que se deduce y de la causa petendi puede objetarse el conocimiento del acto impugnado en este proceso por parte de la Jurisdicción contencioso administrativa. Dice el Gobierno vasco recurrente que el litigio presupone una vindicatio potestatis que sólo se puede residenciar ante el Tribunal Constitucional, así como que ante la jurisdicción contencioso administrativa sólo se puede reclamar en casos de incompetencia de legalidad, mientras que la determinación de la competencia de conformidad con el bloque de constitucionalidad correspondería en exclusiva a la jurisdicción constitucional. Sin embargo, el Banco de España, al impugnar el requerimiento efectuado por la Consejería de Hacienda vasca a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, no pretende un mero reconocimiento en abstracto de una competencia propia, único supuesto en el que podría tener encaje, en su caso, la objeción de ad-

¹ La negrilla y subrayado son nuestros.

misibilidad del Gobierno vasco, sino que se pretende la anulación de un concreto acto administrativo por haber sido dictado ilegalmente fuera de su competencia, y aunque esta pretensión requiera un pronunciamiento sobre la competencia de los litigantes de acuerdo con el conjunto del ordenamiento jurídico, ni la pretensión ni la causa de pedir están excluidas, como ya se indicó antes, del conocimiento de la Jurisdicción contencioso administrativa».

A su vez, esta doctrina, la enmarca el Tribunal Supremo en una línea jurisprudencial que se ha mantenido mayoritaria en la afirmación de la concurrencia de las Jurisdicciones constitucional y contenciosa en el conocimiento de la adecuación a Derecho de normas y actos autonómicos carentes de fuerza de ley, frente a alguna tesis monopolística minoritaria. Cita en este punto por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2.002, afirmando al tiempo que la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los conflictos de competencia interterritoriales *«en ningún caso se ha pronunciado en sentido contrario a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los vicios de incompetencia interterritorial que pudieran afectar a cualesquiera actos o disposiciones administrativas»*.

El segundo motivo de casación, fundamentado en la infracción de diversos preceptos legales, es precisamente el que trata sobre si efectivamente el Gobierno Vasco se extralimitó o no competencialmente en la emisión del señalado informe de inspección a la Cajas de Ahorros, por no ostentar conforme al sistema constitucional y estatutario, las competencias relativas a inspección, vigilancia y control ordenación y disciplina de las señaladas entidades de crédito.

Tanto el Tribunal Supremo como la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dan la razón sustancialmente en el primer caso y completamente en el segundo, a las pretensiones del Banco de España.

Sostenía el Banco de España en la instancia, en orden a defender su tesis de extralimitación competencial constitucional del Gobierno Vasco, que debe aplicarse al caso la Disposición adicional 1ª de la Ley de Regulación de las Normas Básicas sobre Organos Rectores de las Cajas de Ahorros (en adelante LORCA), interpretada dicha disposición desde el título competencial que en exclusiva se reserva al Estado en el art. 149.1.11ª de la CE (“bases de la ordenación del crédito, banca y seguros”), entendiéndose por “bases” no sólo las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, sino también aquellas que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios, siendo así que además

tales bases no sólo alcanzan a las funciones normativas, sino que también incluyen determinadas funciones ejecutivas, que tienen carácter básico, entre las que se encuentran precisamente las funciones de “supervisión, dirección y sanción” encomendadas al Banco de España, en cuanto tienen por objeto la preservación de la solvencia de las entidades de crédito lo que genera una actuación directamente generadora de un vicio de nulidad por incompetencia en el dictado y emisión del informe de Inspección sobre la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián. Por lo tanto, la infracción lo sería directa de lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de la LORCA. En su apoyo cita el Banco de España la doctrina contenida en las SSTC 48/88, 96/96, 155/96².

El Gobierno Vasco frente a los alegatos del Banco de España, no partía en su defensa de cuestionar en modo alguno la competencia inspectora del Banco de España pero sí sostiene frente a la pretensión de exclusividad estatal, “*la concurrencia de competencias supervisoras*” de la Comunidad Autónoma y el Estado, competencia que le habilitaría administrativamente para la emisión del señalado informe. Así se afirma además que hasta la fecha, dichas funciones “se han desarrollado con absoluta normalidad y sin que se hayan producido problemas de duplicidades”, lo que se acredita con prueba documental; de otro lado, se efectúa una crítica de la interpretación que se efectúa por el Banco de España de la cita de la STC 96/96, desde el momento en que considera que no es trasladable sin más la doctrina sentada en la misma, cuestionándose la conclusión que se sostiene en la demanda, relativa a que tanto el ejercicio de la potestad sancionadora como la supervisión y dirección, son instrumentales respecto de las competencias sustantivas. A partir de aquí el Gobierno Vasco, como primer argumento a favor de su plena competencia administrativa, alega que le ampara la Ley 3/1991, de Cajas de Ahorros de Euskadi (modificada por Ley 3/2003 de 7 de mayo), cuyo artículo 3 dice textualmente, que “*La Comunidad Autónoma de Euskadi, en el marco normativo que resulte de aplicación, ejercerá las fun-*

² La primera sentencia tenía como objeto pretensión de inconstitucionalidad respecto de la Ley 31/1985, de 2 de agosto de regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro. En la segunda sentencia el Tribunal Constitucional da respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco contra los arts. 42, 43 y 48 y disposiciones adicionales 2, 3, 6, 7, 10, 12 y 13 de la Ley 26/88 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC). La tercera, resuelve un conflicto de competencias respecto de determinados preceptos de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las Entidades de Depósito.

ciones de protectorado y **control público** de las cajas de ahorro de acuerdo con los siguientes principios: (...)

b) *Vigilar el cumplimiento de su función económica y social, de forma que realicen una adecuada política de administración e inversión del ahorro y de distribución de sus excedentes.*

c) *Supervisar la gestión inversora de las cajas, orientando en materia de obra benéfico-social las principales necesidades y prioridades. (...)*

g) *Vigilar el cumplimiento por las cajas de ahorros de las normas de ordenación y disciplina aplicables a las entidades de crédito”.*

Como segundo argumento, esgrime el Gobierno Vasco la dicción del artículo 9 de la Ley 13/1985 de 25 de mayo Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los intermediarios Financieros, en la redacción dada por la Ley 62/2003 y Ley 5/2005 de 22 de abril, en cuanto que expresamente señala que *“Cuando de las relaciones económicas, financieras o gerenciales de una entidad de crédito con otras entidades quepa presumir la existencia de una relación de control en el sentido indicado, sin que las entidades hayan procedido a la consolidación de sus estados contables, el Banco de España, así como las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, podrán solicitar informaciones a esas entidades o inspeccionarlas, a los efectos de determinar la procedencia de la consolidación”.*

A partir de estos alegatos y admitiendo sustancialmente los de la demandante Banco de España, la sentencia de instancia desestima los del Gobierno Vasco, y ello en base a tres conclusiones fundamentales que son las que se rebaten en casación. La primera es que conforme a la doctrina constitucional *“las funciones de vigilancia, inspección y control no pueden separarse de las competencias sustantivas de ordenación del crédito a las que sirve”*; la segunda que *“No es posible la concurrencia de competencias supervisoras sobre el mismo ámbito sustantivo”*, considerando que es quien ostenta la competencia exclusiva sustantiva a quien compete el ejercicio de la función inspectora, de tal manera que el ejercicio de la función inspectora sobre ámbitos reservados en exclusiva al Estado supone una injerencia en el ámbito de esta competencia y *“perturba y mediatiza su ejercicio”*; la tercera, que a ello no empece que la Comunidad Autónoma pueda ejercer competencias inspectoras, pero dentro del ámbito de sus propias competencias, o bien en el marco de la cooperación que apunta la Disp. Adicional 1ª de la LORCA (convenio).

Interpuesto Recurso de Casación frente a dichas conclusiones expresadas en al sentencia de instancia, el Tribunal Supremo, sienta la siguiente doctrina, que glosamos en modo resumido:

*“En efecto no cabe duda de que dicha jurisprudencia ha determinado que **la ordenación y disciplina, así como la inspección y sanción de las entidades de crédito, incluso en la vertiente de ejecución, esto es, la vigilancia del cumplimiento de las normas de ordenación y la adopción de medidas concretas al objeto de garantizar la solvencia y buen funcionamiento del sistema financiero y que han de ser atendidas por las referidas entidades cuando son requeridas para ello, pertenece al Estado, en concreto al Gobierno y al Banco de España en el marco de sus respectivas competencias, en la medida en que dichas facultades, inclusive las de naturaleza ejecutiva, deben reputarse como bases de la ordenación del crédito, competencia exclusiva del Estado según lo dispuesto por el artículo 149.1.11 de la Constitución.** Así cabe deducirlo de numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional entre las que pueden citarse, como hace la Sala de instancia, la STC 235/1999, de 16 de diciembre de 1.999, y las que se recogen en el primero de los párrafos transcritos más arriba -en particular las 49/1988, de 22 de marzo de 1.988, y la 96/1996, de 30 de mayo de 1.996-, que atribuyen al Estado facultades concretas de supervisión y disciplina de las instituciones de crédito. Digamos respecto a la STC 235/1999, que de sus propios términos se deriva que sus conclusiones en lo que aquí importa en relación con las bases sobre ordenación del crédito y banca están claramente referidas, frente a lo que opina la actora, al conjunto de instituciones de crédito”.*

No obstante aclara que **“Tiene razón el Gobierno Vasco cuando en que no corresponden al Estado en exclusiva tales tareas, sino que también le corresponde a él una coparticipación en las mismas, en los términos en que se deduce del Estatuto de Autonomía, las leyes básicas del Estado y el resto de la legislación autonómica y estatal aplicable.** Pero también es cierto que lo anterior no lleva a las conclusiones que extrae el Gobierno recurrente. Como pone de relieve la Sentencia recurrida, lo que se discute en el presente litigio no es tanto las facultades del Banco de España cuanto las posibles facultades concurrentes de la Administración autonómica en la supervisión de las Cajas de Ahorro. Ahora bien, no es posible determinar cuáles sean éstas sin delimitar previamente las competencias estatales básicas sobre la materia, pues sólo a partir de ellas pueden definirse las que correspondan a la Administración vasca. Por otra parte, aunque las afirmaciones que se hacen sobre la materia afectan a todas las instituciones de crédito, en la medida de lo posible nos circunscribiremos a las cajas de ahorro, puesto que el supuesto controvertido se refiere a una institución de esta naturaleza”.

Analiza para ello el Alto Tribunal en primer lugar la redacción de la Disposición adicional 1ª de la LORCA, la del art. 7.6 de la Ley 13/1994, 1 de junio de Autonomía del Banco de España y por último, el artículo 10 del Esta-

tuto de Autonomía del País vasco, para concluir tras su estudio, que **“las funciones de disciplina, inspección y sanción -las dos últimas de naturaleza esencialmente ejecutiva-, especialmente en lo que ahora nos atañe, la materia de solvencia y seguridad, sobre las Cajas de Ahorros, corresponden al Gobierno y al Banco de España, dentro de sus respectivas competencias como competencias básicas del Estado. Y en materia de disciplina e inspección, el Banco de España podría celebrar convenios con las Comunidades Autónomas, hay que entender que incluso dentro de las propias competencias del órgano regulador”,** siendo así que **“por el contrario, las funciones análogas de las Comunidades Autónomas (disciplina, inspección y sanción) quedan referidas, aparte de a su propio territorio, a una cláusula de remisión a las materias que sean de su competencia. Esta referencia hay que buscarla en los Estatutos de Autonomía, pero interpretada en todo caso a la vista de las referidas competencias básicas estatales. En cuanto a éstas es preciso advertir que la propia Ley de Autonomía del Banco de España, en el precepto antes transcrito, les atribuye a las Comunidades Autónomas “una supervisión prudencial” en el ámbito de sus competencias”.**

Por lo tanto, siguiendo la doctrina constitucional, el Tribunal Supremo admite la tesis del Gobierno Vasco desde el punto de vista teórico-constitucional, si bien que cuando procede a aplicar la misma al caso concreto que nos ocupa, difiere de las consecuencias que de la misma deduce la Administración Autonómica, anulando alguno de los puntos controvertidos del informe impugnado. Así, respecto de los concretos incisos anulados por la sentencia de instancia del informe de inspección del Gobierno Vasco, el Tribunal Supremo admite sustancialmente los pronunciamientos de la sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, afirmando la competencia exclusiva del estado y por lo tanto la procedencia de la anulación de los apartados del informe referidos a control y supervisión de la solvencia de la entidad, estabilidad, y normativa contable. Tan sólo matiza y restringe la declaración de nulidad que verifica la sentencia de instancia reduciendo los supuestos que han de anularse, por considerar que no se invaden con los mismos las competencias básicas del Estado, bien porque se trata de incisos que se limitan a expresar el resultado de la labor inspectora pero in contener decisión técnica alguna sobre el cumplimiento de las normas; bien porque no se articula requerimiento alguno a la Caja en ese punto ni incorpora mandato de rectificación de actuación alguna; o bien porque simplemente se trata de aspectos del informe que se limitan a describir la situación de la Caja derivada del vigente plan de negocio, con lo que al no ordenarse ninguna actuación, ni pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento de las notas contables y de ordenación bancaria, se estima por el Alto Tribunal que no se incurre en exceso competencial.

No obstante, si es interesante resaltar una puntualización que se contiene en la sentencia en relación con al alegación del Gobierno Vasco de la improcedencia de la anulación, por considerarse que puesto que la valoración de los riesgos nos trasciende el caso particular de la concreta entidad de crédito supervisada ni se afecta al conjunto del sistema crediticio y financiero, no puede decirse que la inspección realizada integre el contenido de la ordenación básica del sector reservada al Estado. Frente a ello se alza la sentencia advirtiendo que *«en contra de lo que sostiene en contra de lo que sostiene el Gobierno vasco, la competencia en la materia que corresponde al Banco de España, según hemos visto, se refiere a la supervisión de las entidades de crédito en cuanto a su propia solvencia y seguridad, y no se encuentra limitada a los hechos o circunstancias que por su gravedad o importancia afecten de manera directa al conjunto del sistema financiero. El citado Departamento del Gobierno vasco parece entender que la competencia del Estado en la materia se restringe a los hechos que afectan a la seguridad y solvencia del propio sistema financiero y crediticio en su conjunto, cuando lo cierto es **que corresponde al Banco de España la supervisión de tales riesgos en relación con cualquier entidad, con independencia de su trascendencia, puesto que es la solvencia y seguridad del conjunto de las instituciones financieras lo que garantiza el buen funcionamiento del propio sistema financiero nacional y lo que a tal efecto se atribuye por la Constitución al Estado, incluso en los aspectos ejecutivos de que se trata en el presente litigio**»*.

II.4. COMENTARIO

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la presente sentencia presenta interés desde una doble perspectiva: procesal y material. No son sin embargo ambos ámbitos compartimentos estancos, sino que se trata ésta de una de aquellas ocasiones en las que ambos conceptos están estrechamente entrelazados, dado que la determinación de si la competencia controvertida de ejecución es o no propia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, compartida con el Estado, o exclusiva de éste presupone que previamente se halla decidido sobre la propia competencia de la Jurisdicción contencioso administrativa para resolver sobre esta cuestión competencial. Para nosotros es ésta precisamente la cuestión que a nuestro juicio presenta mayor interés.

La sentencia del Tribunal Supremo, parte de la consideración de que no cabe hablar de exclusividad competencial para conocer de este tipo de conflictos por el Tribunal Constitucional, considerando que por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de «conurrencia de Jurisdicciones». Nuestra posición es sin embargo, radicalmente contraria a esta tesis. Se nos dice por el

Tribunal Supremo que *“ha de afirmarse de manera indubitada tanto por razones positivas -el acto impugnado es susceptible de recurso contencioso administrativo- como negativas, -la posibilidad de el que litigo fuese también conocido mediante un conflicto constitucional de competencias no hace desaparecer la competencia de esta Jurisdicción-. En definitiva, se produce una concurrencia competencial entre la Jurisdicción contencioso administrativa y constitucional que, con las precisiones que haremos, está directamente contemplada en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y admitida de forma consolidada por la jurisprudencia tanto del propio Tribunal Constitucional como de esta Sala”*. No obstante ello, debe reconocer al final de su argumentación en pro de dicha concurrencia de jurisdicciones, que en todo caso, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional *“prevalecerán en caso de discrepancia con lo que pudieran haber dicho previamente los Tribunales de esta Jurisdicción”*, siendo así que sin embargo, en modo alguno tratamos de órgano jurisdiccional jerárquicamente superior (Tribunal Constitucional) que revisa las actuaciones de otro inferior (Tribunal Supremo), con lo que la anterior regla sólo puede basarse en un principio de competencia que hace precisamente que el principio de concurrencia venga a constituir una contradicción en sí mismo.

Entendemos que admitir dicha tesis concurrencial supone adoptar una posición ciertamente atentatoria del principio de seguridad jurídica. Y es que desde la perspectiva de la seguridad, se afecta nada más y nada menos que el orden constitucional de distribución de competencias, siendo así que carece de cualquier sentido dicha duplicidad competencial en la arquitectura procesal constitucional. Lo razonable es siempre delimitar campos de actuación, -o lo que es lo mismo los ámbitos propios de las distintas jurisdicciones-, y ello pese a que en algún caso pudieran existir dificultades para dicho deslinde. Pero lo que nunca puede defenderse a priori en un orden lógico procesal es la duplicidad de Jurisdicciones para el conocimiento de los mismos asuntos, bajo el peligro de que ello pueda llevarnos a rebajar el carácter de orden público de la competencia jurisdiccional convirtiéndola en una opción a disposición del demandante, que decide así que Tribunal quiere que en cada caso conozca de su pretensión.

Y es que a lo que nos enfrentamos con la presente sentencia es a otro supuesto de desencuentro entre la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En efecto, la sentencia de instancia hace una exposición de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, citando entre otras (junto con una breve exposición de sus argumentos) las SSTS 2/11/1999; 20/9/2000; 27/6/2002, siendo precisamente esta última la más elaborada. Respecto de la doctrina constitucional, sin embargo, tan sólo cita el ATC 31/2006, y las SSTC 270/2006 y 94/2006, pero deja sin cita la que conside-

ramos más importante en este punto, y a la que nos referiremos a continuación: la STC 88/1989.

Por su parte, el Tribunal Supremo se limita a remitirse a la recopilación de sentencias realizada por el Tribunal de instancia: *“Lo dicho anteriormente ha sido claramente establecido ya por la jurisprudencia de esta Sala, de conformidad con la jurisprudencia emanada del propio Tribunal Constitucional, jurisprudencia que en uno y otro caso están recogidas en la Sentencia de instancia. En cuanto a la jurisprudencia de esta Sala, es suficiente con remitirnos a la Sentencia de 27 de junio de 2.002 (RC 836/1998), citada por el Tribunal de instancia y que justifica con amplitud la competencia de esta Jurisdicción en litigios competenciales interterritoriales. Y en lo que respecta a la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los conflictos de competencia interterritoriales baste señalar que en ningún caso se ha pronunciado en sentido contrario a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los vicios de incompetencia interterritorial (sic) que pudieran afectar a cualesquiera actos o disposiciones administrativas, sino que siempre se ha encaminado a afirmar su propia capacidad para determinar el orden constitucional de competencias en aplicación de la Constitución, Estatutos de Autonomía y demás leyes atributivas de competencias, función que indiscutiblemente le corresponde como supremo intérprete de la Constitución. Lo que no obsta tampoco, por lo demás, a que esta Jurisdicción se pronuncie sobre la interpretación de dicho orden de competencias cuando ello sea preciso (sic), si bien como es evidente, con sujeción a lo dicho anteriormente por el Tribunal Constitucional, cuyos pronunciamientos además prevalecerán en caso de discrepancia con lo que pudieran haber dicho previamente los Tribunales de esta Jurisdicción”*

No es cierto sin embargo que el Tribunal Constitucional no se haya pronunciado y afirmado su exclusividad competencial en materia de conflictos constitucionales de competencia (lo que es tanto como negar la competencia de la jurisdicción ordinaria), porque sí lo hizo en la STC 88/1989, sin que por otra parte propiamente pueda hablarse en esta materia de “vicios de competencia interterritorial”, concepto este que se refiere al ámbito del Derecho Internacional privado, de soberanía entre Estados, lo que no es el caso. De otro lado, no puede confundirse la exclusividad competencial del Tribunal Constitucional en materia de conflictos constitucionales con la prevalencia de un concepto amplio o estricto de lo que ha de ser un conflicto constitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional en la STC 88/1989 (citada en la STS de 27 de junio de 2002, a su vez referida en la sentencia que comentamos), ya señaló que:

“Sin duda, tiene razón el Abogado del Estado cuando afirma la especificidad del conflicto positivo de competencia, como proceso constitucional, frente a otro tipo de controversias

en las que entren en juego normas atributivas o delimitadoras de competencia, como pueden ser las que a propósito de vicios de incompetencia de actos de las Administraciones públicas, se deduzcan ante los Tribunales del Orden contencioso-administrativo; **y lleva asimismo razón el Abogado del Estado al destacar la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional para conocer de los conflictos positivos de competencia. El propio Tribunal ha reconocido uno y otro extremo, precisamente en relación con el proceso contencioso-administrativo, señalando que «el conflicto positivo de competencia es un proceso constitucional singular y específico del que debe conocer este Tribunal en exclusiva, para dirimir la titularidad de las competencias que dos entes pretenden poseer uno frente a otro, por lo que su especial naturaleza lo hace ajeno a la equiparación con el proceso contencioso-administrativo (...) en la determinación de los actos recurridos en el mismo, que tienen otras finalidades distintas»** -STC 143/1985, de 24 de octubre, fundamento jurídico 6.º (RTC 1985\143)-." (la negrilla y el subrayado son nuestros).

Esta exclusividad la fundamenta el Tribunal Constitucional en que «*El elemento específico y definitorio del conflicto positivo de competencia como proceso constitucional consiste en la interpretación y fijación del orden competencial y en la determinación de qué competencias pertenecen a qué sujetos, yéndose así más allá de la mera solución del caso concreto origen del conflicto o controversia* -STC 110/1983, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 1.º (RTC 1983\110)-, aspecto este último reconocible en virtud de la doble singularidad subjetiva y objetiva del conflicto positivo de competencia como controversia en relación con la titularidad de una determinada competencia ya sea entre el Estado y una Comunidad Autónoma o entre Comunidades Autónomas -STC 119/1986, de 20 de octubre, fundamento jurídico 3.º (RTC 1986\119)-», con ello, prosigue el Tribunal Constitucional, «**Con el conocimiento de estos conflictos por el Tribunal Constitucional se asegura un sistema de garantías jurídicas del reparto de poderes entre diversos sujetos constitucionales, teniendo el conflicto como finalidad principal la controversia sobre la distribución constitucional de las competencias en relación con la actuación del Estado y de las Comunidades Autónomas. La decisión sobre el conflicto se refiere fundamentalmente a la pertenencia de las competencias constitucionales de que gozan el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque si el Tribunal reconoce la existencia de una lesión en el orden competencial, junto a este efecto declarativo su decisión podrá producir en su caso el efecto constitutivo de la anulación del acto ilegítimo correspondiente. El ámbito del conflicto de competencias se configura así no sólo por su elemento subjetivo, el Estado y las Comunidades Autónomas, o éstas entre sí, sino también por su elemento objetivo**», por ello, se dice es contenido necesario del conflicto la declaración de «*la titularidad de la competencia controvertida*» (art. 66 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), dado que «*la finalidad del*

*conflicto positivo de competencia es determinar el titular de la que en cada caso sea controvertida -SSTC 32/1981, de 28 de julio, fundamento jurídico 1.º (RTC 1981\32), 49/1984, de 5 de abril, fundamento jurídico 1.º (RTC 1984\49)». Pero no sólo cifra el Tribunal Constitucional en esta razón su afirmación de exclusividad, sino también en la consideración de como «en otras **experiencias comparadas se ha destacado, la naturaleza específica del conflicto y la razón de intervención del Tribunal Constitucional está en que las normas reguladoras de las competencias deben ser normas constitucionales o pertenecientes al bloque de la constitucionalidad (art. 59 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) y que la lesión que viene denunciada se atenga al ámbito de atribuciones definidas por la Constitución», así como que «**La exigencia del necesario contenido constitucional del conflicto permite asegurar el carácter constitucional de la controversia y evitar que el conflicto positivo de competencia se transforme en un medio ordinario y general de recurso judicial, convirtiéndose el Tribunal Constitucional en un impropio o anómalo nuevo grado de jurisdicción con desconocimiento de la competencia que el art. 117.3 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) reconoce a los Juzgados y Tribunales.**».***

Y precisamente, es esta identificación del conflicto con su fundamento constitucional y la finalidad que se persigue lo que permite distinguir el conflicto constitucional propiamente dicho de un proceso ordinario: «*Esta necesidad de identificar un fundamento constitucional del conflicto se conecta también con el objeto y alcance de la decisión en este tipo de proceso (la determinación de a quién corresponde la competencia controvertida), siendo una consecuencia eventual la declaración de nulidad del acto viciado por incompetencia. Por ello mismo, cuando sobre la titularidad y límites de esa competencia no existe controversia, sino que ésta se limita a discutir el ejercicio concreto de esa competencia en relación a supuestos específicos, dentro de unos límites competenciales sobre los que existe acuerdo, ha de afirmarse que falta el presupuesto para la jurisdicción reservada al Tribunal Constitucional puesto que **el conflicto sólo puede plantearse para definir los límites externos de la competencia y del correspondiente poder estatal o autonómico, pero no para verificar el ejercicio concreto dentro de tales límites de dicho poder**, en relación a determinados hechos cuyo alcance territorial deviene el elemento decisivo para decidir la distribución competencial dentro de unos límites y de acuerdo con unos criterios no controvertidos. En ese caso, **la decisión no establece límites competenciales, sino que sólo los aplica a supuestos concretos**, en relación con una calificación fáctica o, en su caso, jurídica de los mismos que carece de toda relevancia constitucional.» (la negrita y el subrayado son nuestros).*

Esta pretensión de exclusividad en el conocimiento de los conflictos constitucionales de competencias, excluye pues, cualquier posibilidad de “concu-

rencia” de Jurisdicciones en el conocimiento de idéntica pretensión, tal y como pretende el Tribunal Supremo, que tan sólo modula el alcance de la sentencia final que haya de dictarse en cada proceso, habiéndolo más restringido en el caso de la Jurisdicción ordinaria, en cuanto no puede declarar con carácter general la titularidad de la competencia controvertida.

Cuestión distinta, es sin embargo, que el proceso constitucional de conflicto de competencias tengo un campo reducido o amplio de articulación, de tal manera que a mayor amplitud, menor será el ámbito de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, y viceversa. Es por ello, que debemos recordar como inicialmente el objeto y los límites del conflicto positivo de competencia se perfilaron de manera flexible y ello, porque como el propio Tribunal Constitucional señalaba *«Este Tribunal ha ampliado hasta el límite de lo posible el concepto de conflicto de competencia para facilitar, en cuanto de él depende, la definitiva implantación del modelo de distribución territorial que nuestra Constitución ordena»* (STC 54/1990). Así, sobre esta premisa de que cualquier aspecto del régimen de competencias era cuestionable por vía de conflicto, en sede constitucional se podía debatir el ámbito material de la competencia, su ámbito funcional o incluso su ámbito territorial, es decir el objeto de la cuestión sometida al Tribunal Constitucional tanto podía ser si una determinada materia entraba en la competencia de una de las partes en conflicto, las potestades de una de las partes en relación con una determinada materia o, en fin, su alcance en el espacio (SSTC 101/1995, 33/1982, 220/1992, 249/1988, etc.), o lo que es lo mismo, en relación con las competencias, cabía discutir en sede constitucional no sólo su titularidad sino que también, cabía la posibilidad de plantear cuestiones acerca del modo de ejercicio de una competencia cuya titularidad no era objeto de discusión.

Todo ello, tiene sin embargo una nueva expresión tras la STC 88/1989 ya citada, desde el momento en que *«el conflicto sólo puede plantearse para definir los límites externos de la competencia y del correspondiente poder estatal o autonómico, pero no para verificar el ejercicio concreto dentro de tales límites de dicho poder»*, dado que la verificación de dicho ejercicio, sí ha de corresponder a la Jurisdicción ordinaria, pero ello, ya no será un conflicto de competencia constitucional, dado que no es necesaria declaración alguna sobre la «titularidad de la competencia controvertida», siendo este precisamente el contenido necesario de todo conflicto de competencia conforme a lo previsto en el art. 66 LOTC. Precisamente, a esta línea se adscribía la STS 2/11/99, citada en la instancia del Tribunal Superior Vasco, señalando que *«cuando el análisis de la controversia procesal descubra que su resolución no exige propiamente esa labor de fijación y determinación, bien porque ya ha sido llevada a cabo por quien es el máximo intérprete de la Constitución, bien porque la atribución competencial de la materia a uno u otro de los entes contendientes no depende en sí misma de*

la interpretación de las normas del bloque de la constitucionalidad dictadas para delimitar sus ámbitos propios, sino más bien de la recta valoración y calificación jurídica de la actuación controvertida, le cabrá al órgano jurisdiccional Contencioso-Administrativo entender que el conflicto carece de la necesaria relevancia constitucional y, por ende, que su conocimiento no está atribuido en exclusiva a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, siendo admisible que las partes decidieran residenciarlo en la jurisdicción ordinaria». Nuestra crítica sería de nuevo sobre el reconocimiento de dicha posibilidad de opción que se da a los sujetos implicados, de elegir Tribunal en el que residenciar su petición, pero dejando a un lado este punto, es lo cierto que es perfectamente discernible la labor de “de fijación y determinación” de la competencia, de la función de “valoración y calificación jurídica” de la actuación controvertida, una vez fijada la señalada titularidad competencial.

Aplicadas estas premisas al caso concreto de que tratamos, nos encontramos no podemos estar de acuerdo con el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, sin que las razones que nos ofrece en el cuerpo de la sentencia parezcan suficientes o adecuadas a estos efectos. Así, cuando se dice que desde una perspectiva positiva no cabe duda de que el acto impugnado puede ser impugnado por cualquier razón ante la Jurisdicción contencioso administrativa, incluso por inconstitucionalidad, lo que justificaría su competencia, creemos, que ello no es cierto. Aparentemente tan simple enunciado lo es, conforme a lo que dispone al art. 1 LJCA y a la teoría de las nulidades administrativas; pero si indagamos en el ámbito competencial propio de la Jurisdicción Ordinaria y de la Jurisdicción Constitucional, a través de lo que disponen sus respectivas Leyes Orgánicas, veremos que efectivamente ambas Jurisdicciones tienen misiones diferenciadas, y que el análisis de la conformidad a Derecho de las actuaciones o normas administrativas cuando el mismo tenga como presupuesto previo dirimir la titularidad competencial establecida en el bloque de constitucionalidad, es misión propia de la Jurisdicción de tal nombre. Tampoco nos convence la segunda razón, en este caso expresada desde una perspectiva negativa, que nos ofrece la sentencia y que se centra en considerar que el art. 61.2 de la LOTC presupone la concurrencia de las Jurisdicciones. Y es que, frente a lo señalado por la sentencia, el art. 61.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, lo único que está previendo es precisamente la preminencia del Tribunal Constitucional frente a la Jurisdicción ordinaria, pero no porque puedan plantearse dos conflictos de competencia en las diferentes Jurisdicciones, sino porque pueden plantearse varios recursos frente a las mismas disposiciones, resoluciones y actos emanados del Estado o de las Comunidades Autónomas, evidentemente por diferentes sujetos, y lo que más importante, por diferentes causas, ejercitándose diferentes pretensiones: en los supuestos ante el Tribunal Constitucional por vulneración del bloque de

constitucionalidad en el concreto aspecto de la posible vulneración del orden competencial, y ante la Jurisdicción ordinaria por cualquier posible vulneración del Ordenamiento jurídico por la disposición impugnada, a salvo el concreto aspecto relativo a la posible vulneración del orden de competencias, por corresponder su conocimiento al Tribunal Constitucional. Mucho menos podemos admitir el tercer argumento relativo a la pretensión deducida, que es contradictorio en sí mismo. Así se nos dice que el Banco de España, al impugnar el requerimiento efectuado por la Consejería de Hacienda vasca a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián, sólo «pretende la anulación de un concreto acto administrativo por haber sido dictado ilegalmente fuera de su competencia». Sin embargo, la anulación del acto en modo alguno es un rasgo definidor exclusivo de los procesos dante la Jurisdicción contencioso administrativa, dado que la anulación del acto o norma viciada también es cometido propio de la sentencia constitucional si se estima vulnerado el orden competencial. Cuestión distinta, es si la anulación de las mismas, exige que previamente se delimiten o determinen las titularidades competenciales del Estado o de la Comunidad Autónoma, conforme al bloque de constitucionalidad, la Jurisdicción competente sólo pueda ser la constitucional, en cuanto le corresponde resolver conforme a la Constitución y a la propia LOTC los conflictos de competencias.

Y es que el principal elemento definitorio de la competencia de cada Jurisdicción sólo puede ser la motivación del conflicto, dado que si la discrepancia entre las partes se eleva a una discusión sobre el orden competencial establecido por el bloque de la constitucionalidad, sin que el mismo haya sido previamente delimitado por el Tribunal Constitucional fijando la titularidad competencial, en ese caso, nos hallaremos ante un genuino conflicto constitucional, cuyo conocimiento compete al Tribunal Constitucional, y no a la Jurisdicción ordinaria. En este sentido, es un empeño de las sentencias comentadas, negar cualquier tipo de vindicación competencial de la recurrente, precisamente porque intuyen que ello, les llevaría a negar la jurisdicción para el conocimiento del tema. Así en la sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el fundamento jurídico segundo in fine, -asumido por la sentencia del Alto Tribunal en el también fundamento jurídico segundo-, pone de relieve que «por el Banco de España no se está ejercitando una “vindicatio potestatis”, una pretensión dirigida a obtener la declaración de la titularidad de una competencia determinada como exclusiva del Estado. Más limitadamente se trata de controlar si las actuaciones inspectoras controvertidas se refieren o no a materias de competencia del Estado (apartado primero de la D.A.1^a), sin que resulte cuestionado

el orden competencial mismo”, cuando vemos que sin embargo el propio Tribunal Supremo reconoce más adelante que *«Como pone de relieve la Sentencia recurrida, lo que se discute en el presente litigio no es tanto las facultades del Banco de España cuanto las posibles facultades concurrentes de la Administración autonómica en la supervisión de las Cajas de Ahorro. Ahora bien, no es posible determinar cuáles sean éstas sin delimitar previamente las competencias estatales básicas sobre la materia, pues sólo a partir de ellas pueden definirse las que correspondan a la Administración vasca»*. De otro lado, si verdaderamente estuviéramos ante un supuesto de concurrencia de jurisdicciones, resultaría de todo punto absurdo negar o afirmar que se está planteando en el fondo por el Banco de España una vindicatio potestatis.

Ciertamente, lo que contiene la sentencia del Tribunal Supremo así como al sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, es un pronunciamiento sobre la competencia constitucional y estatutaria no sólo de la litigante Comunidad Autónoma Vasca, sino incluso del no litigante Estado, y no un mero pronunciamiento sobre titularidades competenciales administrativas, como lo demuestra el hecho de que las normas utilizadas por el Tribunal Supremo para la solución del presente conflicto sean las normas del bloque de la constitucionalidad que delimitan las competencias constitucionalmente establecidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma Vasca, y no las normas cuya misión es la de determinar y fijar las competencias administrativas de los órganos de la Administración Vasca, y del Banco de España, que indudable y necesariamente son citadas, pero que en modo alguno constituyen al clave para la resolución del presente recurso. Y es que efectivamente, el Banco de España tiene funciones y ostenta competencias administrativas de las que nadie duda, pero cuyo origen se halla en las competencias constitucionales que ostenta el Estado en la materia, siendo labor previa la de determinar si efectivamente son exclusivas del Estado tales competencias constitucionales, o si por el contrario son compartidas tal como pretende el Gobierno Vasco, cuestión ésta atinente al orden competencial, de la que sin embargo si se duda, y que nos situaría en la órbita de la competencia jurisdiccional constitucional.

Ello nos lleva a otro de los elementos definatorios del conflicto constitucional que también aparece encubierto: el de los sujetos legitimados. Es claro que por su propia configuración en el proceso constitucional sólo el Estado y las Comunidades Autónomas ostenta legitimación para el planteamiento de conflicto constitucional de competencias (art. 59 LOTC). En el caso del proceso contencioso administrativo la legitimación aparece con una mayor amplitud al extenderse a todo aquel que ostente un derecho o interés legítimo (art. 19.1 LJCA). Ello sin embargo, no puede confundirse con un mero interés por la lega-

lidad, siendo Jurisprudencia de la Sala reiterada, pacífica y constante, la de que existe interés legítimo, cuando la sentencia que haya de dictarse en el proceso contencioso -caso de serle favorable-, suponga para el recurrente un beneficio, o venga a evitarle un perjuicio. En el caso presente el análisis jurídico que contienen las sentencias está huérfano de cualquier consideración a cual haya de ser el beneficio que al recurrente Banco de España le produce un pronunciamiento a su favor, o en su caso que perjuicio se le evita. O lo que es lo mismo, si el Banco de España actúa en defensa de sus funciones propias, hubiera sido preciso que se explicitase en qué forma las mismas se habían visto o se han de ver perturbadas por el ejercicio de las competencias de control realizadas a través de un requerimiento a la Caja de Ahorros por el Gobierno Vasco. Cobran aquí todo su sentido las alegaciones del letrado vasco en el sentido de que estos informes habían sido una práctica constante y pacífica, en orden a acreditar la falta afectación perjudicial de las funciones del Banco de España. Vemos sin embargo que el debate en Derecho, no va por estos derroteros de defensa de las funciones administrativas propias frente a intromisiones perturbadoras ilegítimas, sino ante la reivindicación de que tratamos de una competencia exclusiva estatal conforme al bloque constitucional de competencias, y no ante un supuesto de competencias compartidas, como pretende el Gobierno Vasco. Y es que si se trata con su actuación procesal de “controlar si las actuaciones inspectoras controvertidas se refieren o no a materias competencia del Estado”, no se comprende la actuación del Banco de España en el presente contencioso administrativo en defensa de competencias ajenas, señaladamente las del Estado, dada la personalidad jurídica separada del Banco de España y la plena autonomía para el ejercicio de sus funciones que el Ordenamiento jurídico le ha otorgado. La sentencia de instancia, asumida en este punto por la sentencia del Tribunal Supremo, parece ser consciente de dicha debilidad en la argumentación autoplateándose si no estaremos ante un supuesto de falta de legitimación de la recurrente (no nos consta se planteara por el Gobierno Vasco). Ataja sin embargo la cuestión considerando que *“el Banco de España tiene personalidad jurídica propia, y plena capacidad jurídica y privada, lo que a criterio de la Sala legitima para cuestionar la actuación administrativa impugnada, en defensa de las funciones que tiene legalmente encomendadas”*, como si la defensa de las funciones encomendadas no presupusiera la previa vindicatio potestatis de las estatales, y como si los presupuestos procesales de capacidad jurídica y capacidad de obrar, pudieran confundirse con el concepto de legitimación procesal, que en el proceso contencioso administrativo, conforme a constante y pacífica Jurisprudencia se identifica con la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio con la obtención de una sentencia favorable al litigante, siendo así que en el caso presente, dicha labor previa de confrontación de la legitimación activa se haya realizado.

Incluso, no sólo se plantea la Sala de instancia -a la vista de las alegaciones del Gobierno Vasco- un problema de falta de legitimación, sino que incluso se cuestiona si lo que procedería sería el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente al art. 3 de la Ley 3/1991 de Cajas de Ahorro de EusKadi, en cuanto marco en el que atribuyéndose al Gobierno Vasco las potestades de control sobre las Cajas de Ahorro, ampararía la emisión del informe impugnado, que confrontaría directamente con lo establecido en la Disposición Adicional 1ª de la LORCA (fundamento jurídico tercero). Aunque tal cuestión es rechazada inmediatamente bajo el argumento de que no hay confrontación, dado que la posición del Gobierno vasco es “voluntarista” respecto de dicho marco competencial autonómico, su mero planteamiento nos revela que en el esquema lógico de la construcción de la sentencia hay algo que no está cuadrando, pues no se trata de plantear una cuestión ante una presumible inconstitucionalidad cualquier de la norma, sino ante una inconstitucionalidad de la norma por vulneración de competencias ajenas, concretamente del Estado, sin que el mismo se haya visto concernido en sus competencias por la norma en cuestión, planteando el correspondiente recurso de inconstitucionalidad.

Y es que todo el planteamiento de la cuestión hubiera sido mucho más sencillo, si no se hubiera comenzado afirmando erróneamente la teoría de la “conurrencia de Jurisdicciones”. Todo hubiera sido más fácil, si partiendo del conocimiento de la doctrina constitucional y por lo tanto de la doctrina del mismo contenida a partir de la STC 88/1989, se hubieran delimitado las competencias propias de cada Jurisdicción. Procedía pues haber completado el estudio de la Jurisprudencia constitucional sobre el particular, para tras la misma, poder concluir si efectivamente tal delimitación del poder y límites externos de a competencia habían sido ya fijados por dicho Tribunal Constitucional, o si por el contrario se trataba ésta de cuestión pendiente de verificar. En el primero de los casos, la Jurisdicción contencioso administrativa hubiera sido plenamente competente, dado que su función y competencia es plena para controlar el “ejercicio” competencial conforme al bloque de competencias interpretado y deslindado; en el segundo supuesto sin embargo, hubiera procedido declarar el defecto de jurisdicción a favor de la constitucional, en orden a que previamente procediese a delimitar la titularidad competencial. Sin embargo, el Tribunal Supremo y la propia Sala de instancia crean una fundamentación pro competencia contencioso administrativa, bastante superficial y quebradiza, que era de todo punto innecesaria dados los antecedentes de la propia doctrina constitucional en al materia conforme al diseño constitucional y procesal establecido en la LOTC. Es más, no sólo era innecesaria, sino que incluso puede provocar más problemas que soluciones en este punto, dado que

no es admisible en modo alguno que la competencia y la jurisdicción de los Tribunales se haga depender de la sola voluntad de los contendientes, aun cuando estos sean tan relevantes como el Estado y las Comunidades Autónomas. Incluso la STS de 27 de junio de 2002, que también defiende dicha yuxtaposición de jurisdicciones, ofrece mejor argumentación que la presente y crea menos dificultades, dado que limita el supuesto a los particulares, al entender que dado el principio de tutela judicial efectiva ex. art. 24 CE, y al tener vedado el acceso a la Jurisdicción constitucional, deben tener expedida la vía contencioso administrativa donde podrán hacer valer sus pretensiones, con la dificultad añadida de que en estos casos es preciso acreditar la legitimación activa, -no el interés en el mera defensa de la legalidad-, y que por otro lado sería preciso llamar en este punto a las Administraciones implicadas que si efectivamente ponen de manifiesto la existencia de un verdadero conflicto constitucional, puede provocar que se eleve la cuestión.

Lo único que nos resta por saber es si la delimitación competencial sobre la materia había sido ya realizada por el Tribunal Constitucional. Recordemos, que conforme a lo previsto en la STC 96/1996, de la Constitución *«Del examen de las normas estatutarias atribuidas de competencias se deduce que las Cajas de Ahorro constituyen una materia específicamente individualizada frente a las fundaciones y frente a otras entidades de crédito, por lo que **no pueden identificarse a efectos competenciales**, con independencia de la calificación que por su estructura como personas jurídicas pueda resultar para ellas más adecuada y de la naturaleza eminentemente crediticia de su actividad.*

Ello se justifica por las especiales características que en las Cajas de Ahorro concurren. De una parte, su inicial configuración como entidades benéfico-sociales ha dado paso, en virtud del propio crecimiento y de la importancia actual de su actividad crediticia, a su consideración como entidades de crédito dentro del sistema financiero; evolución que se refleja en el carácter específico del título competencial sobre Cajas de Ahorro, frente al genérico sobre Fundaciones que, en la mayoría de los casos, aparece referido a aquéllas de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares. Pero, por otra parte, la dimensión social de las Cajas y su proyección eminentemente regional -rasgos distintivos de estas entidades de depósito frente a otros intermediarios financieros- explica también que los Estatutos distingan entre el título competencial general sobre «ordenación del crédito, banca y seguros» y el título específico sobre Cajas de Ahorro, y que determinadas Comunidades Autónomas tengan atribuidas respecto a las Cajas competencias de las que carecen en relación con otras entidades de crédito.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, resulta justificada la postura del Abogado de la Generalidad de Cataluña y del Presidente del Parlamento Catalán cuando sostienen que es el art. 12.1.6 del E. A. C. y no el 10.1.4 del mismo -que restringe en mayor medida las com-

*petencias autonómicas- el que ha de servir de base para enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de Cajas de Ahorro de Cataluña. En efecto, dado **el carácter específico con que en el E. A. C. se configura la competencia en materia de Cajas de Ahorro, este título competencial deberá prevalecer sobre el más genérico relativo a la «ordenación del crédito, banca y seguros».** »*

Sentada pues esta especificidad, no puede tampoco ignorarse, que el precepto sobre el que pivota la reclamación del Banco de España es precisamente la Disposición Adicional 1 de la LORCA, precepto éste sobre cuya constitucionalidad ya se pronunció el Tribunal Constitucional, en la STC 49/1988, de 22 de marzo, en la que conoció de la impugnación precisamente de la Ley 31/1985, de 2 de agosto de regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro. En el fundamento jurídico 29, que es el que contempla el supuesto, expresamente señala que:

“La Disposición adicional primera es impugnada tanto por la Junta como por la Generalidad. Pero antes de entrar en el fondo de esa impugnación conviene analizar, aunque sea brevemente, cuál es el verdadero objeto de las normas cuestionadas. A diferencia de las normas examinadas hasta ahora, la Disposición adicional primera no se refiere a la organización de las Cajas sino que en ella se encuentran normas delimitadoras de competencias relativas a su actividad. Concretamente se establece en la Disposición impugnada que las funciones de disciplina, inspección y sanción de las Cajas serán ejercidas por el Estado y por las Comunidades con arreglo a la siguiente distribución competencial: Por el Estado, en todo el territorio nacional en las materias de su competencia «y en especial las relativas a la política monetaria, financiera y de solvencia y seguridad», y sobre las actividades de las Cajas realizadas fuera del ámbito territorial de la Comunidad donde tengan su domicilio social; por las Comunidades, en las materias que sean de su competencia cuando las Cajas tengan su domicilio social en su territorio y para las actividades que se desarrollen en el mismo. **Ahora bien, partiendo de la doctrina reiteradamente sentada por este Tribunal de que la atribución de competencias sólo puede llevarse a cabo por la Constitución y por los Estatutos y no por otras leyes** (salvo cuando la Constitución o los mismos Estatutos remitan a éstas), la verdadera cuestión que plantea esta Disposición es si la distribución de competencias que prevé es la que en materia de disciplina, inspección y sanción sobre Cajas de Ahorro, resulta de la Constitución y de los Estatutos y, en particular, del Estatuto Catalán y del gallego, pues Cataluña y Galicia son las Comunidades que han impugnado la Ley. En este aspecto hay que recordar que la Constitución no establece en forma expresa nada sobre la competencia en la materia y que todas las Comunidades la han asumido, con diversas modalidades, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.3 de la Norma suprema, cuyo primer inciso establece que «las materias no atribuidas expresamente al Es-

tado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos». El Estatuto de Cataluña confiere a la Generalidad, competencia exclusiva sobre las Cajas de Ahorro «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado ... en los términos de lo dispuesto en los arts. 38 y 131 y en los núms. 11 y 13 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución». El Estatuto Gallego, en su art. 30.1.5, se expresa en iguales términos. **De estos preceptos resulta que, respecto a las Comunidades Autónomas catalana y gallega, la competencia del Estado, por razón de la materia, se circunscribe a la fijación de las bases de la ordenación del crédito y bases y coordinación de la planificación económica (art. 149.11 y 13 de la Constitución). Y las bases, como ya se ha dicho, son, en principio, las normas cuya aplicación es necesaria para asegurar la vigencia de un mínimo denominador común normativo, aunque excepcionalmente también pueden comprender una regulación más detallada de aspectos concretos e incluso actos de ejecución. Si confrontamos estos principios con lo previsto en la Disposición adicional primera, en su núm. 1, apartado 1.º, resulta que no es posible entender que la atribución de competencia al Estado por razón de la materia abarque todo lo relativo a las funciones de disciplina, inspección y sanción, ni siquiera respecto a la política monetaria, financiera y de solvencia y seguridad. Dejando aparte los casos en que el Estado tenga una competencia exclusiva total (el sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad según el art. 149.1.11, por ejemplo), que no ofrece problema, y con referencia sólo a los supuestos en que su competencia exclusiva se limita a la fijación de las bases, habrá que interpretar que las funciones de disciplina, inspección y sanción las podrá ejercer cuando en cada caso le correspondan porque deban ser considerados como base de la ordenación del crédito o como bases de la planificación general de la actividad económica o elementos de la coordinación de esa planificación general. Conviene, por último, advertir que las tres funciones aludidas no tienen la misma naturaleza. Las de inspección y sanción comprenden típicos actos de ejecución, mientras que la de disciplina, contra lo que opinan los recurrentes y admite el Letrado del Estado, es una potestad normativa. En efecto, por disciplina hay que entender, conforme a la legislación monetaria y crediticia general, la regulación de los deberes de las entidades de crédito impuestas por normas de obligado cumplimiento. El problema que con ellas se plantea, en relación con el concepto de bases, no es el que suscitan los actos de ejecución, sino el de precisar el grado de detalle a que pueden descender, pero tampoco éste es un problema que pueda resolverse aquí con carácter general. Con estas salvedades, el apartado 1.º del núm. 1 de la Disposición examinada debe considerarse constitucional.**

Vemos así, que el Tribunal Constitucional no cierra el problema competencial planteado por los actos de ejecución en relación con el concepto de bases, remitiéndose así a futuros pronunciamientos, aunque deja claro que el grado de detalle a que se descienda desde dichas bases será el punto central sobre el que verificar el análisis de constitucionalidad. La contemplación que se hace del supuesto pro futuro, lo es pues de una posible extralimitación de las bases por el Estado.

En el caso presente sin embargo, se está planteando el problema a la inversa. Esto es: el Banco de España, afirma para sí, sin más el carácter básico de todos los actos de ejecución en materia de inspección con base en al dición literal de dicho precepto³, a consecuencia de lo cual la intervención autonómica quedaría fuera de cualquier marco competencial. Ello choca sin embargo frontalmente con la doctrina constitucional, que verificando un pronunciamiento interpretativo del precepto, aclara que **«no es posible entender que la atribución de competencia al Estado por razón de la materia abarque todo lo relativo a las funciones de disciplina, inspección y sanción, ni siquiera respecto a la política monetaria, financiera y de solvencia y seguridad»**, que es precisamente lo que señala la literalidad de la Disp.Adicional 1ª. Y es que el Tribunal Constitucional sólo salva como supuestos claros de actos de ejecución-inspección merecedores del concepto de bases los que se refieran a: sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad, conforme a las previsiones del art. 149.1.11 CE.

Desconocemos el contenido del informe, porque lo que nunca podemos dar una opinión acabada respeto de si su contenido excede o no el ámbito competencial autonómico. Lo que si observamos sin embargo, es que en las sentencias se nos dice sin más que son competencias de ejecución básicas sobre las cajas de ahorro todas las que se refieren a política solvencia, seguridad o es-

³ “Uno. El Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España, dentro de sus respectivas competencias, ejercerán las funciones de disciplina, inspección y sanción de las Cajas de Ahorros:

Primero. En las materias que sean competencia del Estado, y en especial las relativas a la política monetaria, financiera y de solvencia y seguridad.

Dos. Las Comunidades Autónomas ejercerán las funciones de disciplina, inspección y sanción de las Cajas de Ahorros en su territorio, y para las actividades realizadas en el mismo, en las materias que sean de su competencia.

Tres. En materia de disciplina e inspección el Banco de España podrá establecer Convenios con las Comunidades Autónomas.”

tabilidad y normativa contable, lo cual es precisamente contrario a lo que señala el Tribunal Constitucional en su sentencia, particularmente en materia de solvencia, planteándonos mayores dudas en estabilidad y normativa contable. Y son estas mayores dudas, en tanto que no resueltas por el Tribunal Constitucional mediante la delimitación de los límites externos de cada competencia, las que nos dicen que debió declinarse el conocimiento del asunto por la jurisdicción ordinaria, por tratarse de materia que debió haberse conocido por el Tribunal Constitucional a través del pertinente conflicto constitucional de competencias.

Y frente a ello, no nos sirven los argumentos que nos ofrecen las SSTC 96/96, ni 235/1999. En el primer caso, porque como ya señaló el Gobierno vasco, tratamos de materia sancionadora, no de actos de ejecución relativos a la inspección de las Cajas. Y en segundo caso, no puede desconocerse que lo enjuiciado por el Tribunal Constitucional era el bloque competencial relativo a las entidades de crédito en general, no al específico de Cajas de Ahorro. De otro lado, se observa que en algunas ocasiones la sentencia confunde el concepto de competencias básicas con el de competencias exclusivas, como por ejemplo en el fundamento jurídico quinto, lo que también viene a distorsionar el entendimiento de la cuestión.

Lo que finalmente extraemos de todo ello, es que las conclusiones de esta sentencia no son trasladables a otros supuestos ni procesalmente, ni constitucionalmente. Procesalmente, por la propia estructura del proceso contencioso administrativo, dado que la esencia del proceso contencioso administrativo es del recurso al acto. Materialmente, porque tratándose de supuesto en el que aun el supremo intérprete de la Constitucional no ha procedido al debido deslinde de los límites de la competencias, determinando en cada caso la titularidad de su concreto ejercicio, cebe perfectamente un nuevo pronunciamiento que con base en el que sustenta la STC 49/1988, excluya la atribución sin más de la competencia de inspección en los supuestos reseñados al Banco de España.

JURISPRUDENCIA

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional (*)

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. DERECHOS Y LIBERTADES. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS. IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. FUENTES. VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía B.2. Competencias. VII. ECONOMÍA Y HACIENDA. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas.

II. DERECHOS Y LIBERTADES

A. Derechos fundamentales y libertades públicas.

1. Sentencia 67/2009, de 9 de marzo (BOE de 14 de abril). Ponente: Pérez Tremps (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 24.

otros:

Objeto: Providencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de 26 de octubre de 2006, aclarada por Auto de 2 de noviembre de 2006, por la que se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia de 14 de julio de 2006.

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO.

Materias: Tutela judicial efectiva: derecho a la obtención de una respuesta fundada en Derecho.

Se trata de determinar si ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la entidad recurrente la decisión del órgano judicial de dejar imprejuzgados en el recurso de apelación contencioso-administrativo diversos motivos de impugnación planteado en su demanda, con fundamento en que no se adhirió al recurso de apelación interpuesto de contrario, a pesar de que la Sentencia de instancia le había sido favorable. Es doctrina del Tc que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho a la obtención un respuesta en fundada en Derecho, exige que la respuesta jurisdiccional no sea fruto de un error de hecho patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable, dado que en estos casos la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia de ejercicio de la justicia (por todas, STC 159/2008, FJ 3); ya en la STC 103/2005, , en un asunto sustancialmente idéntico al que ahora se plantea, se concluyó que es irrazonable y, por tanto, contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) exigir al demandante que ha obtenido una Sentencia favorable en primera instancia en el orden contencioso-administrativo que se adhiera al recurso de apelación interpuesto de contrario como requisito para que puedan ser objeto de pronunciamiento en la apelación todos aquellos motivos de recurso que, habiendo sido correctamente planteados en la primera instancia, quedaron sin analizar por haberse estimado el recurso en virtud de un motivo distinto de impugnación; en esa decisión el TC destacó que *“de acuerdo con lo literalmente establecido en el art. 85.4 LJCA, para poder adherirse a la apelación la parte apelada habrá de razonar los puntos en que crea que le es perjudicial la Sentencia; circunstancia que no concurre en este caso, pues la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no le causaba perjuicio al haber sido estimatoria de su recurso contencioso-administrativo (FJ 4), insistiéndose en que la falta de adhesión a la apelación no puede justificar la ausencia de una respuesta a las cuestiones planteadas, pues, a tenor de lo dispuesto en el art. 85.4 LJCA, la adhesión a la apelación sólo procede en los casos en los que la Sentencia apelada resulta perjudicial al apelado, y en el presente caso la referida Sentencia es estimatoria de su recurso, sin que pueda considerarse ‘un perjuicio’ el haber dejado imprejuzgada alguna de sus alegaciones por haber apreciado la invalidez del acto por otro de los motivos alegados, ya que la Sentencia le resulta favorable, y su falta de adhesión a la apelación no puede interpretarse, en ningún caso, como renuncia a seguir sosteniendo la existencia de la prescripción de la deuda (FJ 4).* Constatará el TC que el único argumento esgrimido por el órgano judicial de apelación para no resolver los diferentes motivos de impugnación que subsidiariamente planteó la entidad recurrente en su demanda contencioso-administrativa contra las liquidaciones efectuadas fue que dicha entidad

no había interpuesto recurso de apelación ni tampoco se había adherido a la apelación planteada por el contrario, en atención a ello el TC concluye, como también señala el Ministerio Fiscal, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la entidad demandante de amparo; es criterio del TC que procede la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas y la retrotracción de actuaciones para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental reconocido. Se otorga el amparo solicitado.

2. Sentencia 105/2009, de 4 de mayo (BOE de 6 de junio). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 9.3; 14; 24.1.

otros:

Objeto: Sentencia de 28 de abril de 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestima, por haber prescrito el derecho, la pretensión de la entidad recurrente de obtener la devolución de lo que había ingresado indebidamente en virtud del gravamen complementario sobre la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar, de aplicación a las máquinas recreativas de tipo B, creado en el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, precepto que había sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 173/1996, de 31 de octubre, fundándose en que la Sentencia impugnada, de un lado, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), pues interpreta de modo manifiestamente erróneo la normativa aplicable, y, de otro, vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), dado que, a juicio de la recurrente, se separa de un modo singular e injustificado de la doctrina general del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Materias: Seguridad jurídica; efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional.

El TC, por lo que hace al primer motivo de amparo que alega la entidad recurrente, ha sentado una reiterada doctrina según la cual el art. 24.1 CE, que no garantiza el acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación del Derecho, sí exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones de las partes esté motivada con un razonamiento congruente fundado en Derecho; en relación a esta dimensión del derecho a la tutela judi-

cial efectiva (art. 24.1 CE), la STC 214/1999 afirma que *cuando lo que se debate es, como sucede en este caso, la selección, interpretación y aplicación de un precepto legal que no afecta a los contenidos procesales típicos del art. 24.1 CE o a otros derechos fundamentales, tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de una motivación o razonamiento que merezca tal nombre*”, criterio reiterado posteriormente (por todas, STC 96/2006, FJ 6); a tenor de lo establecido por el TC el análisis de esta cuestión, concretada en si el razonamiento que da fundamento a la Sentencia impugnada incurre en esa clase de irrazonabilidad, exige comenzar refiriéndonos a la normativa aplicable para luego examinar si la interpretación y aplicación que de ella hizo la Sentencia impugnada es o no manifiestamente irrazonable. Dicha normativa está integrada por las normas vigentes reguladoras de la prescripción del derecho a la devolución de ingresos indebidos de naturaleza tributaria, que eran entonces los arts. 64 d) y 65 de la Ley general tributaria de 1963 (LGT), que establecían un plazo prescriptivo de cinco años contado desde el momento en que se realizaba el correspondiente ingreso, y por aquellas otras que recogen las causas de revisión de los actos de gestión tributaria, en este caso el art. 153 LGT 1963, desarrollado por el Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, cuya disposición adicional segunda afirma que “[n]o serán objeto de devolución los ingresos tributarios efectuados en virtud de actos administrativos que hayan adquirido firmeza. No obstante, los obligados tributarios podrán solicitar la devolución de ingresos efectuados en el Tesoro, instando la revisión de aquellos actos dictados en vía de gestión tributaria que hubiesen incurrido en motivo de nulidad de pleno derecho, que infringiesen manifiestamente la Ley o que se encontrasen en cualquier otro supuesto análogo recogido en los artículos 153, 154 y 171 de la Ley general tributaria y en leyes o disposiciones especiales”. La interpretación y aplicación de estas normas debe realizarse no de un modo aislado sino en relación con el resto del ordenamiento jurídico, muy en especial teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE. La entidad recurrente, considera que las autoliquidaciones que realizó devinieron, a raíz de que la STC 173/1996 declarase la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que establecía el gravamen a que obedecían, actos de gestión tributaria incurso en motivo de nulidad de pleno derecho por carecer absolutamente de norma de cobertura, lo que determina, a su juicio, la imprescriptibilidad de la acción para pedir su revisión y, en consecuencia, obtener la devolución de lo ingresado indebidamente o, al menos, que el plazo de prescripción de cinco años se cuente, de acuerdo a la teoría de la actio nata, desde la publicación de la citada Sentencia, todo lo cual supone que la Sentencia impugna-

da, en la medida que se funda en un criterio distinto, interpreta de modo manifiestamente erróneo la normativa aplicable. No puede prosperar la alegación de la recurrente, la doctrina del TC, establecida precisamente con ocasión de fijar el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, es la de que la revisabilidad de los actos administrativos nulos debe ser modulada por las exigencias del principio de seguridad jurídica, siendo pertinente, por tanto, excluir de esa posibilidad las situaciones consolidadas, tanto aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) como, en su caso, las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes, criterio que desautoriza la afirmación del recurrente de que es imprescriptible el derecho a la devolución de los ingresos indebidos cuando se amparan en una norma posteriormente declarada inconstitucional y aquella otra de que en estos casos el plazo de prescripción de dicho derecho debe iniciarse en el momento de publicación de la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad; es doctrina del TC (STC 45/1989, FJ 10 y 11) [*La segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes (FJ 11), razón que ha reiterado, con estas mismas palabras u otras similares, en ocasiones posteriores (por todas en la STC 146/1994, FJ 8 y en la STC 84/2008, FJ 4); en precisión de esta doctrina, nos dirá el TC que en este caso la actuación de gestión tributaria, que perdió sobrevenidamente toda cobertura legal a raíz de que la STC 173/1996, declarase la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que establecía el gravamen a que obedecía, constituye una situación consolidada no sólo por haber sido consentida por el recurrente sino también, y principalmente, por el importante lapso de tiempo que duró este aquietamiento, que determinó, conforme a los arts. 64 d) y 65 LGT 1963, que prescribiera el derecho a la devolución de los ingresos indebidos, todo lo cual justifica de un modo reforzado que el juzgador, en aras del principio de seguridad jurídica, limite su revisabilidad; procede afirmar que la interpretación de la normativa aplicable que hizo la Sentencia impugnada, considerando prescrito el derecho a la devolución de los ingresos indebidos porque, a pesar de que los actos de gestión tributaria de que traían causa devinieron nulos por la declaración de inconstitucionalidad de la norma que les daba cobertura, se trataba de una situación jurídica consolidada, lejos de adolecer de una manifiesta irrazonabilidad patente para cualquier observador lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), es una interpretación razonable, máxime cuando, formando parte esencial de*

la normativa aplicable el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y los efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes previstos en el art. 40 LOTC, dicha interpretación se ha ajustado a la doctrina consolidada de este Tribunal. Resuelta esta primera cuestión, afrontará el TC la de si la Sentencia impugnada se separa singularmente y sin justificación de la doctrina general del Tribunal Supremo (Sentencias de 29 de febrero, 13 de junio, 15 de julio y 30 de septiembre de 2000) y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia de 10 de octubre de 2003 -Sección Cuarta- y Sentencia de 17 de febrero de 2005 -Sección Primera), lesionando el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). El Tribunal Constitucional, para estimar vulnerada esta dimensión del principio de igualdad, ha venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos. En primer lugar, la acreditación por la parte actora de un *tertium comparationis*, dado que el juicio de igualdad se realiza sobre la comparación entre la resolución judicial que se impugna y aquellas otras precedentes resoluciones del mismo órgano judicial en casos sustancialmente iguales (por todas, STC 186/2000, FJ 1), correspondiendo la carga de la prueba al recurrente en amparo (por todas, STC 37/2001, FJ 3); en segundo lugar, la identidad de supuestos resueltos de forma contradictoria (por todas, STC 102/1999, FJ 3), pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno debe ser igual a la del otro (STC 78/1984, FJ 3); en tercer lugar, la identidad de órgano judicial, exigiéndose no sólo la identidad de Sala sino también la de Sección, al considerar a éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley (por todas, STC 102/2000, FJ 2). En consecuencia, como ha reiterado este Tribunal Constitucional, un mismo órgano jurisdiccional no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación, que permita deducir que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta *ad personam* (por todas, STC 176/2000, FJ 3). Nada impide, sin embargo, que un órgano judicial se aparte conscientemente de sus resoluciones precedentes ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio (por todas, STC 104/1996, FJ 2) o, en ausencia de tal motivación expresa, que resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio, por desprenderse así de la propia resolución judicial (inferirse con certeza) o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la Sentencia

impugnada (por todas, STC 25/1999 , FJ 5). De acuerdo con esta doctrina, resulta patente para el TC que las SSTS aducidas no constituyen término de comparación válido respecto de la Sentencia impugnada, pues no proceden del mismo órgano jurisdiccional. De la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el recurrente ofrece como término de comparación la Sentencia de 10 de octubre de 2003 (Sección Cuarta) y la Sentencia de 17 de febrero de 2005 (Sección Primera); la primera debe ser descartada porque procede de la Sección Cuarta mientras que la Sentencia impugnada es de la Sección Primera, de manera que tampoco coincide el órgano jurisdiccional; la segunda, por el contrario, sí reúne las condiciones para ser considerada un término de comparación válido pues, además de provenir de la misma Sección que dictó la Sentencia impugnada, es de fecha anterior a ésta y resuelve la pretensión de otro recurrente que, al igual que el de la Sentencia impugnada, transcurridos más de cinco años desde la fecha de ingreso de las cantidades correspondientes al gravamen complementario creado en el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, solicitó la revisión de los actos de gestión tributaria y la devolución de lo ingresado; el Tc no considera que sea una una resolución aislada pues, como ella expresamente afirma, resuelve la misma cuestión que habían decidido previamente las Sentencias núms. 1305/2004, 1306/2004, 1307/2004 y 1308/2004 de la misma Sección Primera, todas ellas de idéntica fecha y Ponente, y lo hace con idénticos fundamentos jurídicos que aquéllas, que, a su vez son transcripción literal de los de la Sentencia 1172/2002, de 24 de diciembre, de la Sección Cuarta de la misma Sala. Considera el TC que en este caso el recurrente acredita un *tertium comparationis* válido, que es la Sentencia núm. 128/2005, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; por ello se apresta el TC a analizar si la Sentencia impugnada se separa singular e injustificadamente de ella. La Sentencia aportada como de contraste y las Sentencias núms. 1305, 1306, 1307 y 1308/2004 del mismo órgano jurisdiccional coinciden literalmente en el razonamiento en que se fundan. Todas ellas reproducen entrecomillados los fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto de la Sentencia núm. 1172/2002, de 24 de diciembre, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, siendo lo relevante a los efectos que aquí interesa lo siguiente:

“Segundo: ... [En] la Sentencia de 17 de marzo de 2001 (recurso 520-1998), el Tribunal [Supremo] resume su doctrina recogida en sus anteriores de 29 de febrero de 2000 (recurso 49-1998), 13 de junio de 2000 (recurso 567-1998) ... y 3 de marzo de 2001 (recurso 529-1998), afirmando que ‘por más que razones de seguridad jurídica impidan revisar los procesos fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada, según

establece expresamente el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, es necesario examinar las consecuencias patrimoniales que para el Estado tiene la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

La invariabilidad de las situaciones jurídicas, creada por la cosa juzgada, justifica que la única vía para conseguir la reparación de los daños y perjuicios antijurídicos, causados por disposiciones o actos dictados en aplicación de un precepto legal declarado inconstitucional, sea el ejercicio de una acción por responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador...

Tercero: Pues bien, si según admite la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la remoción de los efectos de una liquidación tributaria basada en una ley declarada inconstitucional, con la limitación de las confirmadas en procesos fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40 LOTC), puede llevarse a efecto a través de los cauces ordinarios legalmente establecidos, entre los cuales se encuentra el de la solicitud de devolución de ingresos indebidos, como ocurría con la posible exigencia de responsabilidad patrimonial del legislador, la iniciación de aquellos cauces sólo podía tener lugar a partir de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley (o mejor dicho de su publicación), por lo que, no obstante lo expresamente establecido por el artículo 65 LGT, que para el cómputo de la prescripción del derecho a la devolución de ingresos indebidos fija el día del ingreso, en supuestos como el examinado ese momento, de acuerdo con las exigencias de la teoría de la actio nata, el plazo prescriptorio debe comenzar a contarse en el momento en que la declaración de inconstitucionalidad es conocida y tiene efectos frente a todos (artículo 28 LOTC), cesando la vigencia y eficacia de la norma cuyo valor normativo superior impedía hasta entonces la solicitud de devolución del ingreso.

En cualquier caso, como también reconoce insistentemente el Tribunal Supremo en aquellas sentencias, frente a liquidaciones tributarias basadas en preceptos legales declarados inconstitucionales sería siempre posible suscitar la acción de nulidad con fundamento en la aplicación de los artículos 53 LGT [sic] y 62 de la Ley 30/1992". Por su parte, la Sentencia impugnada en su fundamento jurídico tercero, después de recordar las fechas en que la actora ingresó las cantidades relativas al gravamen complementario de que estamos tratando, afirmó que "a tenor de lo dispuesto por el art. 64 d) de la Ley 230/1963, General Tributaria, en su redacción originaria, en cuya virtud prescribirán a los cinco años, entre otros derechos y acciones, 'el derecho a la devolución de ingresos indebidos', ya habría prescrito el derecho de la actora a instar de la Administración la devolución respecto de todas las actuaciones, con excepción de la correspondiente al pago de la liquidación IDO 96/91, de 20 de mayo de 1993, por un importe de 149.536 pesetas. Sin embargo, respecto de esta última, debe señalarse que, si bien es cierto que no habría transcurrido el plazo de prescripción de 5 años, no lo es menos que no constando en el expediente administrativo que la actora hubiese procedido a su impugnación, la misma devino firme y consentida, razón por la cual tampoco puede ser objeto de devolución". Para el TC es evidente que la Sen-

tencia impugnada se separa del criterio en que se funda la de contraste. Mientras aquella sí lo hace, ésta no equipara, desde el punto de vista del efecto que producen las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma, las resoluciones administrativas firmes a las sentencias con fuerza de cosa juzgada y, por ello, sostiene que *“la remoción de los efectos de una liquidación tributaria [aun cuando haya ganado firmeza], basada en una ley declarada inconstitucional, con la limitación de las confirmadas en procesos fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40 LOTC), puede llevarse a efecto a través de los cauces ordinarios legalmente establecidos, entre los cuales se encuentra el de la solicitud de devolución de ingresos indebidos ... [y] no obstante lo expresamente establecido por el artículo 65 LGT, que para el cómputo de la prescripción del derecho a la devolución de ingresos indebidos fija el día del ingreso, en supuestos como el examinado ese momento, de acuerdo con las exigencias de la teoría de la actio nata, el plazo prescriptivo debe comenzar a contarse en el momento en que la declaración de inconstitucionalidad es conocida y tiene efectos frente a todos (art. 28 LOTC); precisará el TC que la Sentencia impugnada funda su pronunciamiento desestimatorio en que la acción de nulidad no puede ejercerse más allá del plazo prescriptivo del derecho a la devolución de ingresos indebidos cuando la de contraste sostenía expresamente que [e]n cualquier caso, ... frente a liquidaciones tributarias basadas en preceptos legales declarados inconstitucionales sería siempre posible suscitar la acción de nulidad con fundamento en la aplicación de los artículos 53 LGT [sic] y 62 de la Ley 30/1992”*. Apreciado que la Sentencia impugnada efectivamente se aparta de la *ratio decidendi* de la de contraste, pasara el TC a verificar si lo hace un modo injustificado, de suerte que pueda entenderse que constituye una respuesta *ad personam* que quiebra el principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). será criterio del TC que en el caso de la Sentencia impugnada resulta patente, por desprenderse de ciertos elementos de juicio externos que así lo indican, que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio con vocación de generalidad. Apreciará el TC que el conjunto de resoluciones judiciales en que, según quedó expuesto, se integra la Sentencia de contraste supone un cambio de criterio en la línea mantenida hasta ese momento por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que creyó que con ello se ajustaba a la doctrina del Tribunal Supremo. Así se desprende del fundamento jurídico cuarto de la Sentencia 1172/2002, de la Sección Cuarta de dicha Sala, que es transcrito dentro del fundamento jurídico tercero de la Sentencia de contraste y que dice que *[p]or todo ello, y aún teniendo en cuenta la emisión por esta Sala en algún caso anterior de un pronunciamiento distinto, cuyo sentido, ante la reiteración por el Tribunal Supremo de aquellas decisiones, no es conveniente seguir manteniéndose, en los términos vistos, el recurso deber ser íntegramente estimado, con declaración de nulidad de las resoluciones*

impugnadas, y del derecho a las devolución de las cantidades indebidamente ingresadas con sus intereses legales; asimismo apreciará el TC que la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005, dictada en un recurso promovido en interés de la ley por la Generalidad de Cataluña contra la Sentencia 1003/2002, de 21 de noviembre, que proviene de la misma Sala y Sección que la Sentencia 1172/2002, de 24 de diciembre, y que se apoya en una fundamentación jurídica idéntica, incluso en su dicción literal, pone fin a esta polémica, pues, considerando errónea la doctrina de esas resoluciones judiciales, declara como doctrina legal que [e]l derecho a la devolución de ingresos indebidos ejercitado a través del procedimiento que regulaba el artículo 155 de la Ley General Tributaria de 1963 y el Real Decreto 1163/1990, prescribía por el transcurso del plazo establecido por dicha Ley, y se computaba, de acuerdo con el artículo 65 de la misma, desde el momento en que se realizó el ingreso, aunque con posterioridad se hubiera declarado inconstitucional la norma en virtud de la cual se realizó el ingreso tributario, sin que quepa considerar otro plazo y cómputo distinto de los aplicables al procedimiento de devolución, cuando indubitadamente éste había sido el único instado por los interesados; por último subraya el Tc que los pronunciamientos posteriores a la Sentencia impugnada que hace la Sección Primera de la referida Sala al enjuiciar otros supuestos que plantean una cuestión sustancialmente idéntica, se ajustan a la doctrina establecida en interés de la ley por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005 y, en consecuencia, coinciden con la línea abierta por la Sentencia impugnada; en definitiva, la Sentencia de 17 de febrero de 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que es la que se ofrece de contraste, se inscribe en un conjunto de resoluciones que representaron una novedad en la línea mantenida hasta ese momento por la Sala sentenciadora. La doctrina que asienta este cambio de orientación fue calificada de gravemente errónea por la STS de 18 de enero de 2005, dictada en recurso en interés de la ley, lo que determinó que la citada Sala, y de ello es ejemplo la Sentencia impugnada, la abandonase y volviese a la doctrina originaria que en estos casos consideraba prescrito el derecho a la devolución de ingresos indebidos, de suerte que estas circunstancias externas hacen patente que la diferencia de trato que la recurrente imputa a la Sentencia impugnada se funda en un cambio de criterio acogido con vocación de generalidad que abre una nueva línea jurisprudencial que es seguida por los pronunciamientos posteriores del mismo órgano jurisdiccional y, por tanto, no implica una respuesta ad personam lesiva del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). Se deniega el amparo solicitado.

II. DERECHOS Y LIBERTADES

B. Derechos y deberes de los ciudadanos

1. Sentencia 101/2009, de 27 de abril (BOE de 7 de mayo). Ponente: Conde Martín de Hijas (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 31.1

otros:

Objeto: Arts. 9 y 10.1 a), así como de la disposición transitoria, de la Ley 18/1985, de 1 de julio, que modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles

Materias: Principio de reserva de ley en materia tributaria: alcance en relación con los elementos esenciales del tributo. El concepto de prestaciones patrimoniales de carácter público.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias cuestiona en este proceso la constitucionalidad de las disposiciones citadas por entender que infringen el art 31.3 CE. A su juicio, la remisión en blanco que efectúan estas normas a los reglamentos del Gobierno y a las decisiones ministeriales para la fijación de la cuantía de las tarifas G-1, G-2 y G-3 vulnera el principio de reserva de ley tributaria trayendo en su apoyo la STC 185/1995, y en otros pronunciamientos. Comenzará el TC intentando determinar con precisión el objeto del análisis que supone la cuestión de inconstitucionalidad presentada. Subrayará el TC que los arts. 9 y 10.1, y la disposición transitoria de la Ley 18/1985, cuestionados por la Sala, regulan el sistema de fijación tanto de las “tarifas” por servicios generales y específicos como de los *cánones por concesiones y autorizaciones administrativas*; en la medida de que el TC aprecia que sólo se produce aplicación de las tarifas G-1 a G-3, contraerá su juicio sólo, en virtud de lo establecido en el art. 35.1 LOTC, a la regulación que de las citadas tarifas pueda contenerse en los preceptos cuestionados, en cuanto se refieran a los *servicios generales* (tarifas G) a los que hace referencia la Ley 1/1966, quedando excluidas las tarifas por “servicios específicos” (tarifas E); asimismo considera el TC que su juicio se debe contraer al análisis sólo del apartado a) del art. 10.1 de la citada Ley 18/1985. Tanto el art. 9 y la DT de la citada Ley 18/1985 fueron objeto de otra cuestión suscitada por la misma sala juzgadora y resuelta por el Tribunal en su Sentencia 63/2003 en la que se declaraba la inconstitucionalidad

lidad de dichas normas; de otra parte advierte el Tc que esos preceptos fueron derogados por la Ley 27/1992 y su art. 70.1 y 2 declarado inconstitucional por la STC 102/2005 (en su redacción originaria) y por la STC 121/2005 (en la redacción que le dio la Ley 62/1997, de 26 de diciembre), habiendo sido esa norma legal finalmente derogada por la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. Recordará el TC su reiterada doctrina de que en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (SSTC 111/1983, FJ 2; 125/2003, FJ 2; y 102/2005, FJ 2; a la luz de la citada jurisprudencia concluirá que el presente proceso no ha perdido su objeto, dado que los preceptos cuestionados, a pesar de los cambios normativos que se han producido con posterioridad en la materia, resultan aplicables en el proceso contencioso-administrativo en cuyo seno se ha suscitado la presente cuestión de inconstitucionalidad. El objeto central de la cuestión estriba en la consideración de que los preceptos cuestionados vulneran el principio de reserva de ley porque permiten que se cuantifiquen por Orden Ministerial lo que constituyen verdaderas *prestaciones patrimoniales de carácter público*; considera el TC que es preciso dilucidar antes de nada cuál es la naturaleza de las *tarifas* por servicios generales enjuiciadas para comprobar si, como afirma la Sala proponente de la cuestión, le es aplicable el art. 31.3 CE. Comenzará el Tc con dos precisiones previas: de un lado, que el art. 7 de la Ley 1/1966, clasifica los servicios prestados por los organismos portuarios *en generales y específicos*, incluyendo entre los primeros los relativos a la *[e]ntrada y estancia de barcos en el puerto* [apartado primero, letra A)], la *[u]tilización de atraques* [apartado segundo, letra A)], el *[e]mbarque, desembarque y transbordo de mercancías y pasajeros* [apartado tercero, letra A)], los *[s]ervicios a la pesca marítima* [apartado cuarto, letra A)] y la *[u]tilización de de la zona portuaria por vehículos industriales con medios propios de manipulación de mercancías* [apartado quinto, letra A)]; y, entre los segundos, *[l]os prestados con los elementos y maquinaria que constituyen el equipo mecánico de manipulación y transporte* [apartado primero, letra B)], *[l]os prestados en forma de utilización de superficie, edificios y locales de cualquier clase* [apartado segundo, letra B)], *[l]os suministros de productos de energía* [apartado tercero, letra B)], *[l]os prestados con los elementos, instalaciones y servicios existentes destinados a la reparación y conservación de embarcaciones* [apartado cuarto, letra B)], *[o]tros servicios prestados habitualmente por los organismos portuarios y especificados en las tarifas de cada puerto* [apartado quinto, letra B)] y *[c]ualesquiera otros servicios eventuales de su competencia no enumerados anteriormente y no comprendidos entre los servicios generales que se soliciten por los interesados* [apartado sexto, letra B)]. Una vez identificado el presu-

puesto de hecho que justifica el abono de las tarifas G-1, G-2 y G-3 reclamadas a la parte actora en el proceso *a quo* al amparo de diversas Órdenes del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo subraya el TC que, de acuerdo con su doctrina (SSTC 102/2005, FJ 5; y 121/2005, FJ 7), las *tarifas* por servicios generales reguladas por las citadas Órdenes son verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público sujetas al art. 31.3 CE, con independencia de que tanto dichas Órdenes como las Leyes 1/1966 y 18/1985 califiquen como *servicios* todos los presupuestos de hecho que determinan su devengo, lo cierto es que las tarifas G-1, G-2 y G-3 se exigen, bien efectivamente por servicios que se prestan en régimen de monopolio, bien por la utilización u ocupación de los bienes o instalaciones portuarias; como ya se señaló en la STC 102/2005, FJ 5, entre los servicios que se encuentran monopolizados por la Administración se incluyen los de *señalización marítima* -y ahora debemos añadir también los de *balizamiento*- (tarifa G-1), servicios prestados por cada autoridad portuaria mediante instalaciones fijas de ayudas destinadas “*a mejorar la seguridad de la navegación por el mar litoral español*” (art. 91.1 de la actual Ley 48/2003), que pertenecen al dominio público portuario [arts. 4.10 de la Ley 22/1988, de costas, y 93.1 e) de la actual Ley 48/2003] *e implican, además, el ejercicio de funciones públicas*; los llamados *servicios generales de policía* (tarifa G-3), que *suponen asimismo, el ejercicio de autoridad*; afirmandose que también se encuentran monopolizados *en la medida en que implican el uso del dominio público portuario, la utilización de las aguas del puerto y dársenas* (tarifa G-3); el uso de *canales de acceso, las esclusas y las obras de abrigo* (tarifa G-1); la utilización de las *zonas de fondeo* (tarifa G-1); la *utilización de las obras de atraque y elementos fijos de amarre y defensa* (tarifa G-2); la utilización de los *accesos terrestres, vías de circulación, estaciones marítimas y zonas de manipulación* (tarifa G-3); por último a la misma conclusión se llega en relación con la utilización de los *puentes móviles* (tarifa G-1), que encajarían dentro de aquellas otras ‘*instalaciones fijas de los puertos*’ que forman parte integrante del dominio público portuario estatal [arts. 14.1 de la Ley 27/1992 y 93.1 e) de la Ley 48/2003;” STC 102/2005, FJ 5]. Calificada así las diversas prestaciones de la Administración considera el Tc que los *servicios portuarios* cuya utilización dan lugar a las tarifas G-1, G-2 y G-3 implican, bien la prestación de servicios o realización de actividades en los que existe un monopolio de derecho a favor del Estado y respecto de los cuales *los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación* [STC 185/1995, FJ 3 c)], bien la utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público portuario, que al ser de titularidad del Estado generan *una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos* [STC 185/1995, FJ 4 a)]; en consecuencia, las tarifas G-1, G-2 y G-3 constituyen *prestaciones patrimoniales de ca-*

rácter público, de naturaleza tributaria y, como tales, sometidas al principio de reserva de ley que para la materia establece el art. 31.3 CE [SSTC 185/1995, FJ 4 a); 233/1999, FJ 16; y 102/2005, FJ 5]. Establecido ésto, el Tc se ve en la necesidad de aclarar que la circunstancia de que las tarifas enjuiciadas constituyan prestaciones de carácter público de naturaleza tributaria respecto de las que la ley permite que normas reglamentarias fijen su cuantía no vulnera por sí mismo el principio de reserva de ley y, por tanto, no implica por sí misma inconstitucionalidad alguna, pues la Norma Suprema únicamente resultará vulnerada en la medida en que la regulación que de las citadas tarifas contiene la Ley 18/1985 no respete las exigencias derivadas de la reserva de ley establecida en los arts. 31.3 y 133.1 CE (STC 102/2005, FJ 7; y, en el mismo sentido, SSTC 233/1999, FJ 16; y 63/2003, FJ 6). Considera el Tc que ningún obstáculo constitucional existe para que los arts. 9 y 10.1 a), y la disposición transitoria, todos ellos de la Ley 18/1985, se remitan a normas dictadas por el Gobierno, o incluso a Órdenes Ministeriales, para la fijación de la cuantía de las tarifas por servicios generales y específicos, siempre y cuando las citadas disposiciones legales establezcan los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que han de fijar el *quantum* de dichas tarifas, desterrándose así una actuación libre de éstos, no sometida a límites; reiterará el Tc su doctrina (SSTC 63/2003, FJ 7; y 102/2005, FJ 7, en relación con los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas, que ni el art. 9 ni la disposición transitoria de la Ley 18/1985 contienen, tal y como exigen los arts. 31.3 y 133.1 CE, los criterios idóneos para cuantificar las prestaciones tributarias que establecen de forma que garanticen una decisión suficientemente predeterminada; conclusión ésta que ahora extiende también el TC al art. 10.1 a) de la citada Ley 18/1985. Las normas cuestionadas, como ya se señaló en las SSTC 63/2003 y 102/2005 en relación con los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas, no establecen ningún límite máximo a la cuantía de las tarifas por servicios generales y específicos, pues no pasan de señalar que tal cuantía se fijará, actualizará y revisará con sujeción a la *política económico-financiera y de tarifas portuarias determinadas por el Gobierno* y a la *normativa general y objetivos anuales* que se establezcan por un Ministerio, de manera que se deja a la entera libertad de los citados órganos la fijación de lo que constituye sin ninguna duda uno de los elementos esenciales del recurso financiero enjuiciado: el *quantum* de la prestación; a estos efectos recordará el TC que, como ya dijo, con anterioridad, *la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley; lo que no aparece en los preceptos cuestionados, que con la referencia a la 'política económico-financiera y de tarifas portuarias determinada por el Gobierno', de una parte, y 'a la normativa general y objetivos anuales' establecidos por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, de otra, trazan un*

ámbito de cuantificación que deja un amplísimo margen de libertad a los mencionados órganos del poder ejecutivo, lo que implica una habilitación tan indeterminada que desborda los límites que para la colaboración reglamentaria derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los arts. 31.3 y 133.1 CE, siendo procedente, por tanto, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados -art. 39.1 LOTC” (STC 63/2003, FJ 7; y en sentido similar, SSTC 102/2005, FJ 7; y 121/2005, FJ 9); en atención a estas consideraciones y las decisiones antecedentes del TC, procede a declarar inconstitucionales y nulos los arts. cuestionados, no sin entrar a precisar el alcance concreto que debería atribuirse a esta declaración. Los arts. 9 y 10.1 a), así como la disposición transitoria, todos ellos de la Ley 18/1985, regulan el sistema de fijación tanto de las tarifas por sus servicios generales y específicos como de los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas. El citado art. 9 y la disposición transitoria fueron declarados inconstitucionales por la STC 63/2003, sólo en cuanto se refieren a los cánones por concesiones administrativas y no establecen, en relación con los mismos, criterios que circunscriban la decisión de los órganos administrativos que, conforme a dichos preceptos, deben fijar el quantum de la prestación (FJ 8), por idénticas razones, debe declararse la inconstitucionalidad de dichos preceptos, de la Ley 18/1985, así como la del art. 10.1 a) de la misma Ley, pero sólo en cuanto se refieren a las tarifas de los puertos por servicios generales.

2. Sentencia 115/2009, de (BOE de 20 de junio). Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 31.3, 33.

otros:

Objeto: Cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en relación con el apartado 6 del art. 108 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (LHL), por presunta vulneración de los artículos 31.1 y 33.3 de la Constitución española.

Materias:

Se aducen los arts. 31.1 y 33.3 como preceptos violados por el artículo impugnado. Con carácter previo al estudio del fondo del asunto debemos examinar el vicio de procedibilidad exteriorizándose un erróneo juicio de relevancia que incumple el deber impuesto en el art. 35.2 LOTC. Este examen es pertinente, según doctrina reiterada del TC, porque la tramitación espe-

cífica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo, pudiéndose apreciar en Sentencia, con efectos de inadmisión o de desestimación, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 59/2008, FJ 2; 96/2008, FJ 2; 139/2008, FJ 2; y 140/2008, FJ 2); comenzará el TC el juicio de esta cuestión previa recordando que el art. 35.1 LOTC exige que la norma con rango de ley de la que tenga dudas un Juez o Tribunal debe ser *aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo*; es decir, la norma cuestionada debe superar el denominado *juicio de relevancia*, que viene a ser la justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de su validez, habida cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (SSTC 17/1981, FJ 1; y 141/2008, FJ 6; AATC 42/1998, FJ 1; 21/2001, FJ 1; 25/2003, FJ 3; 206/2005, FJ 2; y 360/2006, FJ 2); reiteraré el TC su criterio de que es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes corresponde, *prima facie*, comprobar y exteriorizar la existencia del llamado juicio de relevancia -es decir, el esquema argumental del que resulte que el fallo que haya de dictarse en el proceso *a quo* depende de la validez o falta de validez de la norma cuestionada-, de modo que el TC no puede invadir ámbitos que corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que de manera notoria se advierta que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia resulta falta de consistencia, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad en los términos en que ésta es definida por el art. 163 CE (entre otras, SSTC 100/2006, FJ 2; 141/2008, FJ 4; y 81/2009, FJ 3); en definitiva, es criterio del TC que aunque es a los órganos judiciales a quienes corresponde formular el pertinente juicio de aplicabilidad a los hechos enjuiciados, sobre el que este Tribunal únicamente ejerce un *control meramente externo* (SSTC 51/2004, FJ 1; y 141/2008, FJ 4), que se concreta en que *no puede ponderar o revisar tal apreciación del propio órgano judicial sobre las normas que en cada caso estime aplicables, a salvo el supuesto ... de que el criterio que así se exponga resulte con toda evidencia errado* (SSTC 188/1988, FJ 3; y 141/2008, FJ 4), es lo cierto que existen supuestos, como el que concurre en el presente caso, en los que el TC, en el ejercicio de sus facultades de control externo del juicio de aplica-

bilidad y de relevancia formulado por los órganos judiciales al plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puede declarar su inadmisibilidad por resultar notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada; considerará el Tc que en este caso no puede dejarse de reconocer que el órgano judicial proponente de la cuestión ha exteriorizado suficientemente su juicio de aplicabilidad sobre el precepto legal cuestionado (el art. 108.6 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre), aduciendo expresamente que *para la resolución del presente recurso es necesario plantearse si este precepto, en tanto no declara exenta las plusvalías obtenidas por transmisión coactiva a través de expropiación forzosa es contrario al artículo 33 de la Constitución, ya que la respuesta positiva a la pregunta podría implicar la estimación del recurso* (FJ 1^a del Auto de planteamiento); advertirá, sin embargo, el TC que la norma cuestionada no es la que establece los supuestos de sujeción o no al pago del tributo, o los de exención como forma de neutralización de la obligación tributaria previamente nacida, sino que acoge una regla de determinación de la base imponible que nada tiene que ver con la posible sujeción -o no exención- al pago del impuesto de las transmisiones forzosas de bienes inmuebles, al señalar que el porcentaje anual fijado por el Ayuntamiento para el cálculo del incremento del valor de los terrenos transmitidos, en lugar de aplicarse sobre el valor catastral del suelo *se aplicará sobre la parte del justiprecio que corresponda al valor del terreno*; según el TC no sólo no depende la decisión del proceso *a quo* de la validez de la norma legal cuestionada por el órgano judicial, sino que ni siquiera concreta la redacción del precepto que se entiende aplicable, pues si bien el art. 108.6 de la Ley 39/1988, en su redacción originaria contenía la disposición transcrita anteriormente, posteriormente la Ley 50/1998, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadió a esa aplicación del cuadro de porcentajes *-sobre la parte del justiprecio que corresponda al valor de terreno-* la siguiente excepción: *salvo que el valor definido en el apartado 3 anterior fuese inferior, en cuyo caso prevalecerá este último sobre el justiprecio*, redacción esta última que, aunque se conservaría en la nueva modificación del precepto cuestionado operada por la Ley 51/2002, de reforma de las haciendas locales, pasaría a ser la letra d) del apartado 2 de aquel art. 108. Se apreciará asimismo que se ha transcrito una redacción del precepto que entra en vigor el 1 de enero de 1999, siendo así que en el caso de autos, la expropiación se llevó a cabo en el año 1990 (expediente núm. 56-1990), fijándose el justiprecio mediante acta de convenio suscrita el día 21 de septiembre de 1990 y girándose la liquidación con fecha de 12 de septiembre de 1997. Considerará el TC que si el devengo del tributo se produce “[c]uando se transmita la propiedad del terreno” [art. 110.1 a) LHL, en su redacción originaria] y la transmisión forzosa del terreno se produjo en el ejercicio 1990, difícilmente puede ser relevante para

el proceso judicial, no ya la constitucionalidad de un precepto -el art. 108.6 LHL- que de ninguna manera condiciona la decisión a adoptar -en tanto que contiene una regla de cálculo de la base imponible-, sino la constitucionalidad de una redacción que en modo alguno es aplicable al proceso *a quo*; es criterio del Tc que resulta *notorio que no existe el nexo causal entre la validez de la norma legal cuestionada y la decisión a adoptar en el proceso a quo* (SSTC 100/2006, FJ 2; y 59/2008, FJ 3), razón por la cual, debe ser inadmitida en este momento procesal la presente cuestión de inconstitucionalidad, por no superar el juicio de relevancia (art. 35.1 LOTC). Se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad.

III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS

1. Sentencia 90/2009, de 20 de abril (BOE de 14 de abril). Ponente: Jiménez Sánchez (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 9.3; 31.1.

otros:

Objeto: Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de Primera Instancia núm. 1 de Elche en relación con la disposición transitoria decimotercera de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, por presunta vulneración de los artículos 9.3 y 31.1 de la Constitución Española.

Materias: Seguridad jurídica; retroactividad, interdicción de la arbitrariedad.

El Juez que plantea la cuestión de inconstitucionalidad considera que la disposición transitoria decimotercera de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, infringe los arts. 9.3 y 31.1, ambos de la CE. Comenzará su argumentación el TC señalando que bajo la vigencia de la Ley 8/1987, de planes y fondos de pensiones, las aportaciones a los planes de pensiones se destinaban a cubrir tres tipos de contingencias, jubilación o situación asimilable, invalidez laboral total o absoluta y muerte del partícipe o beneficiario (arts. 1.1 y 8.6), correspondiendo la titularidad de los recursos patrimoniales afectos al plan a los partícipes o beneficiarios (art. 8.4), pudiendo ser las prestaciones correspondientes a éstos percibidas en forma de capital, en forma de renta (temporal o vitalicia) o en forma de capital-renta (art. 8.5), y haciéndose efectivos los derechos

consolidados de los partícipes “a los exclusivos efectos de su integración en otro Plan de Pensiones o, en su caso, cuando se produzca el hecho que da lugar a la prestación” (art. 8.8); tras la modificación operada por la disposición adicional undécima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de seguros privados, se añadió a las contingencias cubiertas la gran invalidez (art. 8.5) y se precisó que los derechos consolidados sólo se harían efectivos “a los exclusivos efectos de su integración en otro Plan de Pensiones” (art. 8.8); como consecuencia de las modificaciones introducidas por el art. 119 de la Ley 66/1997 se permitió hacer efectivos los derechos consolidados también “en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración” (art. 8.8); el art. 32 de la Ley 24/2001 volvió a modificar aquel precepto, esta vez para limitar la posibilidad de que los partícipes hiciesen efectivos sus derechos consolidados únicamente a los supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave (art. 8.8), sin perjuicio de la posibilidad de recuperación de los excesos de aportación sobre los límites legalmente previstos (art. 6.3 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero); finalmente tras la aprobación del texto refundido de la Ley de planes y fondos de pensiones por el Real Decreto Legislativo 1/2002 la disposición adicional quinta de la Ley 35/2006, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, dio nueva redacción al apartado 6 del art. 8 del citado texto refundido, esta vez para añadir a las contingencias cubiertas la *dependencia severa o gran dependencia del partícipe*. Precisaré el TC que al momento de la sustanciación del proceso *a quo*, si las aportaciones efectuadas por los partícipes (y por los promotores) a los planes de pensiones reducían hasta unos determinados límites la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas, las prestaciones derivadas de los planes de pensiones se calificaban por la normativa reguladora del IRPF como rendimientos del trabajo personal sujetos y no exentos, que si se percibían en forma de renta (percepción de pago periódico) se computaban por su importe íntegro, sin reducción de ningún tipo, en la parte general de la base imponible, y si se percibían en forma de capital (percepción de pago único), siempre que hubiesen transcurrido más de dos años desde la primera aportación, se integraban igualmente en la parte general de la base imponible, pero con una reducción, primero, del 30 por 100, al calificarlos la normativa como rendimientos irregulares, y, luego, del 40 por 100; no olvidará el TC precisar que, desde el 1 de enero de 2007, cualquiera que sea la forma en la que se materialicen aquellas prestaciones (en forma de renta, en forma de capital o en forma mixta), se computan en la parte general de la base imponible sin reducción de ningún tipo (art. 18.2 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas), sin perjuicio de aplicar la reducción citada por la parte de la prestación correspondiente a las aportaciones realizadas hasta el día 31 de diciembre de 2006 (disposición

transitoria duodécima de la Ley 35/2006). Recordará el TC que las entidades gestoras vinieron admitiendo la posibilidad de continuar realizando aportaciones a los planes de pensiones, no ya a personas que habiendo alcanzado la edad de jubilación aún no se habían jubilado, sino a personas que ya se encontraban en situación de jubilación (correspondiente a su cese en la actividad laboral), aportaciones que sólo podrían destinarse a la cobertura del único riesgo o contingencia posible (el fallecimiento) y que, sin embargo, se admitían para la cobertura de una contingencia ya realizada (la jubilación); ante esta situación, la disposición transitoria decimotercera de la Ley 40/1998 del IRPF se vio en la necesidad de precisar que los *partícipes de planes de pensiones que, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, hubieran seguido haciendo aportaciones a los mismos con posterioridad al cese de su actividad laboral, podrán optar entre: Mantener los derechos consolidados correspondientes a dichas aportaciones para cubrir la contingencia de fallecimiento [o recuperarlos] en forma de capital, dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, tributando como rendimientos del trabajo en la forma establecida en la sección 1ª del capítulo I de esta Ley, y, en concreto, aplicando la reducción prevista en el art. 17.2.b) de la misma; derecho de opción ejercitable a lo largo del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley, que tuvo lugar el día 1 de enero de 1999; a los efectos de la resolución de la cuestión, recordará, asimismo el TC que una modificación en el Reglamento de planes y fondos de pensiones, estableció que Las personas jubiladas sólo podrán realizar aportaciones a los planes de pensiones para la contingencia de fallecimiento. - No obstante, el jubilado que reanude la actividad laboral o profesional con expectativas de un segundo acceso o retorno a la jubilación, causando alta en el régimen de Seguridad Social correspondiente, podrá realizar aportaciones a planes de pensiones para la posterior jubilación prevista. - Si a consecuencia de su jubilación anterior, el interesado fuere beneficiario de un Plan de Pensiones por dicha contingencia, y estuviere pendiente de cobro o en curso de pago su prestación, podrá reiniciar sus aportaciones para jubilación una vez que hubiere percibido aquella íntegramente o suspenda su percepción y asigne expresamente los derechos económicos remanentes a la posterior jubilación prevista. Y su disposición transitoria única, bajo la rúbrica Adaptación de los planes de pensiones existentes a lo establecido en este Real Decreto, añadió que: 1. Los planes de pensiones formalizados antes de la entrada en vigor de este Real Decreto, que no se ajusten a lo previsto en el mismo, deberán adaptar sus especificaciones y funcionamiento a lo establecido en él, dentro del plazo de doce meses a contar desde dicha entrada en vigor, sin perjuicio de lo previsto en los apartados siguientes. - 2. Los planes de pensiones del sistema de empleo formalizados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta norma, que estuviesen basados en sistemas financieros y actuariales de capitalización colectiva, dispondrán de un plazo no superior a diez años a partir de dicha fecha para adaptar su funcionamiento a los sistemas de capitalización individual. - Transitoriamente y en tanto no se ultime dicha adaptación en el plazo indicado, la imputación fiscal soportada por el*

partícipe podrá diferir de su imputación financiera y la cuantificación de su derecho consolidado coincidirá con la que resultaría de la aplicación inicial de un sistema de capitalización individual, independientemente de las aportaciones realizadas por cada partícipe del sistema de capitalización colectiva, y teniendo en cuenta el factor de proporcionalidad entre las reservas generadas y las que resultarían en capitalización individual, que no podrá ser inferior al 80 por 100 de estas últimas, garantizando en todo caso la cobertura total de las prestaciones causadas. - Durante el período transitorio de adaptación, la revisión actuarial de los planes de pensiones acogidos a esta disposición se realizará anualmente. - 3. Para la adaptación a la disposición adicional de este Real Decreto, el plazo será de diez años, sin perjuicio de las revisiones actuariales que deban efectuarse durante dicho plazo”. Tras este resumen de los diversos regímenes de los planes y fondos de pensiones, recordará el TC que en su STC 206/1997 ya había establecido que los planes de pensiones consisten en un acuerdo contractual de estructura compleja, con la finalidad de garantizar, como causa misma del consentimiento de voluntades, la percepción por los beneficiarios de una serie de prestaciones económicas cuando se produzcan los acaecimientos previstos para su percepción (FJ 4). Extraerá si el TC las siguientes conclusiones: En primer lugar, las únicas contingencias (riesgos) cubiertas por un plan de pensiones de tipo individual (como contrato de previsión o de aseguramiento atípico -STC 206/1997, FJ 6) son la jubilación, la incapacidad laboral (total, permanente o gran invalidez), la muerte del partícipe o beneficiario (viudedad u orfandad) y la dependencia severa o gran dependencia del partícipe. En segundo lugar, la participación en un plan de pensiones individual depende de la voluntad del partícipe, quien a su libre arbitrio acepta las condiciones que este contrato privado de previsión supone y, entre ellas, la congelación (pérdida del poder de disposición) de las aportaciones que efectúe hasta el momento en que se produzca la contingencia cubierta (en la actualidad, jubilación, invalidez, fallecimiento y dependencia) o la situación que le habilita a rescatar sus aportaciones, esto es, a hacer efectivos sus derechos consolidados (desempleo de larga duración o enfermedad grave). En tercer lugar, no hay que confundir los derechos consolidados de que son titulares los partícipes de un plan de pensiones con las prestaciones derivadas de la producción de la contingencia (riesgo) cubierta. En cuarto lugar, las prestaciones derivadas de los planes de pensiones cuando se produzca el hecho causante (contingencia cubierta) pueden serlo en forma de capital (percepción de pago único), de renta (vitalicia o temporal) o mixta (renta de cualquier tipo con un único cobro en forma de capital). En quinto lugar, los derechos consolidados, como derechos de contenido económico derivados de las aportaciones directas (de los partícipes) o imputadas (efectuados por los promotores), aunque son de la titularidad de los partícipes no pueden hacerse efectivos (no son rescatables) salvo en los supuestos previstos expresamente por la norma legal: el de-

semples de larga duración o la enfermedad grave; por último, excepcionalmente durante el ejercicio 1999, y como consecuencia de la práctica consistente en admitir las aportaciones a planes de pensiones de personas en situación de cese en su actividad laboral para cubrir la contingencia (ya producida) de una jubilación, se dio la opción a quienes se encontraban en tal situación de rescatar las aportaciones efectuadas o mantenerlas para cubrir la única contingencia o riesgo posible: el fallecimiento. Tras este resumen del estado de la cuestión en torno a los planes considera el TC necesario precisar que la disposición transitoria objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad acoge dos previsiones normativas radicalmente diferentes: de un lado, establece un derecho de opción para los partícipes jubilados durante el plazo de un año; de otro, regula las consecuencias tributarias del ejercicio del anterior derecho de opción. Pues bien, lo que está en juego en el proceso a quo no es el tratamiento fiscal de las aportaciones a un plan de pensiones, ni tampoco el de las prestaciones que de él puedan obtenerse, ni tan siquiera el de un eventual rescate de los derechos económicos consolidados; el tema que en él se plantea es la posibilidad de rescatar esos derechos consolidados fuera del plazo previsto por la disposición transitoria cuestionada. Considera el TC que puede afirmar que la previsión normativa relevante para adoptar una decisión en el proceso judicial del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad es una norma de Derecho privado reguladora de un aspecto relativo a las relaciones jurídicas entre las partes de un contrato de previsión, y no una disposición de Derecho público dirigida a hacer efectivo el deber de contribuir a los gastos públicos de conformidad con un sistema tributario justo (art. 31.1 CE). El TC considera que no cabe desconocer que la pretensión planteada por la recurrente en el proceso a quo es el reembolso o rescate de los derechos consolidados del Plan de Pensiones, para lo cual demanda que se condene a determinadas entidades mercantiles a abonar ... la cantidad de dos millones novecientos setenta y nueve mil novecientos cuarenta y tres (2.979.943 ptas.), más sus intereses legales. En consecuencia, si lo pretendido en el proceso a quo es el ejercicio de un derecho de rescate sobre los derechos consolidados en un plan de pensiones y lo cuestionado por el órgano judicial es la norma legal que impide ese eventual rescate, resulta obligado rechazar la naturaleza tributaria de la disposición impugnada y, en su consecuencia, la pretendida aplicación de los principios que para el sistema tributario prevé el art. 31.1 CE y, concretamente, la vulneración denunciada de los principios de capacidad económica, igualdad tributaria o no confiscatoriedad. Comenzará el TC analizado la duda de constitucionalidad que propone el órgano judicial al indicar que la disposición transitoria cuestionada puede vulnerar el art. 9.3 CE, en la medida en que es una norma que establece una regularización fiscal de efectos retro-

activos que colisiona con el principio de seguridad jurídica, fundamentalmente por ser de difícil conocimiento para los ciudadanos sin el concurso de las entidades gestoras. Para el TC esta argumentación no es atendible; se niega que exista previsión retroactiva alguna que contraríe el principio de seguridad jurídica consagrado constitucionalmente en el art. 9.3 CE; recordará el TC que con relación al principio de seguridad ha mantenido dicho insistentemente que viene a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (SSTC 27/1981, FJ 10; 71/1982, FJ 4; 126/1987, FJ 7; 227/1988, FJ 10; 65/1990, FJ 6; 150/1990, FJ 8; 173/1996, FJ 3; y 225/1998, FJ 2). Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre la normativa jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, FJ 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, FJ 4). En suma, sólo si, en el Ordenamiento jurídico en el que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma contenida en dicho texto infringiría el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, FJ 8; 142/1993, FJ 4; y 212/1996, FJ 15); para el TC resulta evidente que la norma cuestionada no genera confusión o duda alguna acerca de la conducta exigible para su cumplimiento. Recordará, además, el TC que es doctrina reiterada de este Tribunal la de que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, en el sentido que ha dado a esta expresión (SSTC 27/1981, FJ 10; 6/1983, FJ 2; 150/1990, FJ 8; 173/1996, FJ 3), a saber, que la *restricción de derechos individuales* ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, FJ 3); sin olvidar que es también doctrina consolidada del TC la de que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen (STC 126/1987, FJ 11), aun cuando protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos

que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (SSTC 150/1990, FJ 8; y 182/1997, FJ 11); sobre estas bases argumentativas considera el TC que en el presente supuesto tampoco existe quiebra alguna de la confianza de los ciudadanos, pues no sólo nos encontramos ante una disposición normativa que concreta un determinado régimen jurídico *pro futuro* y en modo alguno de forma retroactiva, permitiéndose, además, permite a los ciudadanos adaptar su conducta a la *nueva* previsión durante un plazo sobradamente razonable, por lo dilatado en el tiempo en el que pueden reaccionar al efecto; dada la publicidad de que disfruta la norma que recoge el régimen cuestionado, tampoco apreciará el TC que vulnere las exigencias del art. 9.3 CE. El principio de publicidad, como elemento inherente al principio de seguridad jurídica (por todas, SSTC 104/2000, FJ 7; y 235/2000, FJ 8), constituye una garantía básica del Ordenamiento jurídico que implica la necesidad de que las normas sean dadas a conocer públicamente mediante su inclusión en los boletines oficiales correspondientes antes de que pueda exigirse su cumplimiento general; garantía que *aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 CE, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento* (SSTC 179/1989, FJ 3; y 3/2003, FJ 10), por ello considera el TC que la norma, desde esta perspectiva tampoco adolece de vicio de inconstitucionalidad, al haberse cumplido con los requisitos de publicidad exigibles; no obstante recordar el TC el deber de información trimestral que se contrae con los partícipes del plan. El proponente en atención a su incumplimiento considera la norma arbitraria. El TC comienza recordando que el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse por el Tribunal de forma que no se impongan constricciones indebidas al Poder Legislativo y se respeten sus legítimas opciones políticas; es doctrina consolidada que, su análisis ha de centrarse en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (SSTC 239/1992, FJ 5; 233/1999, FJ 11; 104/2000, FJ 8; 120/2000, FJ 3;

96/2002, FJ 6; 242/2004, FJ 7; 47/2005, FJ 7; y 13/2007, FJ 4), sentada esta doctrina el TC no aprecia que la norma cuestionada establezca discriminación de ningún tipo, así como que la disposición cuestionada *care[zca] de toda explicación racional*; recordara el TC que cuando lo que está en juego es la depuración del Ordenamiento jurídico se impone al órgano judicial la carga, no sólo de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también de colaborar con la justicia constitucional mediante un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan, y en los casos en que esta carga no se satisface puede hablarse de la falta de observancia de la diligencia procesalmente exigible (SSTC 11/1981, FJ 3; 36/1994, FJ 1; 43/1996, FJ 3; 118/1996, FJ 2; 61/1997, FJ 13; 118/1998, FJ 4; 233/1999, FJ 2; 104/2000, FJ 5; 96/2002, FJ 4; 16/2003, FJ 9; y 245/2004, FJ 3); quien alega la arbitrariedad de la ley debe razonarlo en detalle, conforme a sus criterios, y ofrecer una justificación en principio convincente de su imputación (SSTC 99/1987, FJ 4; 227/1988, FJ 7; 239/1992, FJ 5; 233/1999, FJ 11; 73/2000, FJ 4; 120/2000, FJ 3; y 13/2007, FJ 4); el TC considera que en este caso el órgano judicial se limita a calificar la norma como arbitraria, sin desarrollar una línea argumental que fundamente esta opinión. Considera ahora el Tc su reiterada doctrina de que en la búsqueda de las razones que puedan abonar la legitimidad constitucional de las disposiciones legales adoptadas resulta necesario acudir tanto a la propia exposición de motivos de la norma impugnada como a su tramitación parlamentaria, a efectos de concretar la verdadera voluntad del legislador, los preámbulos y los debates parlamentarios *constituyen un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas* (SSTC 15/2000, FJ 7; y 193/2004, FJ 6; y también STC 68/2007, FJ 6) y aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las Leyes carecen de valor normativo (SSTC 36/1981, FJ 7; 150/1990, FJ 2; 173/1998, FJ 4; 116/1999, FJ 2; y 222/2006, FJ 8), sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador (SSTC 36/1981, , FJ 7; y 222/2006, FJ 8), sirven, en definitiva, para efectuar una interpretación finalista (STC 83/2005, FJ 3.a); en la misma línea considera el TC que los debates parlamentarios son un elemento importante de interpretación *para desentrañar el alcance y sentido de las normas* (SSTC 108/1986, FJ 13; 109/1998, FJ 2; y 15/2000, FJ 7), encontrará el Tc esa racionalidad en la justificación de la enmienda que introdujo en su texto la norma ahora cuestionada: “*Algunos partícipes de planes de pensiones que han cesado totalmente de trabajar, bien por haberse jubilado, bien por haber sido declarados en situación de invalidez y no realizar otro trabajo, han seguido realizando aportaciones en la creencia de que la normativa vigente no impedía tal actuación. - Una vez aclarada esta cuestión, en el sentido de que no cabe efectuar aportaciones a planes de*

pensiones para cubrir contingencias que ya se hayan producido, esta norma transitoria pretende dar una salida a aquellos partícipes que en el pasado actuaron de manera distinta, permitiendo que recuperen las cantidades que en su día aportaron con la finalidad de cubrir contingencias ya acaecidas con anterioridad” [BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie II: Proyectos de Ley, 19 de octubre de 1998, núm. 100 (d), enmienda núm. 288 (Grupo Parlamentario Popular en el Senado), pág. 161]; concluirá el TC que existe, por consiguiente, una explicación racional que justifica sobradamente la norma cuestionada, en cuanto se manifiesta particularmente adecuada a la legítima finalidad tanto de evitar el uso de los planes de pensiones para fines distintos de los que estaban previstos como de permitir la recuperación, durante el periodo temporal dado, de los derechos consolidados en los planes de pensiones a quienes no opten por mantenerlos para cubrir la contingencia de fallecimiento. En atención a estos argumentos el TC desestima la cuestión planteada.

2. Sentencia 116/2009, de 18 de mayo (BOE de 20 de junio). Ponente: Pérez Tremps (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 9.3, 24.1, 106.1, 117.3, 118

otros:

Objeto: DA 34^a. apartado 1º de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Materias: Seguridad jurídica. Retroactividad auténtica.

El objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad es determinar la disposición cuestionada al disponer que se practiquen las liquidaciones de determinadas tarifas por la prestación de servicios portuarios que habían sido previamente anuladas por resoluciones judiciales firmes, vulnera tanto el art. 9.3 CE, como el art. 117.3, en relación con los arts. 106.1, 118 y 24.1 CE. El primero, por dotar de vigencia una regulación que ya existía al tiempo de producirse el hecho imponible y que había sido declarada nula por resolución judicial. El segundo, por quebrar el principio de reserva jurisdiccional y de cosa juzgada, al dejar sin efecto las consecuencias materiales de la actividad administrativa, neutralizando el control de la legalidad de la actuación administrativa y cuestionando la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva de aquellos litigantes que promovieron en su día los procedimientos sentenciados en firme. El TC estima que si bien el proponente de la cuestión no argumenta una eventual vulneración del art. 9.3 CE, desde

la perspectiva de la prohibición de retroactividad de las leyes restrictivas de derechos, sin embargo, mantiene el cuestionamiento con fundamento en el art. 9.3 CE desde la concreta perspectiva del principio de seguridad jurídica; en consecuencia, también debe ser objeto de pronunciamiento por parte del TC la eventual contradicción de la norma cuestionada con el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 CE. Considera el TC que es preciso destacar que si bien esta disposición adicional recibió una nueva redacción por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, ello no es óbice para continuar con su enjuiciamiento al resultar aplicable en el proceso judicial en cuyo seno se ha suscitado la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 81/2009, FJ 2). Destacará el TC por lo que se refiere a la génesis del precepto legal cuestionado, que el art. 9 de la Ley 1/1966, en la redacción dada por la Ley 18/1985, de 1 de julio, estableció que la cuantía de las tarifas por servicios portuarios se actualizarían anualmente por el Ministerio de Obras Públicas, fijando sus límites máximos y mínimos, lo que se fue verificando anualmente por Orden Ministerial. La Ley 27/1992 derogó la anterior normativa, pero siguió manteniendo en los apartados 1 y 2 de su art. 70 que estas tarifas tendrían el carácter de precios privados y que correspondía al Ministro de Obras Públicas y Transporte fijar sus límites mínimos y máximos. Este art. 70 recibió una nueva redacción por la Ley 62/1997, insistiendo en la concepción de las tarifas portuarias como precios privados y en la competencia del Ministerio de Fomento para definir la estructura tarifaria; finalmente, sería la Ley 48/2003 la que derogó este régimen tarifario, estableciendo uno nuevo en el que se distingue entre contraprestaciones monopolizadas, ligadas al ejercicio de funciones públicas, y las que se prestan en concurrencia con el sector privado, de modo que las primeras quedan sujetas a tasas portuarias y las segundas a precios privados. Recordará el TC que en este contexto normativo la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó diversas Sentencias el 2 de febrero de 1996, seguidas por otras numerosas resoluciones de éste y otros órganos jurisdiccionales, en que, aplicando la doctrina establecida por la STC 185/1995, de 14 de diciembre, consideró que las tarifas portuarias eran prestaciones patrimoniales de carácter público sometidas a la reserva de ley del art. 31.3 CE, por lo que las liquidaciones practicadas al amparo de una cuantificación de esta tasa hecha por Orden Ministerial eran nulas; tras numerosas anulaciones judiciales de liquidaciones de tarifas por servicios portuarios, la Ley 55/1999, incluyó la disposición adicional trigésimo cuarta, titulada *nueva liquidación de tarifas portuarias anuladas*, cuyo apartado primero, ahora objeto de cuestionamiento, incluye un primer párrafo en que se establece que *[e]n los supuestos en que, por sentencias judiciales firmes, se declare la nulidad de liquidaciones de tarifas por servicios portuarios efectivamente presta-*

dos a los usuarios por las antiguas Juntas de Puertos, Puertos Autónomos y Comisión Administrativa de Grupos de Puertos con arreglo a la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio, como consecuencia de la declaración de nulidad de las disposiciones que establecieron sus cuantías, las Autoridades Portuarias practicarán nuevas liquidaciones previa audiencia de los interesados y sin perjuicio de la ejecución de las sentencias en sus propios términos, desarrollando en el resto de párrafos, de manera profusa, todos los elementos de estas tarifas; al tiempo, en esta disposición adicional se incluía un apartado segundo, que no es objeto de este procedimiento, en que se establecía el régimen aplicable a las liquidaciones anuladas judicialmente, practicadas bajo la vigencia de la Ley 27/1992. Fijado así el contexto normativo y jurisprudencial de la cuestión suscitada, el TC entrará en el fondo del asunto en relación con la posible afectación del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) en supuestos de eficacia retroactiva de normas legales que imponen a los ciudadanos la obligación de contribuir al sostenimiento de gastos públicos o de efectuar prestaciones patrimoniales de carácter público (art. 31.3 CE), que si bien no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva, ello no implica que esas normas con efectos retroactivos sean legítimas constitucionalmente en todo caso, pues pueden entrar en juego otros principios constitucionales, como son el de seguridad jurídica o el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que pueden resultar contrariados por la retroactividad de esas normas legales; por lo que se refiere al principio de seguridad jurídica, ha destacado el TC que dicho principio protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE, lo que, en cualquier caso, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal; el TC viene afirmando que el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad, resultando relevante la distinción entre las disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas; en el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio, mientras que en el segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilici-

tud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso (por todas, entre las primeras, STC 126/1987 FFJJ 9 a 11, y, entre las más recientes, STC 89/2009, FJ 3); haciendo aplicación de lo expuesto, el TC cree deber concluir que la norma cuestionada ha vulnerado el art. 9.3 CE, toda vez que establece la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, dotándola de una retroactividad auténtica, sin que concurren exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes. El TC siempre ha mantenido que las tarifas portuarias deben ser consideradas como prestaciones patrimoniales de carácter público, en el sentido del art. 31.3 CE; así lo ha establecido STC 63/2003 al declarar inconstitucional el ya citado art. 9 de la Ley 1/1966 (FJ 5), y lo ha reiterado posteriormente en las SSTC 102/2005 y 121/2005 al declarar inconstitucionales, el también citado art. 70, apartados 1 y 2 de la Ley 27/1992, en su redacción originaria (FFJJ 5 y 6) y en la modificada por la Ley 62/1997 (FJ 7), respectivamente; puede, por tanto, considerarse es indubitado que a la norma cuestionada le resulta de aplicación la doctrina ya señalada sobre la incidencia en el art. 9.3 CE de los supuestos de eficacia retroactiva de normas legales sobre prestaciones patrimoniales de carácter público. Asimismo considera el TC que cabe concluir que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona configura un supuesto de lo que se denomina retroactividad auténtica, toda vez que, tomando como presupuesto y excusa la anulación judicial de las liquidaciones practicadas por haberse declarado nulas las disposiciones que establecieron sus cuantías, habilita la práctica de nuevas liquidaciones, estableciendo la cuantificación de las tarifas a aplicar en relación con supuestos de hecho que no sólo habían sido ya realizados en su integridad y estaban plenamente agotados al amparo de una legislación anterior, sino que incluso habían sido ya objeto de liquidación conforme a esa legislación y sometida dicha liquidación a control de legalidad por los órganos judiciales competentes, lo que implica una actuación legislativa que no era razonablemente previsible para los agentes destinatarios de la norma, dañando la confianza con la que desarrolló su actividad económica; habida cuenta del alcance retroactivo que contiene la norma cuestionada, su legitimidad constitucional sólo podría ser apreciada si existen exigencias cualificadas del bien común que puedan resultar prevalentes; niega el TC que en este caso quepa apreciar la concurrencia de especiales circunstancias de interés general que resulten prevalentes a las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. Insistirá el TC en la idea de que

al tener estas tarifas el carácter de prestaciones patrimoniales de carácter público, sólo cabría hablar propiamente de una obligación de pago y, por tanto, de la existencia de un eventual enriquecimiento injusto que quepa remediar, en el caso de que hubiera existido una regulación normativa en el momento de verificarse el servicio que así lo dispusiera, lo que, precisamente, no sucede en este caso, en que la declaración de nulidad radical de esta normativa, por contravenir el principio de reserva de ley del art. 31.3 CE, era la que había propiciado la nulidad de las diversas liquidaciones practicadas a su amparo; de lo que inferirá el TC que no puede fundamentarse un hipotético interés general en una obligación de pago que era la que había sido negada por resoluciones judiciales firmes; considerando, además, en el marco de la norma cuestionada tampoco este hipotético interés podría considerarse prevalente a la eficacia la función constitucional de control de la legalidad administrativa que tienen atribuidos los órganos judiciales; sin considerar la necesidad de entrar a analizar la eventual infracción del resto de preceptos constitucionales invocados en el Auto de planteamiento, concluye el TC que la norma cuestionada es contraria a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), lo que conduce a que se declare su inconstitucionalidad y nulidad. El TC estima la cuestión planteada.

Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

SUMARIO: I. ACTO ADMINISTRATIVO. II. ADMINISTRACIÓN LOCAL. III. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. IV. BIENES PÚBLICOS. V. COMUNIDADES AUTÓNOMAS. VI. CONTRATOS. VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. VIII. CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO. IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO. X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES. XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA. XIII. FUENTES. XIV. HACIENDA PÚBLICA. XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. XVI. MEDIO AMBIENTE. XVII. ORGANIZACIÓN. XVIII. PERSONAL. XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. XX. RESPONSABILIDAD. XXI. SALUD Y SERVICIOS SOCIALES. XXII. URBANISMO Y VIVIENDA.

Tribunal Supremo (*)

IV. BIENES PÚBLICOS

TERRENOS GANADOS AL MAR

Las concesiones para la desecación de marismas, aunque hubiesen sido otorgadas a perpetuidad, no desafectan el demanio ni lo transforman en propiedad privada.

«En realidad, como la propia parte recurrente viene a reconocer (aunque críticamente), las cuestiones que se suscitan en estos motivos de casación han sido ya examinadas y resueltas en numerosas sentencias de esta Tercera del Tribunal Supremo, dictadas en casos semejantes a este que ahora nos ocupa en los que la razón jurídica de la decisión era sustancialmente la misma. La doctrina sentada en estas sentencias resulta plenamente extensible al caso que ahora nos ocupa, sin que las razones dadas por la parte recurrente en casación justifiquen su reconsideración.

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

Sobre la posible transmutación demanial de terrenos ganados al mar y los desecados en su ribera amparados por título de concesión, hemos declarado con reiteración que la desecación no es causa suficiente para provocar la transmutación demanial, pues además de seguir perteneciendo los terrenos desecados al dominio público marítimo terrestre por disponerlo así el artículo 4.2 de la actual Ley de Costas, que declara la pertenencia al dominio público marítimo terrestre de «los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras, y los desecados en su ribera», en las sentencias de 17 de enero de 2004, 3 de marzo de 2004, 5 de diciembre de 2007 y 30 de septiembre de 2008, entre otras, hemos recordado que las concesiones para desecación de marismas, aunque hubieran sido otorgadas «a perpetuidad», no conllevaban necesariamente, por tal razón (esto es, por ser otorgadas a perpetuidad), la desafectación al demanio y su transformación en propiedad privada, toda vez que dichas concesiones tenían su apoyo en una normativa muy variada, debiendo estar a las condiciones concretas del título concesional, otorgado a perpetuidad con anterioridad a la Ley de Costas 22/1988, para sanear y desecar marismas, a fin de discernir si se excluye expresa o implícitamente su desafectación o si su objeto no se limita a la desecación y saneamiento sino que contiene otra finalidad específica justificativa de la pervivencia de la concesión una vez efectuados los trabajos de desecación.

El examen del condicionado específico del título concesional aquí concernido, Reales Ordenes de 17 de marzo y 17 de julio de 1908, (la segunda elevando a definitiva la concesión provisional otorgada en la primera) pone de manifiesto que el objeto de la concesión no se reduce al saneamiento de la marisma, sino que configura como elemento esencial de su otorgamiento que el terreno desecado se destine al cultivo agrícola. Así se recoge en la condición 8ª, donde se indica que la finalidad de la concesión del saneamiento de la marisma tiene por fin el siguiente: «la concesión de la marisma se otorga con la condición de que esta habrá de dedicarse al cultivo tan pronto como queden terminadas las obras de saneamiento; quedando obligado el concesionario a hacer en ella los trabajos y labores necesarios para que la cuarta parte de los terrenos saneados queden cultivados o convertidos en prado en cada año, de modo que al cabo de cuatro años se haga en la superficie total la explotación agrícola para que ha sido concedida»; y en la condición 6ª, que obliga al concesionario a «conservar las obras en buen estado, de modo que satisfagan siempre cumplidamente el objeto para el que han sido construidas», así como en la condición 11ª, que sanciona con la caducidad de la concesión el incumplimiento por el concesionario de cualquiera de las condiciones; habiendo ya resuelto esta Sala tercera que en este tipo de concesiones, aunque el título no excluya expresamente la transformación del dominio público en privado ni el fin exija la persistencia de la naturaleza demanial, la relación concesional per-

vive, por lo que no se ha producido la transmutación demanial a la que los recurrentes se refieren reiteradamente.

En este sentido nos hemos pronunciado en SSTTS de 3 de junio de 2003 y 2 de julio de 2003, en cuyo fundamento de derecho sexto indicamos:

«La concesión de que tratamos, de fecha 10 de Abril de 1954, tenía por objeto «el cierre y saneamiento, con destino a fines agrícolas y ganaderos» de la marisma de Pedrosa (cláusula 1^a). Después de recibidas las obras el concesionario tenía la obligación de tener en explotación la marisma solicitada (cláusula 4^a). El concesionario tendrá la obligación de conservar (las obras) en constante buen estado, y no podía destinar las mismas ni el terreno a que se refiere la concesión a usos distintos del que en las condiciones se determina (cláusula 9^a). La concesión se otorgaba a perpetuidad (cláusula 11^a). La falta de cumplimiento por parte del concesionario de cualquiera de estas condiciones sería causa de caducidad de la concesión (cláusula 14^a). De estas cláusulas (y del hecho de que ninguna de ellas se refiera a una supuesta transferencia de propiedad) deducimos llanamente que esta concesión es de las que antes enumeramos en el apartado 3^o-c) del fundamento anterior: concesión hecha a perpetuidad pero imponiendo un destino específico a la marisma desecada, a saber, fines agrícolas y ganaderos, y cuyo incumplimiento provoca la caducidad de la concesión. Concesión, por lo tanto, que no suponía transferencia de propiedad. [...].

Y no está de más recordar lo indicado en la sentencia de 11 (sic) de febrero de 2009 en el sentido de que «tampoco es acertada la invocación del artículo 4.2 de la Ley, referido a los terrenos ganados al mar, ni la del número 2 de su Disposición transitoria segunda, para sostener, en suma, que los terrenos deslindados quedaron de propiedad particular de quien los gana y de sus causahabientes. Ante todo, porque en ese número 2 de esa Disposición transitoria, al igual que antes en el artículo 5.3 de la Ley de Costas de 1969 se excluye a las playas y a la zona marítimo-terrestre de la situación jurídica de propiedad privada que se pregona para los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad, pues para aquéllas, esto es, para las playas y para la zona marítimo-terrestre, lo que se dispone es que continuarán siendo de dominio público en todo caso». (FJ 6^o)

En fin, resaltemos que de la interpretación conjunta de las condiciones de la concesión de referencia, en especial de la 6^a y 8^a transcritas, se desprende la prohibición del cambio de destino, so pena de incurrir en causa de caducidad, como prevé la condición 11^a».

(STS de 29 de junio, de 2009. Sala 3^a, Secc. 5^a. F.D. 6^o. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar- 5798).

VI. CONTRATOS

INTERESES DE DEMORA

El dies a quo del plazo de prescripción para la reclamación de intereses de demora, comienza a los 9 meses de la liquidación provisional y no de la recepción provisional.

«Los datos relevantes con los que describe la Sala de instancia el supuesto que enjuicia son los siguientes: 1) La mercantil actora fue la adjudicataria de un contrato de obra suscrito el 18 de septiembre de 1995. 2) Las obras fueron ejecutadas y se produjo la recepción provisional de las mismas el día 20 de mayo de 1998. 3) La liquidación provisional se aprobó el 24 de septiembre de 2004, arrojando un saldo a favor de aquella de 1.574.496,64 euros, Que le fue abonado el 21 de octubre siguiente. Y 4) El 14 de enero de 2005 reclamó la contratista el abonó de los intereses de demora derivados del retraso en el pago de la liquidación provisional, cuantificados en la cifra de 392.815,34 euros.

Siendo una la cuestión jurídica que hemos de resolver y siendo los tres motivos de casación reflejo de argumentos conectados entre sí que se ofrecen como suma para demostrar el error de la sentencia de instancia al fijar el “dies a quo” del plazo de prescripción, procede su análisis conjunto. Análisis que arroja como resultado final que no compartamos el criterio de la Sala de instancia y lleguemos a la conclusión de que la acción para reclamar aquellos intereses de demora no estaba prescrita.

A) La sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 2000 dictada en el recurso de casación número 4558/94, enjuició un supuesto en el que la cuestión central versaba sobre el concepto de “obligación vencida” y sobre la fijación del momento en que la obligación de pago en un contrato de obras había de entenderse vencida; todo ello a los efectos de aplicar el apartado G) del acuerdo de traspaso de servicios aprobado por Real Decreto 1517/1981. No enjuició una cuestión referida a la prescripción y su cómputo, ni una similar a la que es objeto de este recurso de casación; por lo que no cabe tomarla como expresiva del criterio que haya de seguirse en un caso como el que ahora nos ocupa.

Lo mismo cabe concluir respecto de nuestra sentencia de fecha 1 de junio de 2000, dictada en el recurso de casación 4557/94, en la que se enjuició un supuesto de hecho claramente distinto del aquí enjuiciado, tal y como resulta de los datos sobre fechas que se exponen en el primero de sus fundamentos de derecho, y en la que se abordaron dos cuestiones –la de la fecha de inicio del devengo de intereses de demora y la del inicio del devengo de

intereses legales de los intereses de demora— distintas de la que aquí hemos de resolver.

Y lo mismo respecto de la sentencia de 10 de julio de 2001, dictada en la casación 1818/96, en la que de nuevo la cuestión controvertida era si la intimación es, o no, la que marca o fija el día inicial del devengo de intereses de demora.

B) Sí aborda un tema de prescripción y de su cómputo la sentencia de 3 de octubre de 2006 (RJ 2006, 10061), dictada en el recurso de casación 1507/04. Y sí es cierto que expresa un criterio coincidente con el de la sentencia aquí recurrida. Pero también lo es que al hacerlo toma como sustento, y con reiteración, la doctrina que entiende reflejada en aquellas sentencias de 22 de mayo de 2000, 1 de junio de 2000 y 10 de julio de 2001.

C) En la sentencia de este Tribunal Supremo de fecha 26 de enero de 1998, dictada en el recurso de apelación 353/91, se afirmó “[...] *que la prescripción es una institución que, entre otras finalidades, pretende dar seguridad y firmeza a las relaciones jurídicas a causa del silencio de la relación jurídica que prescribe. De este planteamiento se sigue que no puede alegar la prescripción en su favor, quien con su conducta impide que la relación jurídica que une a los contratantes quede terminada. Así actúa, la Administración que no procede, como es su deber, a la liquidación definitiva y a la cancelación de las fianzas prestadas, a que viene obligada en virtud de lo dispuesto en los artículos 55 y 57 de la LCE. Aplicar, en esta situación, la prescripción comporta un trato profundamente discriminatorio para ambas partes contratantes, pues mientras los derechos del contratista están prescribiendo, los de la Administración, derivados del contrato, se encuentran intactos y son ejercitables en cualquier momento, sin que para ellos la prescripción haya comenzado*”, y se dijo incluso, en un supuesto en que se enjuiciaba si había o no prescrito el derecho al pago de certificaciones parciales expedidas en 1976 y reclamado en 1983, “[...] *que en la tesis peor para él [para el contratista] sólo había empezado a correr [el plazo de prescripción] el 17 de febrero de 1981 con el pago de la liquidación provisional*”.

Nuestra sentencia de 31 de enero de 2003 dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 166/02, enjuició un supuesto de obras complementarias cuya recepción provisional se había producido en el año 1990; en que la reclamación de abono del principal y de los intereses de demora se produjo en el año 1997; y en el que la sentencia recurrida había apreciado la prescripción. En ella se casa ésta y se reputa como doctrina correcta la que había afirmado aquella de 26 de enero de 1998, diciendo en concreto que tal doctrina “[...] *consiste en definitiva en valorar, a los efectos del cómputo del plazo de prescripción, un ‘sólo contrato de obra, y en iniciar aquel cómputo, en todas las obligaciones parciales de ese único contrato, desde su liquidación definitiva*”; y que “[...] *debe declararse que, a tales efectos, la misma sustancia jurídica de obligación parcial corresponde a las certificaciones de obra que a la reclamación del importe de*

las que hayan sido encargadas al mismo contratista como complementarias de la obra inicialmente pactada como principal’.

La de fecha 3 de febrero de 2003, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 3801/01, sigue el criterio de que el plazo de prescripción ha de computarse desde la completa extinción de las relaciones jurídicas derivadas del contrato.

También la de 14 de julio de 2003, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 60/03, comparte los criterios de las sentencias antes citadas de 26 de enero de 1998 y 31 de enero de 2003. Además, la primera de éstas se trae a colación de modo expreso para compartir su doctrina en las de 8 de julio de 2004, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 185/03, y 27 de abril de 2005, dictada en el recurso de casación 930/03. Y la doctrina de todas ellas, en conjunto, se reitera en la de fecha 2 de abril de 2008, dictada en el recurso de casación 3406/05.

A su vez, y por último, la sentencia de 21 de junio de 2004, dictada en el recurso de casación 8897/99, afirmó *“que no es posible acoger la tesis de la Administración recurrente en casación, pues es ésta la que, con fecha 11 de diciembre de 1998, reconoce y aprueba la liquidación de las obras cuyo pago había sido reclamado el referido 2 de octubre de 1991. De tal manera que es dicho reconocimiento explícito de la deuda el que determina la interrupción de la prescripción (art. 1973 Código Civil), excluyendo del (sic) tiempo anteriormente transcurrido y constituyendo, por el contrario, el dies a quo o inicial para la reclamación del pago del principal con sus intereses”*.

D) Fácilmente se comprende que no es el criterio establecido en aquella sentencia de 3 de octubre de 2006, sino el establecido en el conjunto de sentencias de las que hemos dado cuenta en el apartado precedente, el que constituye en sentido propio, por su reiteración, la jurisprudencia de este Tribunal Supremo sobre cuestiones similares a la que aquí hemos de resolver. Y fácilmente se desprende que en un supuesto como el que ahora enjuiciamos, definido por los hechos relevantes a los que nos referimos en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, tampoco esa jurisprudencia avala, antes al contrario, la apreciación de prescripción a la que llegó la sentencia recurrida.

E) Tampoco la avala en realidad los dos preceptos que directamente habrían de tomarse en consideración en el caso que nos ocupa. Así, de un lado, el artículo 172 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, lo que fijaba propiamente era el día inicial en que se producía el devengo de intereses por demora en el pago del saldo de la liquidación provisional. Y, de otro, era el artículo 46.1.b) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 septiembre, el que fijaba el día inicial para el cómputo del plazo quinquenal de prescripción, es-

tableciendo que tal plazo se contará desde la fecha de notificación del reconocimiento o liquidación de la respectiva obligación.

En realidad, con la mera recepción provisional de las obras, o mejor dicho, con el sólo transcurso de los nueve meses siguientes a ella (que marca el día inicial del devengo de aquellos intereses de demora), no cabe hablar, propiamente al menos, de que se haya producido una notificación del reconocimiento de la obligación que pesa sobre la Administración contratante de abonar el saldo que resulte de la liquidación provisional. Atribuir un significado como ese a aquel mero transcurso de los citados nueve meses, implica dar una interpretación extensiva en perjuicio del acreedor a aquello que disponía aquel artículo 172, inapropiada para ser aplicada en un instituto como el de la prescripción de derechos, que requiere más bien de una interpretación estricta».

(STS de 23 de junio de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 1ª y 5ª. Magistrado Ponente Sr. Méndez Pérez. Ar. 4678).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y FUNCIONES PÚBLICAS PREVISTAS POR LA LEY

A falta de previsión legal expresa que lo autorice, no es posible atender el derecho que reivindica el recurrente a ser eximido por razones de conciencia de carácter religioso, de las labores y deberes propios al ejercicio de sus funciones, establecidas por la Ley.

«Tal como se desprende del resumen que hemos hecho de las posiciones de las partes, no se discute ya la competencia del Consejo General del Poder Judicial para resolver sobre la solicitud del Sr. Estanislao, ni tampoco se debate sobre la procedencia de que se pronunciara la Comisión Permanente. El litigio se centra solamente sobre el derecho que reivindica el recurrente a ser eximido por razones de conciencia de carácter religioso de la tramitación de los expedientes de matrimonios entre personas del mismo sexo. De la objeción de conciencia y del derecho a la libertad religiosa reconocida en el artículo 16 de la Constitución se ha ocupado recientemente el Pleno de esta Sala Tercera en las sentencias de 11 de febrero de 2009 (recursos de casación 905, 948, 949 y 1013/2008. En ellas, como vamos a ver, se afrontan las cuestiones principales suscitadas en este proceso y se rechaza que tenga cabida en nuestro ordenamiento constitucional un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no

contar con un reconocimiento formal en el texto fundamental o en la Ley y que pueda sustentarse en el citado artículo 16 de la Constitución.

Finalmente, sobre la sumisión a la Ley de los poderes públicos, importa recordar, como lo hace el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que la Constitución es particularmente rotunda. La impone con carácter general en su artículo 9.1 para, después, reiterarla a lo largo de su articulado respecto de los distintos órganos que establece. Reiteración señaladamente vigorosa para los jueces y magistrados, que dice el artículo 117.1, están sometidos «únicamente al imperio de la Ley». Antes, los artículos 97 y 103.1 la han impuesto, respectivamente, para el Gobierno y las Administraciones Públicas, también con especial fuerza para éstas pues su sujeción a la Ley y al Derecho ha de ser plena. Sabemos, asimismo, que, según ha explicado el Tribunal Constitucional, ese artículo 9.1 y, en general, los preceptos que sujetan a los poderes públicos a la legalidad, los vinculan no sólo negativamente sino, también, de forma positiva de manera que, además de prohibirles actuar contra las leyes, únicamente les permiten hacerlo cuando cuentan con habilitación del legislador (sentencias 119/199 y las que en ella se citan).

Por tanto, si uno de los rasgos distintivos de la posición de los miembros de la Carrera Judicial, en tanto ejercen la potestad jurisdiccional o aquellas otras funciones que el artículo 117.4 de la Constitución autoriza al legislador a encomendarles, es su sumisión única a la legalidad en el doble sentido que se ha dicho, está claro que no pueden dejar de cumplir los deberes que emanan de la misma a falta de previsión expresa que se lo autorice. En caso contrario, se resentiría esencialmente la configuración del Poder Judicial y la función de garantía del ordenamiento jurídico y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que el constituyente le ha confiado.

Aquí reside lo determinante de este pleito. Frente a ello, carecen de trascendencia otros aspectos que se han mencionado. En efecto, no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan – independencia, imparcialidad, responsabilidad– en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa».

(STS de 11 de mayo de 2009. Sala 3ª, Secc, 8ª. F.D. 6º y 9º. Magistrado Ponente Sr. Lucas Murillo de la Cueva. Ar. 4279).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

NORMAS REGULADORAS DE LA SENTENCIA

La incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones.

«Procede, pues, lo primero, recordar su esencia constitucional partiendo de que el Tribunal Constitucional ha dicho que la incongruencia consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones (STC 36/2006 de 13 de febrero).

La citada doctrina distingue entre lo que son meras alegaciones formuladas por las partes en defensa de sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (STC 189/2001 24 de septiembre). Son sólo estas últimas las que exigen una respuesta congruente ya que no es preciso una respuesta pormenorizada de todas las cuestiones planteadas (STC 36/09, de 9 de febrero), salvo que estemos ante una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes (STC 4/2006, de 16 de enero). E insiste en que es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar al citado máximo intérprete constitucional (STC 8/2004, de 9 febrero). Cabe, además, una respuesta de forma tácita o implícita obtenida del conjunto de razonamientos (STC 29/2008, de 20 de febrero. No cabe un desajuste entre el fallo y las pretensiones de las partes que contravenga los razonamientos expuestos para decidir (STC 114/2003 de 16 de junio).

Constatamos que no es necesaria una correlación literal entre el desarrollo argumentativo de los escritos de demanda y de contestación y el de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Podemos, por ello, resumir la doctrina de esta Sala sobre la materia en:

- a) Se incurre en el vicio de incongruencia tanto cuando la sentencia omite resolver sobre alguna de las pretensiones y cuestiones planteadas en la demanda (STS de 8 de julio de 2008, STS 25 de febrero de 2008) es decir la incongruencia omisiva o por defecto; como cuando resuelve sobre pretensiones no formuladas, o sea incongruencia positiva o por exceso (sentencias de 20 de septiembre 2005 de 5 de diciembre de 2006 y 20 de junio de 2007).
- b) El principio de congruencia no se vulnera por el 4 hecho de que los Tribunales basen sus fallos en fundamentos jurídicos distintos de los aducidos por las partes (STS 17 de julio de 2003, rec. casación 7943/2000). En consecuencia el principio «*iuris novit curia*» faculta al órgano jurisdiccional a eludir los razonamientos jurídicos de las partes siempre que no altera la pretensión ni el objeto de discusión.

c) Es suficiente con que la sentencia se pronuncie categóricamente sobre las pretensiones formuladas (STS 3 de noviembre de 2003, rec. casación 5581/2000). Cabe, por ello, una respuesta global o genérica, en atención al supuesto preciso, sin atender a las alegaciones concretas no sustanciales.

d) No incurre en incongruencia la sentencia que otorga menos de lo pedido, razonando porqué no se concede el exceso (STS 3 de julio de 2007, rec. casación 3865/2003).

e) No cabe acoger un fundamento que no se refleje en la decisión ya que la conclusión debe ser el resultado de las premisas establecidas (Sentencias de 27 de enero de 1996, rec. de casación 1311/1993).

f) Es necesario que los argumentos empleados guarden coherencia lógica y razonable con la parte dispositiva o fallo, para no generar incoherencia interna, pues de no haberla se genera confusión (STS 23 de abril de 2003, rec. de casación 3505/1997). Contradicción entre fallo de la resolución y su fundamentación reputada por el Tribunal Constitucional defecto de motivación lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva y no vicio de incongruencia (STC 127/2008, de 27 de octubre FJ2).

La importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición ya era un requisito destacado por el art. 43 LJCA 1956. Precepto ahora reproducido en el art. 33 LJCA 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma, con un tenor similar en el redactado, que obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso.

Si atendemos a la consolidada doctrina que acabamos relatar hemos de concluir que tampoco este motivo puede tomarse en consideración.

Así sin duda sucede en este supuesto en el que de 1 lectura de la extensa y detallada Sentencia se deduce que es la postura del Tribunal plasmada en el punto duodécimo de su fundamento de derecho SEGUNDO en que analiza la diferencia entre reserva de servicios e iniciativa pública.

Iniciativa pública a la que asimismo se refiere en el punto decimoquinto tras negar la constitución de monopolio alguno municipal y en el undécimo en que admite que I poderes públicos puedan favorecer el deporte en aras a I actividad de fomento consagrada en el art. 38 CE».

(STS de 29 de junio de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 3º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo. Ar. 4424).

XVI. MEDIO AMBIENTE

RESERVA DE LEY

La creación de Zonas Periféricas de Protección en espacios naturales protegidos declarados por Ley, no puede llevarse a cabo mediante disposición reglamentaria.

«Para el estudio del primero de los motivos en el que, fundamentalmente, se considera infringido el artículo 18 de la LCEN, debemos comenzar dejando constancia del contenido de este precepto, el cual dispone que “*En los Espacios Naturales Protegidos declarados por ley, se podrán establecer Zonas Periféricas de Protección destinadas a evitar impacto ecológicos y paisajísticos procedentes del exterior. Cuando proceda, en la propia ley de creación, se establecerán las limitaciones necesarias*». Al mismo tiempo, debe subrayarse el carácter básico de dicho precepto, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la misma Ley, consecuencia, a su vez, del carácter básico de la competencia estatal en materia de protección del medio ambiente (149.1.23 de la Constitución Española).

Recordemos, igualmente que en la STS de 16 de junio de 2003, señalamos, interpretado el mandato de dicho precepto que “*...Es evidente, por tanto, que el precepto permite que los Espacios Naturales Protegidos declarados por ley puedan incorporar unas zonas periféricas de protección, el alcance y especificación de la protección puede o no estar en la ley, pero es inexorable que la ley de creación misma proclame la existencia de la zona de protección (...). Lo que es evidente es que ni en la naturaleza del Plan Rector de Uso y Gestión ni entre las gestiones que le son atribuidas por la ley se comprende la posibilidad de crear zonas de protección*».

Esto es, el criterio establecido es que las denominadas zonas periféricas de protección de los Espacios Naturales Protegidos, solo y exclusivamente pueden ser declarados por ley; y, en consecuencia, en el supuesto, posible excepcionalmente, de que existiera algún Espacio Natural no creado por ley, obvio que el mismo no podrá establecer zonas de protección. En concreto, en el supuesto de autos, el Parque de Las Lagunas de la Mata y Torrevieja fue declarado por Decreto de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana 237/1996, de 10 de diciembre, Decreto que no contempla las denominadas zonas de protección, con lo que estamos, solo, ante una norma reglamentaria que se estaría desarrollando por otra del mismo rango, como es el Decreto impugnado.

En consecuencia, como en la STS de precedente cita, el Decreto impugnado pretende la ordenación de las zonas periféricas de protección del Parque Natural de las Lagunas de La Mata y Torrevieja (dentro del sistema de zo-

nas húmedas del sur de Alicante) sin que una norma con rango de ley declarara el mismo, y sin que —aquí lo significativo una norma de dicho rango creara las zonas periféricas de protección del citado Parque Natural. Esto es, como se expone en el desarrollo del motivo, del artículo 18 de la LCEN se deduce tanto una reserva formal de ley (que impone el precepto con rango de ley para las citadas zonas limitadoras) como una reserva material de ley (por cuanto se exige la regulación por ley en la norma de creación del Espacio Natural Protegido).

Pues, bien dicho rango no podemos encontrarlo:

a) En el Decreto 189/1988, de 12 de diciembre, por el que se declaraba Paraje Natural a las Lagunas de la Mata y Torrevieja, ya que —al margen de sus rango— el mismo Decreto fue anulado por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 1995, antes, pues de la publicación del Decreto impugnado 60/2003.

b) En el Decreto de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana 237/1996, de 10 de diciembre, por el que se crea de nuevo el actual Parque Natural las Lagunas de la Mata y Torrevieja; Decreto que, si bien estaba en vigor en el momento de la publicación del Decreto impugnado, ni era norma con rango de ley ni contemplaba la existencia de zonas de protección.

c) Por lo que hace referencia al artículo 29 de la Ley valenciana 11/1994, de 27 de diciembre, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunidad Valenciana, en relación con el 37.2 del mismo texto legal autonómico, en los que fundamentalmente insiste la sentencia de instancia de instancia, debemos señalar que el mandato en los mismos contenido tampoco puede ser considerado suficiente para superar la exigencia de reserva legal a la que venimos haciendo referencia, con respaldo en el artículo 18 de la LCEN; por cuanto la posibilidad de creación —que dichos preceptos autonómicos contemplan— no supone que —real y efectivamente— dicha creación legal se haya producido: es mas, la norma que posibilitaba dicha creación no era otra que el artículo 3º del Decreto 49/1995, de 22 de marzo, por el que se aprobaba el Plan Rector de Uso y Gestión del Paraje Natural de las Lagunas de la Mata y Torrevieja, que acabaría siendo anulado por la citada STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 1998 y confirmada, en este particular, por la STS de 16 de junio de 2003.

Pues bien, tras contemplarse en el artículo 29.1 de la citada Ley autonómica que “*la declaración de espacio natural protegido*” puede incluir la delimitación de “*áreas de amortiguación de impactos*», se añade en el apartado 2 del mismo artículo 29: “*El establecimiento o alteración de la delimitación de áreas de amortiguación de impactos y el régimen de protección aplicable a las mismas podrá asimismo llevarse a cabo por los instrumentos de ordenación el espacio protegido sin que tenga la consideración*

de modificación de la declaración de espacio natural protegido». Por su parte, en el artículo 37.2 de la misma norma autonómica valenciana se añade, al regular los Planes Rectores de Uso y Gestión que los mismos “En ausencia del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, establecen, además, el régimen de protección y ordenación de usos necesarios para garantizar la conservación, protección y mejora de los valores ambientales».

En principio la contradicción entre dichas normas autonómicas con la básica estatal (18 de la LCEN) parece evidente, ya que la posibilidad de establecimiento o alteración— de las zonas de protección a través de instrumentos de ordenación del espacio protegido, y no a través de la norma con rango de ley, se opone a lo establecido en la legislación estatal, sin que la normativa autonómica pueda dejar sin efecto la reserva legal estatal contendida, además, en una norma básica. Debe, pues, rechazarse el apoyo que la sentencia de instancia intenta encontrar en dichos preceptos para mantener la legalidad del Decreto 60/2003 impugnado, cuando se dice que «el Decreto 60/03 constituye un instrumento de ordenación de usos r actividades en el ámbito de la zona periférica de protección del Parque Natural de las Salinas de la Mata y Torreveija», o bien cuando añade que «el artículo 37.1 de la Ley valenciana 11/1994, otorga cobertura legal a la ordenación impugnada, sustitutiva del régimen previsto para los perímetros de protección por el anterior PRUG de 22 de marzo de 1995». Pero es mas, el Decreto 60/2003 impugnado no puede ser considerado como un «instrumento de ordenación de usos y actividades en el ámbito de la zona periférica de protección», por cuanto tal misión —artículo 15 de la LCEN— está encomendada a los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, que debe ser aprobado con anterioridad al PRUG, como dispone, además del precepto de citada Ley estatal, el mismo artículo 31.1 de la ley autonómica valenciana 11/1994. El supuesto excepcional de declaración de parques y reservas naturales —sin previa aprobación de un PORN—, que se contempla en el artículo 15.2 de la LCEN, tampoco resulta de recibo en el supuesto de autos por evidentes razones temporales (un año) y materiales, esto es, por que no es un PORN, sino un PRUG, y, todo ello, además, por no haberse justificado, de forma expresa, las razones que exigían su creación.

d) Por último, tampoco podemos encontrar el apoyo legal necesario en la Disposición “Adicional Primera de la citada Ley 11/1994, que dispuso “que los espacios naturales declarados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley quedan reclasificados con arreglo a lo previsto en la Disposición Adicional Segunda “Disposición en la que —apartado f)— se incluye al Parque Natural de las Lagunas de Mata y Torreveija; pero, como antes indicábamos, y aceptando a efectos meramente dialécticos tal mecanismo de declaración legal, lo cierto es que dicha norma no crea las zonas periféricas de protección (que el Decreto impugnado se proponía ordenar), pues, se insiste, el” artículo

29.2 de la citada Ley autonómica contempla una posibilidad que, ni la citada ley ni ningún otro precepto con dicho rango, han materializado en los términos exigidos».

(STS de 30 de junio de 2009. Sala 3ª. Secc. 5ª. F. D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 5808).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

CADUCIDAD DE PROCEDIMIENTO

El instituto de la caducidad no es incompatible con la naturaleza jurídica del procedimiento de deslinde de vías pecuarias, no obstante el carácter de estas como bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables.

«La cuestión examinada en este recurso es sustancialmente igual a la que hemos resuelto en reciente sentencia de 28 de enero de 2009 (RC 4043/2005). Al igual que en ese caso, también en este que ahora nos ocupa el motivo de casación debe ser rechazado.

La doctrina jurisprudencial referente a la no caducidad de los procedimientos de deslinde de bienes de dominio público marítimo terrestre, expresada en sentencias del Tribunal Supremo de 31 de Marzo de 2004 (casación 5371/01), de 19 de Mayo de 2004 (casación núm. 1957/02) y de 2 de Junio de 2004 (casación núm. 5086/02), se refieren a un caso en que la legislación aplicable (que era la Ley 30/92) en su redacción originaria, y la específica del dominio público marítimo terrestre) no establecía un plazo máximo para la resolución del expediente; todo el argumentario de la sentencia de 31 de Marzo de 2004 (casación 5371/01) arranca de esa premisa, que es rigurosamente inaplicable al caso de autos.

En efecto, en el caso que ahora nos ocupa hay una norma con rango de ley (la autonómica 17/1999, de 28 de Diciembre, de adecuación de los procedimientos administrativos a la Ley estatal 4/99, de 13 de Enero (RCL 1999, 114,329), de modificación de la Ley 30/92, de 26 de Noviembre, que específicamente prevé un plazo máximo para resolver y notificar la resolución de los procedimientos administrativos incluidos en el Anexo de la Ley (artículo 40), en concreto, el de 18 meses para el procedimiento ordinario de deslinde de vías pecuarias referido en el Decreto autonómico 155/98 (punto 9.4 del Anexo de la Ley 17/99).

Establecido ese plazo por norma con rango de Ley (rango necesario para fijar un plazo máximo superior al de seis meses, según el artículo 42.2 de la

Ley estatal 30/92), ninguna duda cabe de que su incumplimiento produce la caducidad del procedimiento, al establecerlo así su artículo 44.2.

Pues obsérvese que este precepto, después de la reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de Enero en la Ley estatal 30/92, no habla, como el anterior artículo 43.4, de procedimientos iniciados de oficio «no susceptibles de producir efectos favorables para los ciudadanos», sino, pura y simplemente, de procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras «o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen», lo que permite referir la naturaleza y efectos del procedimiento no a la ciudadanía en general sino a la persona concreta afectada por la actuación administrativa; en el presente caso, a la mercantil demandante, que ve cómo el deslinde impugnado dibuja una vía pecuaria demanial en terrenos que ella cree de su propiedad.

Ninguna razón hay, por lo tanto, para dejar de aplicar a este procedimiento de deslinde, perjudicial para la mercantil actora, la caducidad que de forma tan clara proclama hoy el artículo 44.2 de la Ley 30/92, en la redacción operada por la Ley 4/99, que es aplicable al procedimiento de deslinde de referencia, iniciado en fecha 28 de julio de 2000.

(Por lo demás, la interposición y mantenimiento del presente recurso de casación no se compadece bien con el hecho, notorio por estar publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, -v.g. BOJA núm. 111 de 2007- de que la Administración de esa Comunidad Autónoma viene declarando caducados con toda normalidad multitud de expedientes de deslindes de vías pecuarias).

STS de 11 de mayo de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar. 4273).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

MODIFICACIÓN DE LA ORDENACIÓN DE MANERA SUSTANCIAL

Debe reiterarse la fase de información pública siempre que tras la aprobación inicial del Plan se modifique en sus aspectos esenciales, afectándose a sus elementos estructurales y en consecuencia el propio modelo de planeamiento.

«Centrados así los términos del debate, procede examinar conjuntamente los dos motivos de casación, dada su íntima conexión.

El recurso de casación no puede ser estimado, por las razones que apuntamos a continuación.

A).-Del examen de la sentencia impugnada se constata que el motivo principal por el que consideró obligada la reiteración del período de información pública en la tramitación del Plan General en cuestión radica en la entidad de los cambios efectuados en su ordenación después de su aprobación inicial.

En ella se consideró probado que en los más de dos años transcurridos entre la aprobación inicial y la definitiva de dicho Plan General se produjeron al menos las siguientes modificaciones en su ordenación:

- Incorporación de nuevos criterios de clasificación del suelo rústico, *«en el que se distinguen diferentes categorías, con distintos regímenes jurídicos»*.
- Establecimiento de nuevos límites máximos de densidad de población y de edificación, lo que conllevó la rebaja general de la edificabilidad de todos aquellos ámbitos que excedían de dichos límites.
- Incremento del suelo destinado al sistema general de equipamientos, hasta alcanzar la ratio mínima de 5 metros cuadrados por habitante.
- Incorporación de *«documentación precisa –escrita y gráfica– distinguiendo las determinaciones que se consideren de ordenación general y las que se consideran de ordenación detallada»*.
- Cambios en la ordenación derivados de la estimación total de 59 de las alegaciones presentadas y de la estimación parcial de otras 49.
- Modificaciones efectuadas en cumplimiento de los informes de la Unidad de Carreteras y de las Comisiones Territoriales de Patrimonio Cultural y de Urbanismo.

Este punto de partida fáctico de la controversia jurídica, determinado por el Juzgador de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, no puede ser ahora cuestionado en casación, dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, considerándose además que el Ayuntamiento recurrente no ha denunciado, ni acreditado la infracción de ningún precepto regulador de la prueba tasada, ni que la valoración de la prueba llevada a cabo haya resultado contraria a la razón y a la lógica, conduciendo a resultados inverosímiles, y, por consiguiente, a un ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional, vulnerador del artículo 9. apartado 3. de la Constitución.

B).-Partiendo de lo anterior, la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada no contradice la jurisprudencia de esta Sala interpretativa del artículo 130 RPU –de contenido análogo al artículo 52.5 Ley 5/ 1999, de 8 de abril de Urbanismo y de Castilla y León-. Así, hemos señalado, entre otras muchas, en nuestras sentencias de 9 de febrero de 2009 (casación 6714/2004). 9 de diciembre de 2008 (casación 7459/2004). 15 de diciembre de 2005 (casación 7376/2002) y 19 de abril de 2005. casación 7293/2001), que, conforme a lo dispuesto en dicho precepto, en la tramitación de los Planes urbanísticos debe reiterarse la fase de información públi-

ca siempre que tras su aprobación inicial se modifique su ordenación de una manera sustancial, entendiéndose por tal la alteración global del Plan, en sus aspectos esenciales, afectándose a sus elementos estructurales y, como consecuencia de ello, al propio modelo de Planeamiento elegido.

En este caso las alteraciones del Plan constatadas en la sentencia recurrida son de carácter general, global y estructural; no puntual, ni aisladas, ni limitadas a un concreto sector. Así, por ejemplo, la modificación de la edificabilidad como consecuencia de la aplicación de los nuevos límites legales de densidad de población y edificación afectó de manera indiscriminada a todos los ámbitos en los que se superaban, obligando a modificar su ordenación y con ella los beneficios y cargas de los propietarios.

Otro tanto puede señalarse sobre el incremento global de la reserva de sistemas generales operado entre la aprobación inicial y la definitiva del Plan, que conllevó la creación de nuevos equipamientos públicos relevantes no incluidos en la ordenación primigenia. Como reconoce el propio artículo 41.c) de la Ley 5/1999, de 8 de abril de urbanismo de Castilla y León, los sistemas generales son *«dotaciones urbanísticas públicas al servicio de toda la población»*. Tienen por tanto un carácter estructurante y configurador del propio modelo de ciudad. El incremento generalizado de dichas infraestructuras básicas o fundamentales, afectó por tanto de una manera sustancial a la esencia del propio Plan, y a los derechos y deberes de los ciudadanos en multitud de ámbitos, sin perjuicio y con independencia de que obedeciese a un imperativo legal.

A ello debe añadirse el resultado de la prueba pericial practicada en el proceso de instancia por el Arquitecto D. Celso, en cuyo Informe se concluyó, entre otros aspectos, que *«estamos ante un cambio de criterio entre la aprobación inicial y la definitiva que ha llevado a considerar la calificación de extensiones de suelo como suelo urbano no consolidado, muchos de ellos en unas extensiones considerables de terreno y que carecen de los elementos mínimos, según ley para ser considerados como suelos urbanos, aunque sean no consolidados»*.

Buena muestra de lo antedicho (aunque sólo sea un ejemplo) lo constituye lo acontecido en el concreto ámbito en el que radican los terrenos de la demandante. Como se acredita en el referido informe pericial entre la aprobación inicial y la definitiva se alteró de manera significativa dicha ordenación, variando los derechos y deberes de los propietarios afectados, que padecieron la consiguiente indefensión al no poder alegar nada al respecto. También se constata en él que se han incorporado al Plan, en fase posterior a la de información pública, nuevos convenios urbanísticos de gran trascendencia.

Queda claro por tanto que la Orden impugnada ha infringido lo dispuesto en el citado artículo 130 RPU aplicable al caso conforme a lo establecido en

la disposición final primera de la Ley 5/1999, de 8 de abril de Urbanismo de Castilla y León y en el Decreto 223/1999, de 5 de agosto aprobatorio de la «tabla de preceptos de los reglamentos urbanísticos que resulten aplicables» en relación con dicha Ley. Más aún si se considera que, como señalamos en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2008 (casación 7459/2004), la obligación de garantizar la participación de los ciudadanos en la tramitación de los planes urbanísticos, reiterando la fase de información pública si fuera necesario, se deriva no sólo de lo dispuesto al efecto en dicho precepto reglamentario, y en la formativa urbanística autonómica aplicable, sino también en otras normas de Derecho estatal como son el artículo 105.a) de la Constitución y el artículo 6.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril de régimen del suelo y valoraciones, en los que se consagra, respectivamente, el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos en general y en los procedimientos de planeamiento y gestión urbanística en particular. Dicho principio se reproduce actualmente en los artículos 11.1 y 4.e) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el último de los cuales se insiste en que todos los ciudadanos tiene derecho a: *«Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada».*

(STS de 11 de mayo de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 5º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar. 4274).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Ejecución forzosa sin previa notificación correcta de vía de apremio: improcedencia. Improcedencia de publicación edictal sin acreditar las presuntas causas de imposibilidad de efectuar la notificación.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 27 de julio de 2007 desestimando la reclamación nº 53-00140-2006 formulada contra la providencia de apremio dictada por la Dependencia Regional de Recaudación de la Delegación Especial de la Agencia Tributaria en Andalucía (Delegación de Jerez de la Frontera) sobre la liquidación nº A5360004306002489, derivada del IVA, ejercicio 2001, por importe de 41.954,90 €.

Se invoca como motivo de nulidad de la providencia de apremio el supuesto recogido en el art. 167.3.c) de la Ley 58/2003, General Tributaria, al considerar la sociedad actora que no ha existido una válida notificación de la liquidación de la que la providencia de apremio trae causa.

La cuestión radica en determinar si son válidos y suficientes los intentos de notificación llevados a cabo a través del Servicio de Correos los días 16 y septiembre de 2004 en la dirección correspondiente a la calle Guadalete nº 28 de la localidad de Arcos de la Frontera (Cádiz). Considera la recurrente que los intentos de notificación en dicha dirección no pueden considerarse válidos en la medida en que aquella yo no se correspondía con su domicilio fiscal por no desarrollarse allí su actividad ni constituir el centro de trabajo. Por el contrario, en sendas declaraciones ante la Administración Tributaria, al cumplimentar el 14 de marzo de 2000 y el 15 de octubre de 2003 los modelos 845 y 036 se daban de alta como domicilio de la actividad los locales sitos en Avda. Miguel Mancheño nº 34 y Corregidores nº6, siendo esta última precisamente la dirección en la que tuvo lugar la providencia de apremio.

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

Señala el art. 110.2 LGT que en los procedimientos iniciados de oficio, la notificación podrá practicarse en el domicilio fiscal del obligado, o su representante, en el centro de trabajo, en el lugar donde desarrolle su actividad económica o en cualquier otro adecuado a tal fin. A su vez, el art. 48.2 b) dispone que para las personas jurídicas, su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en el que se lleve a cabo dicha gestión o dirección. Cuando no pueda determinarse el lugar del domicilio fiscal de acuerdo con los criterios anteriores prevalecerá aquel donde radique el mayor valor del inmovilizado.

Por otro lado, y según se desprende del art. 112 LGT, la notificación edictal será suficiente cuando no sea posible efectuar la notificación al obligado tributario o a su representante por causas no imputables a la Administración e intentada al menos dos veces en el domicilio fiscal, haciendo constar en el expediente las circunstancias de los intentos de notificación.

Aplicando las consideraciones contenidas en el fundamento anterior al particular supuesto enjuiciado, se advierte que el domicilio fiscal de la sociedad demandante se corresponde con la dirección donde se intentaron practicar las notificaciones de la liquidación provisional (calle Guadalete nº 28) e incluso este último es el que se hace constar como domicilio de la sociedad y de su representante, tanto en la declaración del IAE (modelo 845) de fecha 14 de marzo de 2000 como en la declaración censal (modelo 036) de 15 de octubre de 2003.

Ahora bien, no basta con el intento por dos veces de notificar personalmente al obligado tributario la liquidación provisional para acudir a la ficción de la notificación edictal. Es preciso que se haga consta en el expediente las circunstancias de los intentos de notificación y esta previsión hay que entender que se corresponde precisamente con la necesaria acreditación de que la notificación no ha podido tener lugar por causas imputables a la Administración, o lo que es lo mismo, que ésta ha utilizado todos los medios lógicos y normales de localización del obligado tributario y el resultado ha sido negativo. No es precisamente este el supuesto en el que nos encontramos. Así, en las declaraciones referidas anteriormente (presentación cumplimentada de los modelos 845 y 036) la sociedad actora pone en conocimiento de la Agencia Tributaria la existencia de dos establecimientos comerciales con direcciones distintas donde tiene lugar su actividad de comercio al por menor de aparatos de uso doméstico y precisamente en uno de ellos es donde tiene lugar la notificación de la providencia de apremio. Fácilmente pudo entonces la Administración tributaria notificar la liquidación provisional precisamente en uno de los centros de actividad de la empresa, como señala el art. 110.2 LGT, de forma idéntica y de igual sencillez

con la que llevó a cabo la notificación de la providencia de apremio. Debemos por tanto entender que no ha existido causa justificada que permitiera la notificación edictal de la liquidación provisional al no agotar las posibilidades racionales de notificación personal al obligado tributario y que esta circunstancia determina la nulidad de la providencia de apremio impugnada, con retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la notificación de la liquidación y devolución, con intereses legales, de la cantidad abonada en su caso como pago de la misma.

(St. de 10 de junio de 2010. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)

II. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Expropiación de urgencia. Hay que referir a la fecha de requerimiento al expropiado para que formule su hoja de aprecio para determinar intereses. Doctrina General.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Cádiz de fecha 6 de julio de 2007, confirmando en reposición el de 16 de febrero de 2007, fijando en 2.840,54 €, incluido premio de afección, el justiprecio correspondiente a la expropiación de 0,2869 Has de la finca nº 11-140.0002-CP en el término de Chiclana de la Frontera por parte de la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Occidental para la ejecución del proyecto “12-CA-3710.- Autovía N-340. Pk. 10.700 al 27.700.

La pretensión de la sociedad actora, fijada definitivamente en su escrito de conclusiones, eleva a 131.971,71 € el valor del suelo, añadiendo 1.683 € por la existencia de eucaliptos y 6.186,96 € por la de un vallado, así como el 5% del premio de afección sobre el total y los intereses de demora.

La discrepancia fundamental con el acuerdo valorativo del Jurado de Expropiación radica en la clasificación del suelo expropiado con las consecuencias que de ello se provocan. Así, el órgano de valoración, de conformidad con lo expuesto por la Administración expropiante en su hoja de aprecio, considera que los terrenos que se justiprecian son los que indebidamente se había omitido en un primer expediente expropiatorio por cuanto la superficie realmente ocupada había sido superior a la reflejada en el mismo. De aquí que la Administración considerase que deben aplicarse los mismos conceptos y valores en que se fundamentó la primitiva valoración para el resto del terreno afectado, es decir, partiendo de su consideración como suelo no urbanizable, criterio que fue aceptado por esta Sala en sen-

tencia de fecha 26 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo nº 2281/2003).

Frente a este criterio se opone la demandante alegando que a la fecha a que debe ir referida la valoración el suelo tenía la clasificación de urbanizable sectorizado de uso industrial.

Al respecto hay que indicar que nos encontramos ante una expropiación urgente y a que tenor de la regla 7ª del art. 52 LEF, efectuada la ocupación de las fincas se tramitará el expediente de expropiación en sus fases de justiprecio y pago, siempre teniendo presente que es el comienzo del expediente de justiprecio el que marca la fecha de valoración de conformidad con el art. 36 LEF. La fecha de inicio del expediente de justiprecio no ha de confundirse con la propia del Acta previa a la ocupación y tampoco con la de ocupación de los bienes si por alguna anómala circunstancias ésta se hubiera producido con anterioridad. Si la Administración demora el inicio del expediente de justiprecio, como ya indicó el TS en sentencia de 4 de marzo de 1986, “no puede pretenderse que tal circunstancia privilegie al expropiante remitiendo la valoración a fechas anteriores, con lo cual aquella sería inactual y pugnaría con las normas y principios inspiradores de la Ley expropiatoria”. Habrá que estar, por tanto, a la iniciación real del expediente de justiprecio que, en el presente supuesto, hay que referir a la fecha de requerimiento al expropiado para que formule su hoja de aprecio y que según resulta del expediente administrativo es la de 9 de mayo de 2006.

Sobre la base anterior, a dicha fecha, según consta en el informe emitido por Arquitecto resultado de la prueba pericial practicada en el proceso, el terreno que ahora valoramos se encontraba integrado en el Suelo Urbanizable Sectorizado con uso industrial, Sector 41-Pelagatos 3-, definido en el Plan General de Ordenación Urbanística de Chiclana de la Frontera, aprobado definitivamente por la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Provincia de Cádiz de fecha 23 de diciembre de 2003, tal y como resulta de la ficha urbanística obrante en el citado dictamen.

Como se indica en el informe pericial, la inaplicabilidad de la Ponencia de Valores Catastrales aprobada el 1 de enero de 1994, determina que por aplicación del art. 27 de la Ley 10/2003, de 20 de marzo de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, el método de valoración deba ser el residual dinámico arrojando un valor final, tras la aplicación de la fórmula de cálculo prevista en la Orden ECO/805/2003 de 131.971,71 € y que aceptamos en cuanto que nada se ha opuesto a la validez de los parámetros utilizados para el cálculo.

Respecto al valor de los eucaliptos existentes en la finca, no es un Arquitecto el técnico más cualificado para la determinación de su precio, razón por

la cual debe prevalecer la valoración reflejada en el acuerdo del Jurado de Expropiación de 804 € en cuanto órgano especialmente cualificado.

En cuanto al vallado o cerramiento ya fue valorado en el primitivo expediente de justiprecio determinado definitivamente por la sentencia antes citada de esta Sala de fecha 23 de diciembre de 2008 por lo que no procede fijar valor alguno.

De esta forma, el justiprecio lo fijamos en la cantidad total de 139.414,50 €, incluido premio de afección.

Por último, respecto al devengo de intereses en procedimientos declarados de urgencia existen múltiples pronunciamientos del TSJ y citando el contenido en la sentencia de 27 de octubre de 2007 hay que señalar que: “En las expropiaciones de carácter urgente, la determinación del “dies a quo”, a efectos del cómputo de intereses por la demora en la fijación del justiprecio, se produce, como norma general, al día siguiente de la fecha de la efectiva ocupación de los bienes o derechos (artículo 52.8 de la Ley de Expropiación Forzosa) hasta que el justiprecio fijado definitivamente en vía administrativa se paga, deposita o consigna eficazmente, sin que, por tanto, exista solución de continuidad entre los intereses de los artículos 56 (demora en la fijación) y 57 (demora en el pago) de la Ley de Expropiación Forzosa, debido a la disposición por parte del beneficiario de los bienes o derechos sin previo pago. Cuando el justiprecio se modificase en vía judicial, el periodo de devengo es el mismo pero sobre la cantidad determinada en sentencia firme y liquidándose con efectos retroactivos. Si, a pesar de la declaración de urgencia, la ocupación tuviese lugar después de transcurridos seis meses de tal declaración de urgencia, al entenderse con ésta cumplido el trámite de declaración de necesidad de ocupación (artículo 52.1ª de la Ley de Expropiación Forzosa), el dies a quo será el siguiente a aquél en que se cumplan los seis meses de la declaración de urgencia, salvo que la declaración de urgencia no contuviese la relación de bienes o derechos expropiables ni referencia a un proyecto y replanteo aprobados o reformados posteriormente, porque, en este caso, el dies a quo será el siguiente aquél en que se cumplan los seis meses de la aprobación de dicha relación de bienes o derechos a expropiar o del proyecto y replanteo, porque será desde este momento cuando se conocerán los que habrán de ser expropiados.”

Partiendo de estas consideraciones, dado que desconocemos cuanto tuvo lugar el acuerdo de necesidad de ocupación que el levantamiento del Acta previa de ocupación tuvo lugar el 20 de abril de 2006, los intereses devengados por retraso en el pago del justiprecio serán los devengados a partir del día siguiente de dicha fecha hasta su total pago, sobre la cantidad que como justiprecio se fija en esta sentencia y teniendo presente que con fecha 25 de septiembre de 2007 se abonó el justiprecio fijado por el Jurado de Expro-

piación (2.840,54 €), sin que quepa su aplicación por los conceptos de depósito previo y rápida ocupación puesto que el primero no tuvo lugar y tampoco se aprecia perjuicio alguno que de lugar al nacimiento del derecho al cobro de cantidad alguna por rápida ocupación.

(St. de 26 de abril de 2010. Sala de Sevilla. Ponente Vázquez García)

XII. EXPROPIACIÓN

Valoraciones de fincas rústicas. Indemnización por responsabilidad. Improcedencia de plantearla por vez primera en el recurso contencioso como cuestión principal.

Se impugna en el presente proceso el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Córdoba, adoptado en sesión celebrada el día 7 de marzo de 2007, confirmando en reposición el de 18 de octubre de 2006 y por el que se fija en la cantidad de 50.888,63 € el justiprecio, incluido premio de afección, correspondiente a la expropiación de la finca nº 14-240.0025 (parcela 86, polígono 25) del término municipal de Espejo (Córdoba), en una superficie de 1,0926 Has por parte del Ministerio de Fomento para la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Occidental en ejecución de la obra 23-CO-3550 “N-432 de Badajoz a Granada. Variante de Espejo”.

Fija la actora definitivamente su pretensión en el escrito de conclusiones instando que el justiprecio, conforme al informe pericial resultado de la prueba practicada en el proceso, se eleve a la cantidad de 62.820,14 €, incluido premio de afección, incrementada en un 25 % en concepto de indemnización por nulidad del procedimiento expropiatorio hasta alcanzar la suma de 78.525,17 €.

El reproche que se dirige al acuerdo del órgano de valoración es el de falta de motivación unido al error en la utilización del método de valoración por cuanto el Jurado de Expropiación, según la recurrente, se fundamenta indebidamente en el método de capitalización de rentas cuando, al encontrarnos con suelo no urbanizable, el método a utilizar con carácter preferente es el de comparación, según resulta del art. 26.1 de la Ley 6/1998.

No es acogible la afirmación de la actora sobre falta de motivación del acuerdo del Jurado de Expropiación. Ya en su resolución inicial se precisa que para efectuar la valoración del terreno se han tenido en cuenta las características del mismo, su ubicación y entorno, así como sus posibilidades, añadiendo en el acuerdo desestimatorio del recurso de reposición que es

adecuada la valoración del terreno expropiado teniendo en cuenta que se trata de olivar de secano y que los precios que propusieron los dos vocales Ingenieros Agrónomos de la Administración del Estado superan el máximo previsto (22.500 €/Ha) para el citado olivar en el término municipal de Espejo por la Delegación Provincial de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía en los valores de referencia de bienes rústicos con finalidad tributaria para el año 2005. Hay por tanto una mención a los criterios utilizados en la valoración con referencia suficiente a los elementos tomados en consideración para la determinación del justiprecio.

En cuanto al método utilizado, es cierto que el art. 26.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones dispone que el valor del suelo no urbanizable se determinará por el método de comparación a partir de valores de fincas análogas, añadiendo en su apartado 2 que cuando por la inexistencia de valores comparables no sea posible la aplicación del método indicado en el punto anterior, el valor del suelo no urbanizable se determinará mediante la capitalización de las rentas reales o potenciales del suelo, y conforme a su estado en el momento de la valoración.

Sobre la base normativa anterior, en el presente supuesto no se advierte del expediente remitido de dónde concluye la recurrente que el JEF haya utilizado el método de capitalización de rentas en cualquiera de sus dos modalidades, reales o potenciales. En ningún momento se hace mención a la utilización de dicho método ni resulta implícito del contenido de los acuerdos del JEF quien, muy al contrario, al resolver el recurso de reposición explícita las razones por las cuales, siempre dentro del método de comparación, no se acepta como testigos las valoraciones realizadas por el JEF de Toledo en fincas colindantes a la provincia de Córdoba así como una valoración por mutuo acuerdo de otra finca afectada por el mismo proyecto sobre la base de la lejanía del término municipal de Espejo de la zona de Córdoba próxima a la provincia de Toledo en el primer caso y, en el segundo, porque no se acredita que la finca valorada por mutuo acuerdo sea de características iguales a la que de objeto de valoración en este proceso.

Por otro, ya dentro del método de comparación, en el dictamen de Ingeniero Agrónomo en que fundamenta la actora su pretensión y que se encuentra incorporado al proceso como resultado de la prueba pericial practicada, se señala que para determinar el valor real del terreno se ha acudido a entrevistas realizadas con vecinos de la localidad de Espejo y con un tasador compañero de profesión, refiriendo seis valoraciones muy dispares en cuanto al precio por Hectárea con mención exclusiva a su extensión y distancia al núcleo de población, pero sin la aportación de datos que permita apreciar la identidad o, cuando menos, semejanza sustancial en cuanto a sus características respecto de la finca expropiada así como los docu-

mentos acreditativos de que responden los testigos a transmisiones reales de fincas. Esta imprecisión hace inacogible el resultado valorativo que figura en el dictamen pericial.

Queda por tratar la pretensión de que el justiprecio, concluyendo que es el fijado por el JEF, pueda ser incrementado en un 25 % como indemnización por nulidad del expediente expropiatorio y que la actora refiere a la ausencia de información pública como trámite previo a la declaración de necesidad de ocupación a fin de posibilitar la oposición a la expropiación.

Hay que señalar que en el supuesto que nos ocupa se ha seguido el procedimiento de urgencia previsto en el art. 52 LEF y concordantes de su Reglamento. De esto modo es en los respectivos proyectos que aprueban las obras a realizar donde se precisaran los bienes y derechos que en su caso han de expropiarse para la necesaria ejecución de las previsiones de obra pública. Es precisamente en la tramitación de dichos proyectos donde los propietarios y titulares de derechos afectados en su día por la expropiación pueden adquirir conocimiento de la posibilidad de privación forzosa de sus bienes y llevar a cabo las alegaciones oportunas, cumpliéndose así la finalidad de evitar situaciones de indefensión en paralelo con lo que sucede en la relación de bienes y derechos a expropiar dentro del procedimiento ordinario.

En relación con el proyecto que da soporte a la expropiación del terreno de la recurrente desconocemos si se ha observado el trámite de información pública referido pues la documental aportada nada dice ni sobre su observancia ni sobre su omisión. No obstante, aunque diéramos por sentado que el citado trámite no ha sido cumplimentado, en cualquier caso nos encontramos con una cuestión nueva sobre la cual la Administración expropiante no ha tenido ocasión de pronunciarse pues ni se incluyó en la hoja de aprecio ni es uno de los conceptos que integran el justiprecio sobre los cuales debería de haberse pronunciado el JEF.

En realidad, como indica el Tribunal Supremo, Sección 6ª, en sentencia de fecha 16 de marzo de 2009 (recurso 7679/2005), la pretensión de incremento del justiprecio en un 25 %: “Constituye una manifestación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 121, en relación con el 125, de la Ley de Expropiación Forzosa), que tiene su propio y específico procedimiento en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

Debieron, pues, instar la oportuna reclamación por dicho cauce, sin que el artículo 65.3 de la Ley de esta jurisdicción sea el instrumento idóneo para ello, ya que alude a los daños y perjuicios cuyo resarcimiento constituya el objeto principal del litigio o que sean consecuencia de la anulación del acto contra el que se dirige la acción contencioso-administrativa.

Ciertamente”, (continúa la sentencia que transcribimos), “esta Sala ha admitido que, sin previa reclamación en la vía administrativa, pueda pedirse

por primera vez en sede jurisdiccional la indemnización como consecuencia de la ocupación de terrenos al margen de todo procedimiento, pero lo ha hecho en supuestos en los que se impugnaba la negativa administrativa a restituir el suelo indebidamente ocupado o a incoar un expediente de expropiación[sentencias de 22 de septiembre de 2003 (casación 8039/99, FJ 3º)] y 19 de abril de 2007 (casación 7241/02, FJ 4º)], así como en aquellos otros en los que se declaró la nulidad de dicho expediente por falta de cobertura, sin que cupiese la restitución in natura del bien expropiado[sentencia de 11 de marzo de 1996 (apelación 10573/91, FJ 4º)].

En definitiva, la indemnización de daños y perjuicios puede constituir una de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretende(artículo 31.2 de la Ley 29/1998). Y en este caso tiene todo su sentido la norma que habilita el planteamiento sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios como cuestión nueva en sede judicial, incluso en el trámite de conclusiones(artículo 65.3 de dicha Ley). En otros términos, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios puede hacerse directamente ante el tribunal de lo contencioso-administrativo en aquellos casos en que sea el único medio de restablecer plenamente la situación jurídica que el acto administrativo o la vía de hecho perturbaron, pero cuando se articula como cuestión principal, sin ningún vínculo directo con la actuación impugnada, resulta necesaria la previa formulación de la petición en vía administrativa.”

Queda por tanto excluida la posibilidad de reclamación el incremento del 25 % como indemnización del justiprecio en aquellos supuestos en los que dicha petición no formaba parte de la hoja de aprecio y se hace valer ahora al amparo de la impugnación del acuerdo del órgano de valoración como ocurre en el presente supuesto.

(St. de 4 de mayo de 2010. Sala de Sevilla Ponente Vázquez García)

XX. RESPONSABILIDAD

Daño: doctrina general. Reclamación por codemandada (empresa mixta) y aseguradora frente a resolución municipal reconociendo la responsabilidad por daños producidos por caída en vía pública al tropezar la demandante con arqueta en acerado. Necesidad de previo recurso por aseguradora y codemandada ante el Ayuntamiento.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es la resolución de 3-9-02 dictada por el Ayuntamiento de El Ejido que estimó parcialmente la

reclamación formulada por Dña. Isabel Navarro Molina, declarando que la empresa mixta de servicios municipales de El Ejido, S.A. asume la responsabilidad y pago de la indemnización por los daños personales sufridos el 18-8-01, cifrando la cuantía en 2.057,91,- euros.

La parte demandada, en su escrito de demanda, solicita la estimación del recurso, con nulidad del acto administrativo recurrido, justificándolo en las siguientes argumentaciones:

1.- La resolución administrativa impugnada incurre en error al considerar que los días de baja fueron 60, siendo 39 improductivos, y 21 no improductivos; ya que los días de curación debe cifrarse en 250, siendo 90 improductivos y 160 no improductivos.

2.- La resolución administrativa es insuficiente porque no refiere las secuelas sufridas por la recurrente, que han de valorarse en 20 puntos del baremo.

La parte actora suplica la estimación de la demanda y la declaración expresa de que la indemnización se cifre en 26.134,47,- euros.

La Administración demandada nada instó, al haber sido declarada decaída en el derecho de contestar a la demanda. Las partes codemandadas instan la desestimación del recurso presentado, fundamentado en que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

La responsabilidad directa y objetiva de la Administración, iniciada en nuestro Ordenamiento positivo por los antiguos artículos 121 a 123 de la Ley de Expropiación Forzosa y 405 a 414 de la Ley de Régimen Local de 1.955, y consagrada en el artículo 40 de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ha culminado en el artículo 106.2 de la Constitución, al establecer que los particulares, en los términos establecidos en la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Además, la Ley 30/1.992, de 26 de Noviembre, dedica expresamente a dicha materia el Capítulo primero del Título X (artículos 139 a 144), recogiendo, en esencia, la copiosa jurisprudencia existente sobre la materia -entre la que cabe citar las sentencias de 15 y 18 de Diciembre de 1.986, 19 de Enero de 1.987, 15 de Julio de 1.988, 13 de Marzo de 1.989 y 4 de Enero de 1.991- y que ha estructurado una compacta doctrina que, sintéticamente expuesta, establece:

a) que la cobertura patrimonial de toda clase de daños que los administrados sufran a consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, incluye a la total actividad administrativa, abarcando, por tanto, todo el tráfico ordinario de la Administración. De ahí que cuando se produzca un daño o lesión en un particular, sin que éste venga obligado a sopor-

tarlo en virtud de disposición legal o vínculo jurídico, hay que entender que se origina la obligación de resarcir por parte de la Administración, si se cumplen los requisitos exigibles para ello, ya que, al operar el daño o el perjuicio como meros hechos jurídicos, es totalmente irrelevante que la Administración haya obrado en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de mera actividad material o en omisión de una obligación legal.

b) que los requisitos exigibles son:

1^o) la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente valuable.

2^o) que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (nexo causal).

3^o) que no se haya producido por fuerza mayor y no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley (causas de exclusión).

Son hechos fácticos que han de tenerse en cuenta para la resolución del presente recurso contencioso administrativo:

Doña. el día 18-8-01 sufrió una caída cuando iba paseando por el boulevard de la localidad de El Ejido, en la confluencia con la calle Iglesia, al pisar una arqueta verde que se encontraba desnivelada con respecto al acerado.

La recurrente sufrió fractura, no desplazada, del tercio discal del peroné del tobillo izquierdo, que tardaron en curar 90 días. No le quedaron secuelas.

La recurrente padecía con anterioridad al accidente coxartrosis derecha avanzada, hernia discal y obesidad mórbida.

Presentada la reclamación ante el Ayuntamiento de El Ejido, éste dictó resolución por la que estimaba parcialmente la petición y declara que la empresa mixta de servicios municipales de El Ejido, S.A. asume la responsabilidad y pago de la indemnización por los daños personales sufridos el 18-8-01, cifrando la cuantía en 2.057,91,- euros; frente a esta resolución se interpone el presente recurso contencioso administrativo.

Se cuestiona por las partes codemandadas que no media responsabilidad patrimonial en relación a los hechos acaecidos el 18-8-01, aludiendo que no existe prueba que la avale, y que el informe de la policía local de El Ejido de fecha de 9-1-02 constata que la tapadera de la válvula de control de agua, a que la recurrente se refiere en su escrito de reclamación como la causante de la caída, estaba en perfecto estado y a nivel con el suelo (informe ratificado por el policía local n. 379 en las presentes actuaciones). Sin embargo esta consideraciones no pueden ser atendidas por la Sala, dado que la propia resolución administrativa recurrida sí declara la existencia de

responsabilidad patrimonial administrativa, pronunciamiento que no puede ser revocado por las manifestaciones de las partes codemandantes, que se posicionan al lado de la propia Administración, y que no han recurrido por sí la referida resolución administrativa (objeto del presente recurso contencioso administrativo). Y junto a ello, ha de precisarse que el coordinador de vías y señales, del área de obras públicas, mantenimiento y servicios del ente local en cuestión, constató en informe de fecha de 13-2-02 la existencia de un socavón en el lugar de los hechos, ordenando su reparación (lo cual puede observarse se ejecutó en la forma que se deriva del reportaje fotográfico obrante en las actuaciones).

Excluida la posibilidad de rechazar la concurrencia de la responsabilidad patrimonial, ha de entrar a valorarse si la cuantía indemnizatoria cifrada en la resolución administrativa impugnada se ajusta a la realidad. Dicha resolución establece que los días de baja fueron 60, siendo 39 improductivos, y 21 no improductivos; mientras que la recurrente, en fundamento al informe emitido por la Dra... especialista en valoración del daño corporal, considera que los días de curación debe cifrarse en 250, siendo 90 improductivos y 160 no improductivos, además de incluir la valoración de 20 puntos por las secuelas sufridas que refiere en la necrosis avascular de la cadera derecha.

Para analizar esta cuestión ha de estarse al informe emitido por el perito judicial, D... traumatólogo y especialista en valoración en el daño corporal, en cuyo informe de fecha 10-3-2009, ratificado en las presentes actuaciones, considera que el tiempo de curación ha de cifrarse válidamente en 90 días (como días improductivos) y que no puede determinarse la existencia de secuelas a raíz de la caída sufrida el 18-8-01, no existiendo relación de causalidad entre la misma y la prótesis total de cadera derecha (atendidos padecimientos anteriores sufridos por la propia recurrente).

Por ello, atendiendo a la objetividad e imparcialidad del referido informe, la Sala ha de estimar que la indemnización procedente en el presente caso ha de cifrarse en relación a 90 días improductivos, que valorados a 41,80,- euros cada uno, deben dar un resultado de 3.762,- euros. Consecuentemente, la cifra de 2.057,91,- euros de la resolución administrativa impugnada debe sustituirse por la de 3.762,- euros.

Sala de Granada (no se indica la fecha en la Sentencia; el recurso es el n.º 5280/2002). Ponente María Luisa Martín Morales

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

El debate final de la Ley de Autonomía Local de Andalucía

El pasado 26 de mayo el Pleno de la Cámara aprobó la Ley reguladora de la Autonomía Local de Andalucía, que sería publicada en el BOJA de 23 de junio¹. A punto de terminar su tramitación parlamentaria, el escenario en que se desarrollaría el debate final del proyecto de ley estuvo marcado por la escasa acogida que –a juicio de los grupos de oposición– tuvieron las numerosas enmiendas que habían presentado, de tal suerte que el texto remitido en su día por el Consejo de Gobierno únicamente había experimentado transformaciones relevantes con ocasión de la aprobación de enmiendas formuladas por el propio grupo socialista.

Y muy probablemente una de las novedades de mayor calado incorporadas al proyecto durante su tramitación parlamentaria fue la creación de un nuevo órgano, de composición exclusivamente local, que está llamado a intervenir en el proceso de toma de decisiones de la Comunidad Autónoma. El origen del mismo reside en la insatisfacción suscitada por el órgano de anclaje estatutario al que se le asignaba, entre otras, esa función, a saber, el Consejo Andaluz de Concertación Local; insatisfacción que se vio acrecentada a la vista de la absoluta preeminencia que su regulación legislativa atribuyó a la Junta de Andalucía, de tal suerte que es imposible que dicho órgano apruebe una decisión si no es aceptada por los representantes de la Comunidad Autónoma. En efecto, con independencia de cuál pueda ser su funcionamiento en la práctica, lo que sí resulta irrefutable es que, por su propia configuración normativa, se muestra muy alejado de los modelos de Derecho Comparado o del prefigurado en el Estatuto catalán, a saber, un órgano de composición exclusiva o preferentemente local que tiene como única o principal función la de permitir que los entes locales emitan su parecer respecto de los proyectos normativos emanados de otro nivel de gobierno que les afecten. No es de extrañar, por tanto,

¹ Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, cuya entrada en vigor estaba prevista a los treinta días de su publicación (Disposición final undécima).

dadas estas limitaciones del CACL, que por iniciativa de la FAMP se barajase la posibilidad de incluir en la Ley de Autonomía Local de Andalucía un nuevo órgano que reuniese las características referidas, el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales. Más concretamente, la propuesta de la FAMP apuntaba a la constitución de “un órgano de composición exclusivamente local con funciones de control preventivo de los planes o normativa autonómica que afecte a la autonomía de municipios y provincias”; lejos de concebirse como un órgano cooperativo de alcance general, el mismo estaría llamado a servir de forma exclusiva como “garantía de la autonomía local y preservación de la titularidad de las competencias de municipios y provincias”. A tal objeto, el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales conocería, con carácter previo, cuantos anteproyectos de planes, normas y actos administrativos generales elaborase la Comunidad Autónoma, informando “sobre el impacto que aquéllos ejerzan en el ámbito competencial local, pudiendo emitir juicios basados en criterios de legalidad y de oportunidad”. Todos sus integrantes serían de extracción local, puesto que la FAMP sugería que estuviese compuesto por la totalidad de la representación local en el CACL más cinco cargos electos locales propuestos por la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación, siendo su presidente elegido por mayoría absoluta del Consejo. Por lo demás, se contemplaba la posibilidad de que las decisiones del Consejo de Gobiernos Locales tuvieran alguna eficacia práctica, toda vez que se proponía que, en caso de que formulase observaciones o reparos a los proyectos autonómicos, la Comunidad Autónoma sólo podría rechazarlos motivando de forma expresa y detallada esta decisión.

Se trataba, por lo demás, de una propuesta que, como declaró el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen de 10 de diciembre de 2009, no planteaba ningún inconveniente desde el punto de vista de su adecuación al marco estatutario, siempre y cuando –claro está– la creación del nuevo órgano no entrañase una erosión de la función estatutaria del CACL como “ámbito permanente de dialogo y cooperación institucional” (art. 95 EAAnd). En cualquier caso, es evidente que la coexistencia de ambos Consejos precisaría la adaptación de la vigente Ley reguladora del CACL. El Dictamen del Consejo Consultivo únicamente matizó la naturaleza del “control preventivo” que pretendía vincularse con el nuevo Consejo, habida cuenta de que el control de constitucionalidad y “estatutoriedad” de las normas autonómicas está reservado al propio Consejo Consultivo por el Estatuto de Autonomía. Ahora bien, como se afirmó en el Dictamen, en puridad la propuesta de la FAMP no perseguía “configurar en sentido propio un órgano de control sobre actos autonómicos, normativos o de otra naturaleza, sino de establecer un nuevo y cualificado cauce participativo... que pueda contribuir a garantizar la autonomía local de la

mejor manera posible, que es tomando en consideración, en la medida de lo posible y en el momento adecuado, el parecer de las Entidades Locales sobre las decisiones autonómicas que les afectan, evitando conflictos o manifestaciones propias de la dimensión reaccional de dicha autonomía”. Nada cabía, en fin, objetar a la propuesta de la FAMP, ni siquiera en lo relativo a los efectos que se anudaban a las decisiones del nuevo Consejo, puesto que, como atinadamente razonó el Consejo Consultivo: “No se trata de regular ningún informe vinculante, ni un derecho de veto sobre decisiones autonómicas, sino de algo sustancialmente distinto: nada obsta para que un instrumento participativo tan cualificado como el que se desenvolvería con la actuación del Consejo de Gobiernos Locales pueda dar lugar a la emisión de juicios de oportunidad u opiniones fundadas en Derecho sobre normas, planes y medidas que por definición han de estar precedidos de una fase de consulta, en la que haga efectivo el derecho de participación de las Entidades Locales”.

Pues bien, esta propuesta de la FAMP ha conseguido abrirse paso en la tramitación parlamentaria de la Ley de Autonomía Local de Andalucía, que crea en efecto el Consejo Andaluz de Gobiernos Locales; nueva institución que se concibe “como órgano de representación de los municipios y las provincias ante las instituciones de la Junta de Andalucía con la finalidad de garantizar el respeto a las competencias locales” (art. 57.1). Por lo que hace a su composición, se consagra su carácter exclusivamente local, ya que “estará compuesto por la totalidad de la representación local en el Consejo Andaluz de Concertación Local más cinco cargos electos locales propuestos por la asociación de municipios y provincias de carácter autonómico de mayor implantación”, siendo elegida la presidencia por mayoría absoluta del Consejo (art. 57.4). Por otra parte, la regulación de su ámbito funcional se acerca también bastante a la propuesta de la FAMP, toda vez que está llamado a informar con carácter previo “cuantos anteproyectos de leyes, planes y proyectos de disposiciones generales se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía que afecten a las competencias locales propias”, determinando “el impacto que puedan ejercer sobre dichas competencias” (art. 57.2). No obstante, para calibrar en su justa medida el alcance de sus competencias no cabe soslayar alguna otra atribución que se le encomienda a lo largo del texto legislativo, como la previsión relativa a los programas de colaboración financiera de que el Consejo participe “en la definición de los parámetros a tener en cuenta para la aplicación de los recursos que la Administración de la Junta de Andalucía ponga a disposición de los entes locales” (art. 24.3). Por lo demás, los informes, que se aprueban por mayoría simple (art. 57.3) y pueden basarse en criterios de legalidad y oportunidad, “en ningún caso tendrán carácter vinculante” (art. 57.2). Y, sin embargo, tales informes distan de ser un mero trámite,

puesto que algunas consecuencias de relieve se anudan a los mismos: de una parte, se exige en caso de rechazo de las observaciones o reparos formulados por el Consejo que haya una “información expresa y detallada” al respecto (art. 57.5); y, de otro lado, se establece la obligación de que, en el trámite parlamentario de las disposiciones legislativas y planes que afecten a las competencias locales propias, sea conocida la posición del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales (art. 57.6).

Otra de las modificaciones introducidas durante la tramitación parlamentaria digna de mención tiene que ver con la delimitación de las competencias propias locales. En efecto, la redacción del artículo 6 del Proyecto, que se ceñía a remitir genéricamente a la Ley la delimitación de las competencias de municipios y provincias, no parecía ajustarse plenamente al régimen de las competencias propias locales establecido por el nuevo marco estatutario; nuevo marco en el que es la ley cualificada *ex* art. 108 EAA and la que, desarrollando el ámbito de competencias propias directamente perfilado en el propio art. 92.2 del Estatuto, está llamada a determinar ese *mínimum* competencial. De ahí que el grupo parlamentario socialista presentase una enmienda de adición, la núm. 125², que terminaría convirtiéndose en el definitivo artículo 6.2 de la LAULA: “Las competencias locales que determine la presente Ley tienen la consideración de propias y mínimas, y podrán ser ampliadas por las leyes sectoriales”. De este modo, aunque la Ley contenga un listado amplísimo de competencias propias municipales (art. 9), así como obviamente un catálogo de competencias provinciales (arts. 12–15), debe entenderse que supone un arsenal de atribuciones mínimo, ya que son ampliables por el legislador sectorial.

Para terminar ya con las referencias a las enmiendas que acabarían por abrirse paso en el texto inicialmente remitido por el ejecutivo, conviene recordar que una de las cuestiones que se consideró mejorable del proyecto afectaba a la espinosa cuestión de las subvenciones condicionadas. Así es; el proyecto se limitaba en su art. 24.2 a reiterar la previsión del Estatuto de que, adicionalmente al mecanismo de participación en tributos, la Junta de Andalucía podía emprender programas de colaboración financiera en materias específicas (art. 192.2); de tal suerte que un texto llamado a delimitar la autonomía del nivel local de gobierno rehusaba introducir ninguna cautela o garantía destinada a refrenar uno de los instrumentos que, en la práctica, muestra mayor potencialidad erosiva o, derechamente, menoscabadora de tal autonomía. A fin

² BOPA, núm. 450, de 4 de mayo de 2010, pág. 15.

de mejorar este aspecto del proyecto, la FAMP había sostenido la inclusión de un artículo que, *mutatis mutandis*, en línea con lo dispuesto por el art. 45 EAAnd en la esfera de las relaciones Estado/Junta de Andalucía, especificara qué posibilidades de actuación respecto de esos programas, ya normativas o de pura gestión, debían reservarse a los Entes locales en los diversos escenarios competenciales. Propuesta que, como vino a resolver el Dictamen del Consejo Consultivo, se acomodaba perfectamente al bloque de la constitucionalidad, de tal modo que nada impedía que se incorporase al texto definitivo de la Ley durante su tramitación parlamentaria.

Pues bien, como era de esperar, numerosas fueron las enmiendas que pretendieron garantizar la esfera competencial local en aquellos ámbitos materiales objeto de la colaboración financiera de la Comunidad Autónoma. A este respecto, merecen apuntarse las enmiendas número 75 y 243, de adición, de los grupos parlamentarios Izquierda Unida y Popular, respectivamente, en las cuales, de idéntico tenor literal, una vez reseñada la posibilidad de que los programas pudieran ejecutarse mediante convenio, se garantizaba “la intervención de las Entidades Locales en la concreción de los objetivos y condiciones de las actuaciones programadas, correspondiendo la ejecución íntegra de las actuaciones a las Entidades Locales, incluida la gestión de los fondos previstos para su realización que se le transfieran desde la Comunidad Autónoma y la tramitación administrativa”³. Como también se hace acreedora de una referencia expresa la enmienda núm. 78, también de adición y del grupo parlamentario Izquierda Unida, tendente a proteger las competencias locales en los casos de subvenciones a particulares, pues en estos supuestos habría asimismo de reconocerse a las Entidades Locales, “según los casos, facultades para especificar y complementar los objetivos, condiciones y requisitos del otorgamiento, así como para la ejecución y gestión a la que deban sujetarse”⁴.

Sin embargo, ninguna de estas enmiendas especialmente protectoras de la autonomía funcional de los gobiernos locales gozaría del respaldo de la mayoría de la Cámara. Sí prosperó, por el contrario, otra fórmula menos ambiciosa de defensa del nivel local de gobierno frente al “mayor Presupuesto” de la Junta, aunque, en cualquier caso, siempre supuso una mejora respecto del texto presentado por el ejecutivo a la Mesa del Parlamento. Hacia esta dirección

³ BOPA, núm. 450, de 4 de mayo de 2010, págs. 9 y 33.

⁴ BOPA, núm. 450, de 4 de mayo de 2010, pág. 9.

apuntaba la enmienda núm. 74 del grupo Izquierda Unida, que defendía que en la elaboración de los programas de colaboración financiera deberían “participar las Entidades Locales mediante informe preceptivo del Consejo Andaluz de Concertación Local”. Pero sería la enmienda núm. 157 presentada por el grupo parlamentario socialista, de modificación del art. 24 del Proyecto, la que acabaría plasmándose en el definitivo artículo 24 de la LAULA⁵. La enmienda sugería, de una parte, la inclusión del siguiente inciso final en el art. 24.2 del Proyecto: “La determinación de las entidades beneficiarias [de los programas de colaboración financiera] responderá a criterios objetivos y estará su-peditada a su aceptación”. Y, de otro, lado la enmienda establecía la adición de dos nuevos apartados a dicho art. 24 del Proyecto:

“3. En la elaboración de estos programas deberán participar las Entidades locales. Así mismo el Consejo de Gobiernos Locales participará en la definición de los parámetros a tener en cuenta para la aplicación de los recursos que la Administración de la Junta de Andalucía ponga a disposición de los Entes Locales.

“4. Los programas y recursos derivados de los mismos serán objeto de desarrollo y regulación en los términos que reglamentariamente se establezcan, por la Consejería competente en materia de hacienda”.

La aprobación de esta enmienda implica, por tanto, dar participación a las entidades locales, a través de su nuevo órgano representativo, en la elaboración de los programas de subvenciones y en la fijación de los parámetros para la aplicación de los fondos canalizados desde la Junta de Andalucía; aunque, al tiempo, se pretende salvar un espacio de maniobra normativa a favor de la Consejería competente en materia hacendística.

Decía líneas arriba que el debate final del Proyecto de Ley de Autonomía Local de Andalucía debía enmarcarse en el escaso éxito que habían alcanzado las enmiendas presentadas por la oposición, de tal modo que los grupos popular e Izquierda Unida habían mantenido las principales hasta el momento final de la votación de la Ley en el Pleno. Importa, no obstante, notar otra circunstancia que tuvo una enorme influencia en el modo en que se desarrollaron las intervenciones en la Cámara, a saber, que el debate final de este proyecto de ley se celebró conjuntamente con el de la Ley Reguladora de la Par-

⁵ BOPA, núm. 450, de 4 de mayo de 2010, pág. 18.

ticipación de las Entidades Locales en los Tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, subrayándose así, gráficamente, la estrecha relación que existe entre el reconocimiento de la autonomía y la provisión de medios financieros suficientes para que el ejercicio de la misma sea real y efectivo. Y, en buena medida, fue el reconocimiento de que esta última no estaba a la altura de las necesidades de los gobiernos locales la razón que explica por qué la primera sólo fue secundada por el grupo parlamentario que apoya al ejecutivo.

Ciertamente, los portavoces de la oposición destacaron en sus intervenciones esa conexión tan íntima entre ambas leyes que, sencillamente, únicamente resultaba congruente aprobarlas conjuntamente o rechazarlas en bloque. En este sentido, el portavoz que abrió el debate, el Sr. Valderas Sosa, prácticamente comenzó su alocución afirmando: "... son dos leyes que están estrechamente vinculadas. Tan vinculadas que ambas leyes no solo se dan la mano, sino que una sin otra, la LAULA sin la PICA o la PICA sin la LAULA, no tendrían ningún sentido. Pero yo digo aún más: no tendría ningún sentido la LAULA si, al mismo tiempo, no fuera acompañada de una adecuada Ley de Participación en los Tributos de la Comunidad por parte de todos los ayuntamientos y diputaciones —en este caso, más los ayuntamientos— del conjunto de nuestra Comunidad Autónoma"⁶. Así, pues, el eje transversal que atraviesa las intervenciones de la oposición, tendente a explicar su rechazo a los proyectos legislativos, fue precisamente que los mismos no abordasen resueltamente la solución de los problemas financieros del nivel local de gobierno. Ésta es, desde luego, la impresión que, de forma inequívoca, dejó traslucir el portavoz del grupo parlamentario Izquierda Unida. Tras describir un escenario de "asfixia económica municipal, falta de liquidez, una situación preocupante de endeudamiento, y un ataque que yo denominé 'garrote vil' o 'garrotazo', de hace tres días, a los ayuntamientos por parte del Gobierno del Estado", justificaría así la actitud de su grupo: "Por eso todavía cobra más valor nuestra posición política, porque la posición política responsable no es siempre de sí o de abstención: también hay posiciones políticas responsables fundamentadas cuando se da un no fundamentado a determinadas materias porque es posible mejorarlas... Por lo tanto, ayuntamientos con cada vez más reivindicaciones de carácter social, con competencias asumidas sin recursos. No lo digo yo: lo dice el Presidente de la FEMP, lo dice el Presidente de la FAMP, lo vienen diciendo desde hace bastante tiempo. Por eso reclaman un nuevo modelo de financiación, una ley de financiación que poner a una ley de autonomía local. ¿Qué es

⁶ *Diario de Sesiones. Pleno de la Cámara*, núm. 84, VIII Legislatura, 2010, pág. 21.

la Ley de Autonomía Local sin una ley de financiación? Papel mojado, compañeros y compañeras, absolutamente nada”⁷. En consecuencia, de acuerdo con la línea argumental que estructuró la disertación del Sr. Valderas, de poco sirve avanzar en la autonomía competencial del nivel local de gobierno si no se ve satisfactoriamente acompañada del aporte financiero pertinente: “No se reconoce la deuda histórica contraída por la Junta de Andalucía con los ayuntamientos por competencias y recursos asumidos. Que lo dicen todos los ayuntamientos, lo dice la FEMP y lo dice la FAMP: las competencias nuevas no van acompañadas de financiación. Se habla de que a los ayuntamientos se les plantean en esta ley nuevas competencias. Pero, amigo mío, los recursos son los que establece la PICA. Pues muy bien, la PICA establece 200 millones, si no hay un cambio y una modificación como hemos tratado de impulsar y negociar; pero hay una realidad, en este año los ayuntamientos recibirán menos que el año anterior...”⁸.

La intervención de la portavoz del grupo parlamentario popular, Sra. Crespo Díaz, también puso el acento en la deficiente forma de abordar el problema estructural de la financiación, pero extendió sus críticas a otros aspectos sustantivos de la LAULA. De entrada, reprochó que, frente al pretendido consenso que pretendía lograrse en la aprobación de la ley, el grupo socialista sólo había aceptado nueve de las ciento setenta y nueve presentadas por su grupo, “nueve que dicen que son iguales que la suya, nueve semánticas... Y lo han hecho para intentar tapar la imagen autoritaria, porque realmente no querían aceptar más, porque aceptar más significaría dar un cambio radical a estas leyes y significaría que estas leyes no solamente proclamarían la autonomía, que es lo que hacen, sino que la garantizarían”. Y apostillaría más adelante: “... el Gobierno no aprecia el consenso e intenta, ha intentado disimular con invitaciones a reuniones de paseillo y marketing por la Consejería de Gobernación, para inmediatamente decir que no, sistemáticamente, a las propuestas de los demás grupos”⁹. Así, pues, con independencia de la insatisfacción en materia económico-financiera, la señora Crespo apuntaría al núcleo duro de la LAULA, poniendo en cuestión su verdadera virtualidad de norma avanzada en la

⁷ *Diario de Sesiones cit.*, pág. 22.

⁸ *Diario de Sesiones cit.*, pág. 23.

⁹ *Diario de Sesiones cit.*, págs. 25-26.

construcción de la autonomía local y desvelando la razón última de esta resistencia a ir más allá: “Lo prefieren así porque, de otra forma, perderían el control sobre los ayuntamientos, y no sería lo que es, una ley intervencionista, que para todo hay que pedir un informe a la Junta de Andalucía, para todo, cualquier trámite de la Administración local. Porque perdería la posibilidad, el Gobierno andaluz, de dar los convenios, las subvenciones dedocráticas, y perderían parte de ese control municipal al que no piensan renunciar, y, por supuesto, no piensan renunciar antes de las próximas elecciones municipales”¹⁰.

Y, acto seguido, la portavoz del grupo popular ejemplificaría ese espíritu intervencionista de la Junta de Andalucía –que, a su juicio, impregna por entero el proyecto de ley– proyectando su análisis a dos aspectos del texto en cuestión. De una parte, apuntaría de plano a uno de los principales objetivos que animaron en su día la elaboración del proyecto, cual fue la pretensión de lograr un listado de competencias locales “blindado” frente a las eventuales injerencias del legislador sectorial gracias a la mayoría cualificada requerida por el art. 108 EAAAnd para la aprobación de la Ley. Pues bien, este objetivo se había frustrado plenamente con el actual proyecto: “La realidad, señorías, es que, con la LAULA, el Gobierno no transfiere ni una sola competencia. Ya todo lo posterga a futuras leyes sectoriales. Y ya hemos visto lo que pasa con la Ley de Aguas o con la Ley de Derecho a la Vivienda. Todo lo que no le gusta al Gobierno andaluz se lo anexiona a los ayuntamientos... Si realmente la rehabilitación autonómica de viviendas le interesa al Gobierno, se la queda el Gobierno. Realmente, hoy por hoy, esta ley que nos garantiza que es competencia propia el alumbrado público, realmente es algo que los ayuntamientos llevamos ejerciendo durante mucho tiempo, y además sin dinero para poder seguir ejerciendo...”.

Aunque el grueso de las críticas relativas al empeño de la Junta por mantener el control sobre los gobiernos locales lo dirigiría la señora Crespo a una de las enmiendas socialistas que fue incorporada al texto en el Informe de la Ponencia, a saber, la enmienda del art. 24 a la que antes hicimos alusión al abordar la cuestión de las subvenciones condicionadas. Así argumentó su rechazo a dicha enmienda la Sra. Crespo: “Sólo habla de financiación en dos artículos, señorías, el art. 24 y 25 de la LAULA, de forma exigua. Y, a diferencia del Partido Popular, el PSOE, con sus enmiendas, en vez de avanzar, retroce-

¹⁰ *Diario de Sesiones cit.*, pág. 26.

de y se ha incorporado al texto. Y nos parece una barbaridad que se haya incorporado la enmienda al artículo 24, en la que propone, señorías, y les leo textualmente: `Los programas y recursos derivados de las materias concretas serán objeto de desarrollo por parte de la Consejería en materia de Hacienda'. Es decir, señorías, algo tan sorprendente y contrario a lo que pretende la ley. En esta enmienda, se puede resumir el espíritu de control del Partido Socialista de Andalucía. Pretende volver aún más al sectarismo, a los alcaldes pediguños en las delegaciones y consejerías, a los convenios, a las subvenciones deducidas que el PSOE quiere seguir dando en esta Comunidad". En suma, en opinión de la portavoz del grupo popular, esta enmienda es plenamente representativa del carácter y naturaleza últimas de la Ley; razón por la cual bastaría ella sola para justificar el rechazo al texto en su conjunto: "Son un escándalo estas enmiendas del Partido Socialista. Es un escándalo político [aplausos] sobre el que deberían reflexionar antes de aprobar en esta Cámara, que va en contra del espíritu de la ley, que son los fondos incondicionados, que va en contra de la Carta Europea de Autonomía Local, y, por tanto, nada más que por esto, el Partido Popular debería votar en contra de esta ley; una ley sectaria, controladora e intervencionista que sólo sirve para los intereses partidistas del Partido Socialista en Andalucía"¹¹.

El portavoz del grupo socialista, Sr. Martínez Vidal, comenzaría su intervención haciendo una mención especial al ex Director General de Administración Local, el señor Manuel Zafra Víctor, de quien dijo que en buena medida podría reconocerse "en el texto que hoy saldrá adelante de la Ley de Autonomía". Una vez identificado el principal impulsor del texto y destacada la circunstancia de que el Gobierno cumpliera estrictamente con el calendario previsto en lo relativo a la presentación de los proyectos, el señor Martínez Vidal quiso, en primer término, subrayar el papel clave que está llamada a desempeñar la LAULA en el entramado jurídico de la Comunidad Autónoma: "... no estamos ante dos leyes cualesquiera. Sin desmerecer a ninguna otra, podría decirse de estas leyes, particularmente de la de autonomía local, que vienen a significar en relación al Estatuto lo que este y sus hermanos de las restantes comunidades autónomas significan respecto a la Constitución española. Si esto se dice, por parte de la doctrina científica, que conforma el bloque de la constitucionalidad, la Ley de Autonomía Local, necesaria por mandato estatutario del artículo 98, de mayoría reforzada por el artículo 108, conforma el bloque de lo que podríamos denominar la estatutoriedad. Es una ley estatu-

¹¹ *Diario de Sesiones cit.*, pág. 26.

yente, en tanto que afecta a la organización territorial y a la organización de las instituciones básicas. Por eso, según el 108, requiere esa mayoría reforzada, esa mayoría absoluta, porque da forma a una pieza estructural de la arquitectura político-institucional de la Comunidad Autónoma, como son las entidades locales”. Sentado lo anterior, apuntó de inmediato una valoración que, ciertamente, es difícilmente rebatible a la luz de la normativa existente al respecto en el conjunto del Estado: “... el diseño que se ha querido dar al encaje de lo local en el entramado institucional de la Comunidad Autónoma es el más ambicioso –y reto a las señorías del Partido Popular que gobiernan en algunas comunidades autónomas de nuestro país a que nos presenten un modelo que se pueda mínimamente comparar con el que se va a aprobar hoy–, es el más ambicioso, como les decía señorías, que se conoce en todo el Estado. Andalucía va a ser la primera comunidad autónoma de España en disponer, desde hoy, si la Cámara así lo decide, de una regulación normativa de primer rango para sus entidades locales... que no conoce, como les decía, parangón en el conjunto del Estado”¹².

Una buena parte de su intervención se centró, sin embargo, en desmantelar las tesis defendidas por los grupos de oposición de que no se había desplegado ningún esfuerzo para alcanzar un consenso en la materia, y que las enmiendas, lejos de mejorar, habían supuesto un deterioro del texto inicialmente remitido por el ejecutivo. Frente a estas valoraciones, la argumentación del portavoz socialista fue contundente: “... creemos que existe una apreciable optimización del texto primigenio –insisto, de gran calidad técnica y de firme apuesta política– tras las enmiendas de los distintos grupos que se incorporarán al texto definitivo. Y digo de los distintos grupos, y les pediría aquí que se detengan... Mi grupo, el Grupo Socialista, registró más de setenta enmiendas al articulado inicial que se incorporaron al texto en el trámite de Ponencia... Pero esas enmiendas son fruto de un proceso negociador con la FAMP... Y la FAMP la integran alcaldes que son de todos los signos políticos, una riqueza cromática más amplia, bastante más amplia que la que compone esta Cámara actualmente. Y... esas enmiendas consensuadas entre mi grupo, entre el Grupo Socialista y la FAMP, fueron respaldadas unánimemente por alcaldes tanto del Partido Popular como también de Izquierda Unida, en el Consejo Andaluz de Concertación Local. Luego no son exclusivamente las enmiendas del Grupo Socialista, son enmiendas en un número superior a setenta, que recogen el sentir de la comunidad política local andaluza. (...) Y es que, además, aparte

¹² *Diario de Sesiones cit.*, págs. 28–29.

de esas enmiendas –como digo, esas setenta y tantas enmiendas– que no eran exclusivas del Partido Socialista, se han aceptado un número de treinta en posteriores trámites –veinte al Grupo de Izquierda Unida... y once al Grupo Popular–; enmiendas que bien lo fueron a partir de sus redacciones originarias, que aceptó el Grupo Socialista en el trámite de ponencia o bien el trámite de dictamen, o bien que fueron objeto de transacción, en su momento, aceptada por alguno de estos dos grupos”¹³.

Y, en fin, el portavoz del grupo socialista no dejó pasar la ocasión sin contestar a dos de los reproche formulados a la LAULA por la portavoz popular. Frente a la pretendida dejación al legislador sectorial del ámbito competencial local, el Sr. Martínez Vidal insistiría: “Se determinan las competencias y potestades de los municipios en esa tabla exhaustiva que incorpora el artículo 9; competencias que suponen, además, un límite, una barrera frente a la ley sectorial”. Y frente al pretendido mecanismo de control de los gobiernos locales que tiene la Junta gracias a las subvenciones, argumentaría lo siguiente: “... el Partido Socialista gobierna en el 63,5% de los municipios de Andalucía, mientras que percibe el 56% de las ayudas; el Partido Popular gobierna en el 17,4%, y percibe el 21,70%. De media, los municipios gobernados por el Partido Popular perciben 320.000 euros más que los gobernados por el Partido Socialista. Ese es el sectarismo de nuestro partido a la hora de repartir las subvenciones, que se hacen, siempre, con criterios objetivos, transparentes, equitativos y justos”¹⁴.

La intervención con la que se cerró el debate final de la LAULA corrió a cargo del titular de la Consejería de Gobernación y Administración y Justicia, el Sr. Pizarro Medina, que impulsó el proyecto de ley. En su alocución, quiso resaltar en primer término la trascendencia que entrañaba la nueva ley en el proceso de construcción y desarrollo de la Comunidad Autónoma andaluza: “... yo, que tuve la suerte de vivir uno de los momentos históricos más importantes de nuestra tierra, cuando los andaluces, en el año 1980, peleamos por que Andalucía tuviera la autonomía... quiero decirle al grupo del PSOE que, con su voto, estamos, precisamente, también en estos momentos, al día de hoy... marcando un momento histórico, tan importante para el municipalismo de Andalucía como lo fue la autonomía para nuestra Comunidad Autónoma.

¹³ *Diario de Sesiones cit.*, págs. 29–30.

¹⁴ *Diario de Sesiones cit.*, págs. 31–32.

Eso es lo que estamos haciendo hoy, en este ejercicio de responsabilidad importante”. Y, en última instancia, la relevancia de la Ley enraíza en la certidumbre de que, con la misma, no viene sino a fortalecerse la democracia en la esfera local: “La Ley de Autonomía Local... va a determinar por primera vez y de forma completa y precisa la autonomía municipal, y el reconocimiento –y aquí está una de las claves fundamentales de este proyecto de ley– de la legitimidad democrática de los ayuntamientos de Andalucía... porque no hay en España ninguna ley que reconozca lo que nosotros hoy estamos aprobando en el Parlamento de Andalucía: el reconocimiento de la legitimidad democrática de los ayuntamientos... Es decir, hoy aquí estamos cumpliendo, desarrollando una parte importante de nuestra Constitución cuando considera que los ayuntamientos son Estado, y no meras administraciones de servicios. Eso es lo que establece la LAULA”¹⁵.

Y una vez que la mayoría de la Cámara rechazó las enmiendas que habían mantenido los grupos de oposición, el apoyo parlamentario que finalmente recibió la LAULA fue el que ya se había anticipado en los medios de comunicación y en los propios términos del debate, a saber, contó con el exclusivo respaldo del grupo socialista, suficiente por lo demás para alcanzar la mayoría absoluta exigida por el art. 108 EAAAnd (57 votos a favor, 48 votos en contra, ninguna abstención).

Manuel Medina Guerrero

¹⁵ *Diario de Sesiones cit.*, págs. 32–33.

CRÓNICA PARLAMENTARIA

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

Experiencias actuales de los bancos del agua en España. Estudio de los casos del Guadiana, Guadalquivir, Júcar y Segura¹

Teresa María Navarro Caballero

Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS DE LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO DEL AGUA CONSTITUIDOS EN LA ACTUALIDAD. A) Confederación Hidrográfica del Segura. B) Confederación Hidrográfica del Guadiana. 1. *El contexto normativo: el Plan Especial del Alto Guadiana.* 2. *La degradación del alto Guadiana como causa determinante del PEAG.* 3. *Primeras actuaciones normativas sobre la zona de influencia del PEAG como exponentes de la nueva política pública medioambiental.* 4. *El Plan especial del alto Guadiana: breve referencia a sus antecedentes, contenido y programas de medidas. Consideración especial de los centros de intercambio de derechos objeto de estudio.* C) Confederación Hidrográfica del Júcar. D) Confederación Hidrográfica del Guadalquivir. III. FINAL

RESUMEN:

Los centros de intercambio de derechos al uso del agua constituyen uno de los instrumentos más novedosos de entre todos los recogidos en el TRLA que tienden a la redistribución de los recursos hídricos, con la finalidad de optimizar socialmente su uso. Precisamente por tal circunstancia se han convertido en uno de los retos del actual Derecho de aguas español al representar un medio útil que, en conjunción con otros instrumentos de gestión del Dominio Público Hidráulico, permite afrontar la delicada situación hidrológica que desde hace años atraviesa nuestro país. A mayor abundamiento, el Real Decre-

¹ Este trabajo constituye una versión adaptada de la memoria del Proyecto de Investigación “Los bancos del Agua en España. Análisis de las experiencias actuales y propuestas de futuro”, desarrollado en el marco del Convenio específico de colaboración entre la Universidad de Murcia la Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua para la realización de actividades conjuntas de investigación en recursos hídricos, firmado el 21 de noviembre de 2008.

to—Ley 9/2006, de 15 de septiembre, por el que se adoptaban medidas urgentes para paliar los efectos de la sequía en las poblaciones y explotaciones agrarias de regadío de determinadas cuencas hidrográficas reforzó la eficacia de estos centros de intercambio con la finalidad de que este instrumento sirviera para dar respuesta a objetivos medioambientales o de interés de la Comunidad Autónoma, línea que fue seguida por los posteriores decretos de sequía. En virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2004 se aprobó la constitución de los mencionados centros de intercambio en las cuencas del Segura, Júcar y Guadiana. Posteriormente, el 4 de abril de 2008, el Consejo de Ministros adoptó el acuerdo por el que se autorizaba la constitución de un centro de intercambio en la cuenca del Guadalquivir. En el presente trabajo se efectúa un estudio y seguimiento del funcionamiento de los centros de intercambio en las cuatro cuencas hidrográficas en que se han constituido que permita concretar el alcance de su efectividad como instrumento de redistribución y de optimización social de caudales, de reordenación de los aprovechamientos y de la racionalización de su utilización.

Palabras clave:

Derecho de Aguas, bancos de agua, confederaciones hidrográficas, ofertas públicas de adquisición de derechos al agua

ABSTRACT:

“Centros de intercambio” of rights to the exclusive use of water are a new instrument in TRLA which redistribute water resources to optimize socially the use of water. They are a challenge of actual Spanish Water Law because they fight the actual drought. Indeed, the Real Decreto Ley 9/2006, 15 septiembre, increased the “centros de intercambio” to respond environmental objectives. The present work analyzes the operation of “centros de intercambio” in the Guadiana, Guadalquivir, Júcar and Segura basins to know water markets effectiveness in Spain.

Key words:

Water Law, water market, Confederations Basins, water community

I. INTRODUCCIÓN

Los centros de intercambio de derechos al uso del agua se crearon en el Derecho de aguas español, junto con el contrato de cesión, como uno de los instrumentos más novedosos de entre todos los recogidos en el TRLA que tienden a la redistribución de los recursos hídricos, con la finalidad de optimizar

socialmente su uso. Precisamente por tal circunstancia desde su origen se convirtieron en uno de los retos del actual Derecho de aguas español al representar un medio útil que, en conjunción con otros instrumentos de gestión del Dominio Público Hidráulico, permite afrontar la dramática situación hidrológica que desde hace años atraviesa nuestro país. En efecto, la necesidad de afrontar la situación de déficit hídrico que en algunas cuencas hidrográficas no era sólo coyuntural sino, antes al contrario, estructural requería adoptar una política hidráulica que combinara los tradicionales instrumentos de gestión de los recursos hídricos con los más modernos, como los bancos del agua. Éstos se convirtieron, así, en la alternativa al tradicional y rígido régimen concesional por presentar atractivos suficientes que aseguren la colaboración del concesionario, de gran trascendencia para la efectividad de su funcionamiento.

Esta figura está recibiendo un progresivo acogimiento por parte de la doctrina y Administración hídrica. De tal forma, una de las conclusiones del Seminario de Regiones Mediterráneas sobre la Visión Europea del Agua, celebrado en Castellón en 2008, y que se convirtió en la posición europea en el V Foro Mundial del Agua declaraba que los comúnmente denominados bancos de agua constituían un sistema que permitía una mejor apreciación del valor del recurso.

Pese a la importancia que para la reasignación de recursos hídricos tienen, los centros de intercambio de derechos al uso del agua se han configurado en el Derecho de aguas español con un marcado carácter excepcional, lo que se manifiesta, de un lado, porque su creación única y exclusivamente procede previo Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Medio Ambiente y, del otro, por las limitadas y singulares situaciones en que aquélla tendrá lugar. En efecto, la constitución de los centros de intercambio de derechos al uso del agua ha sido relegada por el legislador para situaciones particulares y de mayor gravedad que aquellos supuestos en que procederán los contratos de cesión. En virtud del artículo 71.1 del TRLA y 354.1 del RDPH, estas situaciones son las de falta de disponibilidad de recursos que obligue al Organismo de cuenca a fijar la explotación de los mismos para garantizar su uso racional (artículo 55); los casos de declaración de sobreexplotación de acuíferos (artículo 56); los supuestos de sequías extraordinarias, estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales (artículo 58); y, en fin, aquellos otros que reglamentariamente se determinen por concurrir situaciones análogas. Además, se permite a las Comunidades Autónomas instar a los Organismos de cuenca para realizar adquisiciones de derechos de uso del agua para atender fines de interés autonómico.

El elemento subjetivo de los centros de intercambio se integra, de un lado, de la Administración hidráulica que efectúa las ofertas públicas de adquisición y cesión de derechos y, del otro, de los usuarios que podrán concurrir a las mismas. Son, sin duda, estos últimos los que plantean mayores interrogantes en la medida en que su definición no ha quedado claramente establecida en el TR-LA ni en el RDPH, por lo que resulta de gran interés el conocimiento de las experiencias existentes en nuestro país. Debido a la finalidad de redistribución de caudales que es innata a los centros de intercambio, sólo podrán ceder sus derechos los concesionarios o titulares de aprovechamientos al uso privativo de las aguas que los tengan inscritos en el Registro de Aguas o en el catálogo de aprovechamientos de la cuenca. Éstos, en las solicitudes que dirijan al Organismo de cuenca con tal fin, deberán identificar el concesionario o titular que desea ceder sus derechos; el título jurídico que ampara el derecho al uso privativo de las aguas que ostenta el solicitante; el volumen de agua que está dispuesto a ceder; así como justificar el cumplimiento del resto de los requisitos fijados por el Organismo de cuenca para poder acudir a la oferta pública de adquisición, en especial los referentes a la calidad del recurso y a los criterios relativos al retorno de las aguas susceptibles de cesión.

De otro lado, el elemento objetivo de los centros de intercambio lo constituyen los derechos al uso privativo de las aguas que puedan ser objeto de intercambio porque reúnan los requisitos determinados en las ofertas públicas de adquisición y eventual cesión. En efecto, en aquéllas se determinarán no sólo las características de los aprovechamientos que puedan ceder o adquirir derechos sino también los requisitos técnicos de los recursos, en especial, los referentes a la calidad y al retorno de las aguas objeto de cesión. De igual modo, las ofertas públicas concretarán los criterios en cuya virtud el Organismo de cuenca seleccionará los derechos objeto de adquisición y aquéllos que resulten adjudicatarios de los mismos en la posterior cesión. De igual modo, integra el elemento objetivo el precio fijado por el Organismo de cuenca que reciban o abonen las partes por ceder o adquirir respectivamente los derechos en cuestión. Concretamente, los importes máximos y mínimos de la compensación económica así como las condiciones y formas de pago vendrán fijados en las ofertas públicas que realice el Organismo de cuenca, que habrá de tener en cuenta un porcentaje no superior al cinco por ciento en concepto de gastos de gestión.

El intercambio de los derechos se articula en dos fases distintas. En primer lugar, el Organismo de cuenca procede a la captación de derechos de uso del agua a través de las correspondientes ofertas públicas de adquisición de derechos, dirigidas a los concesionarios que reúnan las características detalladas en las mismas. En segundo término, se efectuará la posterior cesión de los dere-

chos adquiridos a aquellos usuarios que acepten las condiciones y precios ofertados por el Organismo de cuenca. Además, tanto las adquisiciones como las enajenaciones (cesiones) posteriores del derecho al uso del agua, deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia, así como llevarse a cabo conforme al procedimiento y criterios de selección que se determinen reglamentariamente.

La puesta en marcha de los centros de intercambio de derechos al uso del agua requiere que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Medio Ambiente, adopte un Acuerdo por el que apruebe la constitución de los mismos y faculte al Organismo de cuenca para realizar las ofertas públicas de adquisición de derechos, hecho que para los bancos del agua objeto de estudio tuvo lugar en 2004 y 2008.

La intervención administrativa en los centros de intercambio de derechos al uso del agua puede decirse que es plena. En efecto, la Administración se erige en la verdadera artífice de todo el procedimiento del intercambio. Pues, en primer lugar, la autoridad medioambiental solicita la constitución del centro de intercambio y, una vez aprobada por el Gobierno, será la Administración hidráulica la que dirigirá el proceso. Su intervención es total al concretar en todos sus extremos la oferta pública de adquisición de derechos y, posteriormente, hacer lo propio con la oferta pública de cesión de los mismos. Como consecuencia de esta activa participación pública, éstos se admiten abiertamente por quienes que muestran reticencias al contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas. En efecto, en este caso la Administración hídrica tiene un papel mucho más significativo que el de la mera intermediación entre las partes interesadas en adquirir o ceder caudales, pues en los centros de intercambio la Administración hídrica actúa como algo más que un intermediario ya que ella misma es quien determina la posibilidad de transacciones y su última finalidad. En coherencia con todo lo anterior se conciben los centros como un mecanismo de intercambio de caudales en el espacio y en el tiempo que están gestionados, supervisados y ordenados por la propia Administración, por lo se ha dicho que ningún otro mecanismo de mercado podría contar con más garantías de equidad, información pública y de respeto a la Ley.*

De la regulación legal y reglamentaria de los centros de intercambio expuesta se desprende que el legislador sólo ha tomado en consideración la pri-

* GARRRIDO COLMENERO, A., “Consideraciones económicas sobre los mercados de agua”, en *La reforma de la Ley de Aguas*, EMBID IRUJO, A. (dir), Cívitas, Madrid, 200, p. 515.

mera parte del proceso –la oferta pública de adquisición de caudales– sometiendo a una total ausencia de regulación la segunda parte del mismo –la posterior cesión de los caudales adquiridos–. Este es uno de los extremos en los que el conocimiento de la realidad resultaría de gran importancia, al permitir analizar y comparar cómo se ha articulado esta fase del procedimiento carente de regulación en las Confederaciones Hidrográficas objeto de estudio. Sin embargo, la práctica ha demostrado que esta segunda fase no ha tenido lugar hasta la fecha, ya que las ofertas se han limitado a la adquisición de derechos para su posterior destino a fines ambientales, como la conservación o mantenimiento de los caudales ecológicos².

II. ANÁLISIS DE LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO DEL AGUA CONSTITUIDOS EN LA ACTUALIDAD

La constitución de los centros de intercambio en las cuencas hidrográficas españolas ha requerido bastantes años –desde su creación por Ley 46/1999, de modificación de la Ley de Aguas de 1985– hasta su consumación en determinados Organismos de cuenca. Pese a que su creación es muy anterior, el Programa A.G.U.A. (Actuaciones para la Gestión y Utilización del Agua) del Ministerio de Medio Ambiente hace suyos los bancos del agua al considerarlos acordes con los principios asumidos por aquél. En efecto, el Programa A.G.U.A. previó la creación de un Banco Público del Agua en cada cuenca hidrográfica, como instrumento para reasignar los derechos históricos al agua con criterios de equidad, eficiencia y sostenibilidad, corrigiendo el déficit hídrico de las cuencas hidrográficas en que se constituyan y facilitando la consecución de un estado ecológico adecuado de sus aguas superficiales y subterráneas. Como se verá, finalmente solo se han constituido en las confederaciones más castigadas por la escasez de agua.

En virtud del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2004 se aprobó la constitución de los mencionados centros de intercambio en las cuencas del Segura, Júcar y Guadiana, sin embargo los Acuerdos de las Juntas

² Un estudio más detallado del régimen jurídico de este instrumento de reasignación puede verse en NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los instrumentos de gestión del Dominio público hidráulico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, y NAVARRO CABALLERO, T. M., “Los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas. Perspectivas actuales y retos de futuro”, *Retos del Derecho en el siglo XXI*, GARCÍA COSTA y PARDO LÓPEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 361–379.

de Gobierno de las respectivas Confederaciones no recayeron hasta el 15 de diciembre de 2006, 27 de febrero de 2007 y 4 de septiembre de 2007. Particularmente, en el caso de la cuenca del Guadiana el primer banco del agua se autorizó por un importe nada desdeñable de treinta millones de euros y reviste una gran trascendencia al constituirse como el principal instrumento diseñado en el Plan Especial del Alto Guadiana, junto con el contrato de cesión, con el que afrontar la sobreexplotación de los acuíferos de la misma. De igual modo, el Real Decreto-Ley 9/2006, de 15 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos de la sequía en las poblaciones y explotaciones agrarias de regadío de determinadas cuencas hidrográficas reforzó la eficacia de estos centros de intercambio con la finalidad de que este instrumento sirviera para dar respuesta a objetivos medioambientales o de interés de la Comunidad Autónoma. El reciente Real Decreto-Ley 14/2009, de 4 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas, ha seguido en esta dirección.

Más recientemente, el 4 de abril de 2008, el Consejo de Ministros ha adoptado el acuerdo por el que se autoriza la constitución de un centro de intercambio en la cuenca del Guadalquivir con la declarada intención de acometer una explotación más racional de los recursos hídricos y obtener así una mayor disponibilidad de los mismos, al tiempo de introducir nuevas formas de gestión del agua y una amplia concienciación de la sociedad en relación con las necesidades reales de agua y la mejor utilización de estos recursos.

En todos los casos son pues objetivos declarados de los centros de intercambio la reordenación de una parte importante de los recursos hídricos para aplicar los criterios de equidad, eficiencia y sostenibilidad así como corregir el déficit hídrico en estas Cuencas Hidrográficas, facilitando la consecución de un estado ecológico adecuado de sus aguas tanto superficiales como subterráneas.

Si bien ésta es la situación actual conviene no olvidar que las Confederaciones Hidrográficas se declaraban abiertamente incapaces de afrontar –en el corto plazo de tiempo que para que fuera efectivo requería el intercambio de caudales– un expediente de estas características, por lo que resulta de un elevado interés comprobar cómo están teniendo lugar finalmente los intercambios referidos a través de la experiencia de los citados Organismos de cuenca.

A) CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL SEGURA

En la CHS se han realizado hasta la fecha dos ofertas públicas de adquisición de derechos. La primera fue aprobada por Acuerdo de la Junta de Go-

bierno de la citada Confederación de 27 de febrero de 2007 y contaba con un presupuesto de licitación de 700.000 euros. En ella, resulta interesante destacar cómo de entre los diversos destinos que pudieran haberse dado a los caudales adquiridos la oferta nació con la declarada intención de destinarlos a contribuir al mantenimiento de los caudales medioambientales de los ríos Segura y Mundo así como a mejorar la garantía de los abastecimientos a población. En efecto, la sequía que a la sazón azotaba a la citada cuenca hacía previsible que en el año hidrológico en curso fuera preciso establecer limitaciones de aprovechamientos del orden, como mínimo, del 50% de los respectivos volúmenes inscritos o concesionales lo que conllevaría la consiguiente reducción de los equivalentes volúmenes ambientales circulantes por los cauces de la cuenca, afectando también previsiblemente al normal abastecimiento a población.

Para tal fin se han realizado en esta cuenca dos ofertas públicas de adquisición de derechos (en adelante OPAD) en los años 2007 y 2008. Como se ha indicado, la oferta 01/07 fue aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Segura en su sesión de 27 de febrero de 2007 y publicada en el BOE el 5 de abril del mismo año. La segunda oferta, la 01/2008, fue aprobada por la Comisión Permanente de la Junta de Gobierno de 7 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 23 de febrero de 2008. En ambos casos, la oferta pública tenía por objeto la enajenación por parte de sus titulares y la consiguiente adquisición por la CHS de los derechos que reunieran las condiciones que más adelante se detallarán. Lo significativo que ha de resaltarse en este momento es que, a diferencia de lo que sucede en otras cuencas, la enajenación tuvo carácter temporal por estar referida al año hidrológico 2007/2008, lo que planteó un problema práctico añadido ante la dificultad de concluir el procedimiento adquisitivo antes del comienzo de la campaña de riego, como habrá ocasión de comprobar. Los destinatarios de la OPAD fueron los concesionarios y titulares de aprovechamientos de carácter consuntivo cuyos derechos estuvieran inscritos en las Secciones A o C del Registro de Aguas o se encontraran en trámite de regularización con informe favorable del Servicio instructor. La cesión se refería a la totalidad del porcentaje de sus derechos que les correspondiera para el total del año hidrológico y una vez deducidos aquellas cantidades que hubieran consumido en el momento de suscribir el contrato. Sin embargo, ésta, que a priori parecía una exigencia lógica, tuvo una difícil aplicación en la práctica puesto que el proceso adquisitivo finalizó una vez comenzada la campaña de riego, momento en el que muchos de los cedentes habían hecho uso de su derecho al riego con la consiguiente disminución del caudal a ceder, provocando reticencia e incluso reclamaciones por parte de éstos ante la

corrección cuantitativa impuesta por la Confederación de los caudales finalmente objeto de adquisición.

De entre los requisitos impuestos en la OPAD a los aprovechamientos susceptibles de cesión cabe destacar la exigencia común en la mayoría de las experiencias de otras cuencas, de que aquéllos hubieran sido utilizados en al menos una de las campañas 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007. Es preciso resaltar que esta exigencia que se encamina a garantizar que los volúmenes objeto de la cesión fueran reales y, por lo tanto, efectivamente disponibles puede resultar un tanto laxa. Dado que el RDPH no establece ninguna exigencia al respecto para los centros de intercambio, hubiera sido recomendable haber seguido las exigencias más rigurosas impuestas para fijar el volumen objeto de la cesión en los supuestos del contrato de cesión. En efecto, el artículo 345 del RDPH exige para dicho cálculo que se tengan en cuenta los valores del volumen realmente utilizado durante los cinco últimos años, valor que se podrá corregir en función de la dotación objetivo que fije el plan hidrológico de la cuenca, los retornos que procedan, las circunstancias hidrológicas extremas y el respeto a los caudales medioambientales establecidos o, en su caso, al buen uso del agua. En todo caso, para la determinación del volumen ofertable (el total real aprovechable a que tenga derecho el ofertante en el momento en que sea aceptada su oferta) se tendrían en cuenta las limitaciones que fueran establecidas o se consideraran previsibles para ese aprovechamiento por el Organismo de cuenca en el año hidrológico en curso.

Por otro lado, excepcionalmente se permitió ofertar una cantidad inferior al total neto aprovechable manteniendo el aprovechamiento en explotación si se justificaba debidamente que ambos usos eran compatibles, siempre que fuera posible medir separadamente las cantidades dedicadas a cada uso. Sin embargo, es necesario constatar que esta posibilidad no fue finalmente utilizada por ningún cedente.

La selección de los aprovechamientos se realizó priorizando las ofertas por razón, de un lado, de la ubicación de la explotación y menor influencia ambiental sobre los caudales y, del otro, por el menor precio de la misma. El importe máximo de la compensación económica se estableció en 0,18€ por metro cúbico. En el caso de que el aprovechamiento de los caudales por la Administración exigiera consumos eléctricos éstos serían abonados separadamente, estando el concesionario obligado a permitir el uso de sus instalaciones a tal efecto.

En la práctica, las experiencias de la cuenca del Segura han tenido, sin embargo, poca efectividad por diversas circunstancias. De un lado, la fal-

ta de previsión anticipada de la fecha de realización de las ofertas provocó que éstas concluyeran una vez iniciadas las campañas de riego. Sin duda, esta circunstancia hace aconsejable bien una mayor anticipación para futuras convocatorias, bien establecer el *dies ad quem* para la presentación de las solicitudes por los interesados no desde la fecha de publicación en el BOE, como hasta ahora, sino desde la fecha de publicación en los diarios oficiales de las Comunidades Autónomas implicadas, ante el menor retraso que éstos llevan respecto a las publicaciones del BOE. Por otro lado, cuantitativamente el volumen objeto de estos bancos no resulta significativo puesto que en la práctica no alcanza el 1% de los recursos manejados por la Confederación, lo que tal vez puede deberse al tipo de cultivo predominante en la cuenca. En efecto, el cultivo leñoso, en especial los cítricos, que se deje de regar durante un año requiere para su recuperación al menos cuatro años más por lo que parece recomendable que las adquisiciones se dirijan a otro tipo de cultivo (no leñoso) teniendo como destinatario este último.

B) CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL GUADIANA

1. EL CONTEXTO NORMATIVO: EL PLAN ESPECIAL DEL ALTO GUADIANA

La Confederación Hidrográfica del Guadiana goza de una experiencia más dilatada respecto a la convocatoria de ofertas públicas de adquisición de derechos al uso del agua. En efecto, la primera tuvo lugar por Resolución de la Presidencia de la Confederación de 25 de octubre de 2006 y fue publicada en el BOE el 11 de noviembre del mismo año. Posteriormente han tenido lugar otras tres ofertas, dos en el año 2007, una en 2008 y las más recientes de 2009. Los importes de dichas ofertas han ido aumentando cuantitativamente, desde los 600.000€ de la 1/06, 10.000.000€ la 1/07, 30.000.000€ la 2/07, 10.301.724,14€ la 1/08 o los más elevados de las últimas convocatorias de 2009 que ascendieron a 20.000€ y 11.950€.

La mayor importancia cuantitativa que las ofertas públicas de adquisición de derechos tienen en el ámbito de esta cuenca obedece al hecho de que aquéllas constituyen un instrumento de gran relevancia en el Plan Especial del Alto Guadiana (en adelante PEAG) aprobado por Real Decreto 13/2008, de 11 de enero. Es bien sabida la compleja problemática medioambiental a que se encuentra sometida la Cuenca Alta del Guadiana y que trata de afrontarse y remediarse a través del citado Plan. En efecto, la reordenación de los derechos de uso de aguas mencionada en la disposición adicional cuarta de la Ley

10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional tiene la finalidad declarada de propiciar la recuperación hídrica de las masas de agua subterránea así como la de mejorar el estado de las aguas superficiales asociadas a aquéllas. Pero antes de adentrarnos en el conjunto de medidas incorporadas al PEAG conviene abundar un tanto en la situación ambiental que ha llevado al mismo

Con fecha de 11 de enero de 2008 se aprueba el Plan Especial del Alto Guadiana en virtud de Real Decreto 13/2008³, cuya previsión legal encuentra justificación, como puede leerse en su preámbulo, en una situación ambientalmente muy degradada en este lugar como consecuencia de un conjunto de causas que interrelacionadas han conducido de forma progresiva a una amenaza importante para esta zona del territorio nacional⁴. Con amparo en la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional⁵, el PEAG se presenta como un acicate más para la necesaria instauración de una nueva política que, en plena integración con los objetivos medioambientales de la Directiva 2000/60/CE en relación con las aguas subterráneas⁶, afronte decididamente las causas del problema de la zona, establecien-

³ Su publicación tuvo lugar en el BOE de 24 de enero de 2008.

⁴ Como advierte DELGADO PIQUERAS, un conjunto de factores tecnológicos, económicos y sociológicos dio lugar en La Mancha a una explotación acelerada de los recursos hídricos subterráneos. Así mismo, la falta de previsión legislativa permitió un desordenado aprovechamiento agrícola que transformó ingentes extensiones de cultivos tradicionales de secano en modernas fincas de regadío, hecho que, junto a un clima no demasiado favorable, derivó en una negativa repercusión sobre los ecosistemas húmedos. En tal sentido, advierte el autor cómo hasta los años setenta las actuaciones de transformación agrícola hicieron desaparecer tres cuartas partes de las veinticincomil hectáreas que se calcula ocupaban los humedales en esta región. La mayoría de los que perduran son pequeñas lagunas de origen endorreico junto con los dos humedales más emblemáticos, las Tablas de Daimiel y las Lagunas de Ruidera (DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas y medio ambiente*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 301).

⁵ Ciertamente, la disposición adicional cuarta de la Ley del Plan Hidrológico Nacional ordena llevar a cabo una serie de actuaciones tendentes a mantener un uso sostenible de los acuíferos de la cuenca alta del Guadiana tales como la reordenación de los derechos de uso del agua, tendente a la recuperación ambiental de los acuíferos; la autorización de modificaciones en el régimen de explotación de los pozos existentes; la concesión de aguas subterráneas en situaciones de sequía o, en fin, cualesquiera otras medidas que pretendan el equilibrio hídrico y ambiental permanente de la citada cuenca.

⁶ En efecto, el artículo 4.1.b) ii) obliga a los Estados miembros en un plazo de quince años prorrogables en función del estado de las masas de aguas de que se trate, a proteger, mejorar y rege-

do un modo de actuación que conduzca a una progresiva y permanente mejora de la situación ambiental, propiciando un horizonte económicamente consolidado y sostenible de la actividad agrícola y económica en el territorio⁷.

Por otro lado, el ámbito territorial de aplicación del PEAG es la cuenca del río Guadiana, aguas arriba de la desembocadura del río Jabalón, incluyendo la cuenca de éste. Esto es, la cuenca alta del Guadiana que, con una extensión de 18.900 km², comprende la cabecera y cuenca alta del río, limitando al noroeste con la Sierra de Altamira, al norte y oeste con los Montes de Toledo y al sur con el Campo de Montiel, que constituye el origen del Guadiana en su río Píñilla. En el centro de la cuenca alta se ubica la Llanura Manchega, el elemento más característico de todo el territorio por su permeabilidad, y donde se encuentran los Ojos y las Tablas de Daimiel, rebosadero natural del acuífero 23. Como afirma el PEAG al describir la zona a la que afecta, el Alto Guadiana se caracteriza hidrológicamente por una destacable interacción entre las aguas superficiales y las subterráneas, debido a la abundancia de formaciones geológicas permeables, principalmente calcáreas, y a su relieve poco accidentado. Estas condiciones propiciaron una de las principales singularidades de esta zona semiárida como es la presencia de numerosos humedales –existen más de cien humedales en la Cuenca Alta del Guadiana– que sirven como reservas de biodiversidad y hábitats de una importante fauna y flora, además de contribuir, por las comunidades vegetales que llevan asociadas, a la retención de sedimentos y nutrientes de los suelos.

El Plan Especial del Alto Guadiana ha provocado valoraciones y expectativas encontradas, concibiéndose tan pronto como la vía de solución definitiva a medio y largo plazo (2015–2027) que permitirá alcanzar definitivamente un desarrollo sostenible en la zona de afección (en virtud de la reconversión de la

nerar todas las masas de agua subterránea así como garantizar un equilibrio entre la extracción y la alimentación de dichas aguas para alcanzar un buen estado de las aguas subterráneas. En armonía con tal dictado y, consecuentemente con la disposición adicional undécima 1. a) del TRLA, el PEAG tiene una vigencia temporal inicialmente limitada hasta el 31 de diciembre de 2015 aunque, si una vez transcurrido dicho término no se han alcanzado los objetivos de buen estado, lo que por otra parte parece previsible, podrán prorrogarse –eso sí, mediante real decreto del Gobierno de la Nación previo acuerdo con la Junta de Comunidades de Castilla–La Mancha– todas o algunas de sus medidas conforme a lo establecido en la mencionada disposición adicional del TRLA.

⁷ Preámbulo del Real Decreto 13/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Plan Especial del Alto Guadiana.

economía agraria y rural que las medidas de gestión, restricción y control de la demanda terminarán produciendo), como el instrumento a través del cual se llevará a la desertificación a la Mancha Húmeda, por asumir consumos muy superiores a los que permitiría la recuperación ambiental de la zona⁸.

2. LA DEGRADACIÓN DEL ALTO GUADIANA COMO CAUSA DETERMINANTE DEL PEAG

La consabida degradación de esta zona fue consecuencia de diversas acciones de tipo antropológico que originaron impactos en la zona y que han dado lugar a la misma. Así, el cambio de usos del suelo en virtud de la desecación de los humedales, la importante reducción de la superficie forestal que apenas ocupa un 15%⁹, el aumento de la superficie cultivada y de la actividad urbanizadora, o la extracción de agua subterránea, tan intensa y agotadora, que ha provocado la declaración de sobreexplotación de dos de las seis unidades hidrogeológicas del Alto Guadiana¹⁰.

Resulta interesante hacer una mención expresa a la desecación de humedales que tuvo lugar con ocasión de la Ley de 17 de julio de 1956, sobre saneamiento y colonización de los terrenos pantanosos que se extienden a los márgenes de los ríos Guadiana, Cigüela, Záncara y afluentes. Con amparo en la Ley de Colonización de Grandes Zonas de 1939, se consideraban colonizaciones de alto interés las que transformando profundamente las condiciones económicas y sociales de grandes extensiones de terreno exigían para su eje-

⁸ Buena cuenta de ello dan DELGADO PIQUERAS y GARRIDO CUENCA en “Política ambiental de Castilla-La Mancha”, *Observatorio de Políticas Ambientales 2008*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 433-435.

⁹ Es destacable el hecho de que la superficie ocupada por vegetación asociada a ríos, humedales y otros ecosistemas ligados al agua ha sufrido en los últimos años una importante reducción al tiempo que se ha incrementado la superficie forestal arbolada debido a plantaciones forestales destinadas básicamente a fines recreativos.

¹⁰ Una descripción más detallada de los distintas causas que han originado la situación de la Cuenca Alta del Guadiana puede verse en LÓPEZ SANZ, G., *La gestión del agua subterránea en la cuenca alta del río Guadiana: de la confrontación a la cooperación*, Imprenta Provincial, Ciudad Real, 1998, pp. 17 y ss., y COLETO, C., MARTÍNEZ CORTINA, L, y LLAMAS, R., (ed.), *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: la cuenca alta del Guadiana*, Fundación Marcelino Botín, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2002, *in totum*.

cución obras o trabajos complejos que, superando la capacidad privada, hacían necesario el apoyo técnico, financiero y jurídico del Estado. Entre estas tenían cabida, junto a las marismas, los terrenos pantanosos de gran extensión como los situados en los márgenes del Guadiana y declarados expresamente por la Ley de 1956 como improductivos. De tal forma, se entendía que mediante la ejecución de obras de encauzamiento y desecación estos terrenos yermos serían “rescatados para el cultivo agrícola y destinados a realizar en ellos una labor de colonización, con vista a solucionar un buen número de los problemas agrosociales existentes en las provincias de Ciudad Real, Toledo y Cuenca”. A tal fin, se procedió a la delimitación de la zona de saneamiento y colonización por el Consejo de Ministros, se cedió gratuitamente la Instituto Nacional de Colonización la fracción de dicha superficie que era titularidad del Estado, por ser dominio público, y se declaró de utilidad pública la expropiación a favor del citado Organismo de la fracción de la superficie delimitada que permaneciera inculta y fuera de dominio privado. Consecuentemente, se declaró de alto interés nacional las obras y trabajos de saneamiento y colonización de los terrenos pantanosos referidos y que habrían de ser ejecutadas con sujeción al Plan General de Colonización que aprobara el Gobierno.

3. PRIMERAS ACTUACIONES NORMATIVAS SOBRE LA ZONA DE INFLUENCIA DEL PEAG COMO EXPONENTES DE LA NUEVA POLÍTICA PÚBLICA MEDIOAMBIENTAL

Antes incluso de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 la zona del Alto Guadiana, ya fuertemente degradada, fue objeto de las determinantes y decididas actuaciones de los poderes públicos tendentes a iniciar su recuperación física en el marco de un giro copernicano en las políticas públicas sobre espacios naturales. Así, en primer lugar, el Decreto 1874/1973, de 28 de junio, declara Parque Nacional a las Tablas de Daimiel y crea una zona de Reserva Integral de aves acuáticas dentro del mismo. Con tal declaración, al amparo de la otrora vigente Ley de Montes de 1957, se pretendió asegurar, en beneficio de toda la comunidad, la conservación de uno de los ecosistemas más valiosos del territorio nacional y el más representativo de las zonas húmedas de la Mancha, cuya administración y gestión se encomendó al Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza¹¹. Con el fin de alcanzar los fines confesados por la disposición reglamentaria se constituyó el Patronato del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel cuyo cometido se centraba en la cooperación a la

¹¹ Artículos 1 y 4 del Decreto 1874/1973, de 28 de junio.

conservación y fomento del Parque, además de la redacción del proyecto de reglamentación aplicable al mismo que habría de ser sometido al Ministerio de Agricultura a través del Director del ICONA. Unos años más tarde, la Ley 25/1980, de 3 de mayo, sobre reclasificación del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel, se estableció un régimen jurídico especial que abarcaba tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas y estaba orientado a proteger el conjunto de los ecosistemas que lo integraban así como a promover la investigación y utilización en orden a la enseñanza y disfrute del Parque Nacional, en razón de su interés educativo, científico, cultural, recreativo, turístico y socioeconómico.

Precisamente esta norma vino a declarar la no aplicación al Parque Nacional de sendas disposiciones de 1918 sobre desecación y saneamiento de lagunas, marismas y terrenos pantanosos y la de 1956 sobre saneamiento y colonización a que se ha hecho referencia anteriormente. El nuevo régimen jurídico diseñando declara zona de protección el Parque Nacional a efectos cinegéticos, donde no se podrá realizar ninguna actividad que no sea de uso agrario y siempre que ésta sea compatible con el mismo. De igual modo, en las zonas de influencia no podrán realizarse actuaciones que puedan modificar o reducir las superficies de las áreas encharcadas o deteriorar la calidad de las aguas, sin el preceptivo informe del Patronato del Parque. En fin, el desarrollo socioeconómico así como la ordenación y uso del parque y las normas sobre gestión y actuaciones de conservación y protección se encomiendan al plan director territorial de coordinación y el plan rector de uso y gestión; este último habría de ser confeccionado por el Ministerio de Agricultura, a través del Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza¹².

Tras la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, todos aquéllos que hubieran sido declarados antes de su entrada en vigor –lo que tuvo lugar el 5 de abril de 2007– quedaron integrados en la Red de Parques Nacionales¹³, que tenía como finalidad garantizar, como legado para las futuras generaciones, la conservación de una muestra representativa de los principales sis-

¹² Véanse los artículos 4 a 7 de la Ley 25/1980, de 3 de mayo, sobre reclasificación del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel.

¹³ Disposición adicional primera de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

temas naturales españoles¹⁴. A partir de esta norma, la gestión y organización de los Parques Nacionales corresponde directamente a las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se encuentran enclavados¹⁵. En cada uno de éstos, las Administraciones competentes han de elaborar un Plan Rector de Uso y Gestión que se convierte en el instrumento básico de planificación y cuyas determinaciones deben necesariamente ajustarse al Plan Director de la Red de Parques Nacionales, que corresponde realizar a la Administración General del Estado.

Finalmente, la profunda afección sufrida por el Parque Nacional de las Tablas de Daimiel hubo de ser además subvenida, entre otras medidas, por las transferencias de aguas provenientes de la cuenca del Tajo. En efecto, la primera disposición que con carácter temporal y experimental autorizó la derivación de volúmenes de agua de la cuenca alta del Tajo, a través del Acueducto Tajo-Segura, con destino al Parque Nacional de las Tablas de Daimiel fue la Ley 13/1987, de 17 de julio. Tal disposición recordaba que la conservación del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel constituía un compromiso ineludible del Estado español derivado tanto de la ley 25/1980, de 3 de mayo como de su inclusión en el convenio sobre humedales de importancia internacional (RAMSAR), de 18 de marzo de 1982. Ciertamente, el futuro del Parque era ya

¹⁴ A tal fin, la Red de Parques Nacionales habría de formar un sistema completo y representativo de dichos sistemas naturales; asegurar un marco adecuado para la conservación de los sistemas naturales, basado en la coordinación y cooperación interadministrativa; colaborar en el cumplimiento de los objetivos de los Parques Nacionales, tanto en el ámbito técnico como social o patrimonial; alcanzar sinergias en las acciones promovidas en el marco de la Red por las diferentes Administraciones públicas; cooperar, en el área de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales, en la implantación de modelos de desarrollo sostenible que sirvan de referencia para el conjunto del territorio; reforzar la imagen exterior y el papel internacional que desempeñan las políticas españolas en materia de Parques Nacionales, así como las aportaciones de las distintas Administraciones competentes; y, en fin, contribuir a la concienciación ambiental en la sociedad, en colaboración con las instituciones y organizaciones pertinentes (véase el artículo 4 de la Ley que fija los objetivos de la Red de Parques Nacionales).

¹⁵ Salvo la gestión de los Parques Nacionales declarados sobre aguas marinas bajo soberanía o jurisdicción nacional, cuando el ecosistema protegido carezca de continuidad ecológica con la parte terrestre o la zona marítimo-terrestre situadas en la Comunidad Autónoma, que corresponde a la Administración General del Estado. Ahora bien, cuando un Parque Nacional se extiende por el territorio de dos o más Comunidades Autónomas la gestión no se atribuye a ésta sino que se ordena a las Comunidades Autónomas implicadas la búsqueda, de común acuerdo, de las fórmulas de colaboración necesarias para asegurar la aplicación del principio de gestión integrada (artículo 16 de la Ley 5/2007, de la Red de Parques Nacionales).

muy incierto y su degradación creciente, como consecuencia de acciones humanas que habían roto los equilibrios naturales que permitían la existencia del ecosistema tan singular, en concreto, las conocidas cuantiosas y crecientes extracciones de aguas subterráneas en el acuífero de la llanura manchega que provocaron un descenso generalizado y progresivo de los niveles freáticos. Conservar el ecosistema en condiciones similares a las que existían antes de su declaración como Parque Nacional exigía restituir, de alguna manera, las aportaciones hídricas necesarias, lo que tuvo lugar mediante la derivación de caudales de la cuenca alta del Tajo regulada en la Ley que serían vertidos a los cauces de los ríos de la cuenca alta del Guadiana hasta el Parque Nacional (Riansares o Ciguela). La Ley otorgó durante tres años un volumen de agua no superior a 60 hm³, sin que la dotación derivada en un año superara los 30 hm³ y sin que dicho caudal pudiera ser destinado a usos diferentes de los medioambientales¹⁶.

Resulta de interés destacar que el artículo 1.4 de la citada Ley disponía que los volúmenes de agua cuya derivación autorizara eran independientes del computo de volúmenes trasvasados regulados por la ley 52/1980, de 16 de octubre, de regulación del régimen económico de la explotación del acueducto Tajo-Segura, lo que fue visto como un nuevo trasvase con cargo a otros recursos excedentarios de la cabecera del Tajo con independencia de los ya comprometidos legalmente hacia el Segura¹⁷. Dado su carácter temporal la Ley hubo de ser prorrogada en virtud de los Decretos-Leyes 6/1990, de 28 de diciembre y 5/1993, de 16 de abril, que dispusieron la aplicación por sendos períodos de tres años del mismo régimen de derivación de aguas establecido en la Ley 13/1987¹⁸.

¹⁶ Artículo 1.1. de la Ley 13/1987, de 17 de julio, de derivación de volúmenes de agua de la cuenca alta del tajo, a través del acueducto Tajo-Segura, con carácter experimental, con destino al Parque Nacional de las Tablas de Daimiel.

¹⁷ En este sentido se manifestó CLAVER VALDERAS, J. M., "Situación actual del Trasvase Tajo-Segura", *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, EMBID IRUJO, A., (dir.), Civitas, Madrid, 2002, p. 602.

¹⁸ Durante el período de vigencia de la Ley 13/1987 se autorizaron 41,20 hm³ y al amparo de los Decretos-Leyes se trasvasaron a las Tablas de Daimiel un total de 24,5 y 45 hm³ (CLAVER VALDERAS, *ibidem*, p. 602).

Recientemente, la difícil situación en que se encontraba el Parque, como consecuencia del incendio subterráneo que lo estaba asolando, el Consejo de Ministros aprobó el 6 de noviembre

Posteriormente, la importantísima sequía que azotó el país en los primeros años de la década de los noventa del pasado siglo hizo ver la necesidad de reforzar la potencialidad del acueducto Tajo–Segura como vertebrador territorial del centro y el sudeste de la península, no sólo para superar la situación coyuntural de sequía imperante, sino para paliar parte del problema estructural de desequilibrio hídrico. En este sentido, la Comisión de Infraestructuras y Medio Ambiente del Congreso de los Diputados adoptó una resolución por unanimidad en la que se solicitaba expresamente del Gobierno la presentación de un proyecto de ley para mejorar la explotación del acueducto Tajo–Segura. En su virtud se dictó el Real Decreto–Ley 8/1995, de 4 de agosto, que contenía una serie de medidas con las que se pretendía incrementar el rendimiento de las infraestructuras existentes con su utilización para resolver los graves problemas de abastecimiento urbano y mejorar al mismo tiempo el sistema de aporte al Parque Natural de la Tablas de Daimiel desde el acueducto Tajo–Segura. De este modo, con esta norma se posibilitó el trasvase a La Mancha de hasta 50 hm³ anuales creándose además una reserva de hasta 3 hm³ por año para atender demandas de abastecimiento menores en las inmediaciones del acueducto Tajo–Segura. Es decir, se autorizó la derivación de recursos hídricos del acueducto Tajo–Segura para el abastecimiento de la cuenta alta del río Guadiana, volumen medio anual derivado que, computado sobre un período máximo de diez años, no podría ser mayor de 50 hm³. Dentro de esta cuantía máxima se consideraban incluidas las dotaciones previstas para el Parque Natural de las Tablas de Daimiel en la Ley 13/1987, de 17 de julio, y en los Reales Decretos–leyes 6/1990, de 28 de diciembre, y 5/1993, de 16 de abril, que prorrogaron sus efectos, lo que otorgó a tales dotaciones carácter permanente¹⁹.

de 2009 una serie de medidas de emergencia para la extinción de la combustión de turba y la restitución de la superficie encharcada en el Parque Nacional de las Tablas de Daimiel. El objetivo de estas medidas es mantener una lamina de agua que permita recuperar el ecosistema del parque. Entre las medidas adoptadas destaca el envío, previo informe favorable de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo–Segura, de un trasvase de hasta un máximo de veinte hm³, para lo cual era imprescindible la conclusión de los trabajos de la tubería de la Llanura Manchega y de las obras complementarias necesarias. Las previsiones del Ministerio indicaban que la finalización de los trabajos complementarios necesarios permitiría realizar el citado trasvase en unas condiciones de eficiencia del 90–95 por 100.

¹⁹ Véase el artículo 1 del Real Decreto–ley 8/1995, de 4 de agosto, por el que se adoptan medidas urgentes de mejora del aprovechamiento del trasvase Tajo–Segura. La opción por la fórmula legal del Real Decreto–Ley no fue del todo compartida por algún sector en la medida en que las obras de conducción del agua desde el acueducto Tajo–Segura hasta su destino para abastecimiento en el Guadiana tardaron varios años en emprenderse. Así, hasta octubre de 2000

4. EL PLAN ESPECIAL DEL ALTO GUADIANA: BREVE REFERENCIA A SUS ANTECEDENTES, CONTENIDO Y PROGRAMAS DE MEDIDAS. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS OBJETO DE ESTUDIO

Para lograr la referida recuperación ambiental del Alto Guadiana las actuaciones previstas en el PEAG se articularon a través de las siguientes medidas: por medio de la ejecución de planes de ordenación de extracciones y de su revisión; por medio de la transformación de derechos sobre aguas privadas en concesiones de aguas públicas; por medio de la adquisición de derechos de uso de agua y de terrenos y, en fin, por medio de la celebración de los contratos de cesión de derechos de uso de agua. Tales medidas son desarrolladas en los artículos 2 y siguientes del Anexo I “Normas”, del PEAG. De entre ellas cabe destacar, por su interés para el objeto de este trabajo, la transformación de derechos privados en concesionales como paso previo a la futura y previsible celebración de los contratos de cesión de derechos al uso del agua. De tal forma, como ya permitió el Real Decreto Ley 9/2006, de 15 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío de determinadas cuencas hidrográficas, los titulares de aprovechamientos de aguas inscritos en el Catálogo de aguas privadas o en la Sección C del Registro de Aguas de la Cuenca podrán solicitar la inscripción en la Sección A de este último, para lo que instarán el otorgamiento de la correspondiente concesión.

Como expresamente indica el artículo 4.3 de las Normas del PEAG, una vez otorgadas las concesiones sus titulares podrán hacer uso del contrato de cesión de derechos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de dichas Normas.

Pero de suma importancia, por constituir el objeto directo del trabajo, es la posible adquisición de derechos de uso del agua y de terrenos prevista en el artículo 5 de las Normas del PEAG. De tal forma, a los efectos de propiciar la

no se publicó la declaración de impacto ambiental del proyecto de “Conducción de agua desde el Acueducto Tajo–Segura para incorporación de recursos a la llanura manchega (Cuenca–Toledo–Ciudad Real), Tramo Conducción principal y Ramal de Gasset” (BOE de 4 de octubre de 2000). En 2001 se publicó la declaración de impacto ambiental correspondiente al Ramal para abastecimiento de agua a Ciudad Real y Puertollano (BOE de 5 de julio de 2001). Estas circunstancias, unidas al retraso hasta febrero del año siguiente de la aprobación de la norma de la derivación de caudales hacia las Tablas de Daimiel para uso medioambiental lleva a CLAVER VALDERAS a enjuiciar la oportunidad del Real Decreto–Ley para articular tales medidas (ob. cit., p. 605 y 606).

más rápida y eficaz recuperación hídrica de las masas de agua subterránea y la mejora de los ecosistemas a ellas vinculados la Confederación del Guadiana realizará adquisiciones de derechos de propiedad sobre aguas privadas, sobre derechos de aprovechamiento temporal de aguas privadas, sobre concesiones de aguas y sobre terrenos. Debe adelantarse en este punto que las diversas ofertas de adquisición realizadas hasta el momento se han centrado en los derechos de aguas, postergando por el momento la adquisición de terrenos prevista en el PEAG y que tiene como finalidad la recuperación hídrica de la masa de agua subterránea y la mejora de los ecosistemas mediante la forestación de terrenos dedicados al cultivo agrícola.

Así pues, a los efectos de propiciar la más rápida y eficaz recuperación hídrica de las masas de agua subterránea y la mejora de los ecosistemas a ellas vinculadas, y sin perjuicio de la aplicación de otras técnicas de mejor gestión previstas en la legislación de aguas como la revisión concesional, la Confederación del Guadiana podrá llevar a cabo adquisiciones de derechos de propiedad de aguas que tendrán como finalidad en todo caso la consecución de los objetivos del PEAG y se llevarán a cabo a través del Centro de Intercambio de Derechos al Uso del Agua. Como expresamente se establece en el artículo 5 de las Normas del Plan, el Centro podrá destinar los derechos a los siguientes fines:

A) usos ambientales, de forma temporal o definitiva, en tanto perviva la situación de riesgo de la respectiva masa de agua subterránea, entendiéndose por actuaciones medioambientales las que tiendan a la recuperación de los niveles cuantitativos de la masa subterránea y de las masas de agua superficiales a ella asociadas.

B) por razones excepcionales y motivadas, a la cesión a otros usuarios o a la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha²⁰. Sin embargo, cabe resaltar que esta segunda opción no ha tenido lugar, habiéndose destinado los caudales adquiridos a través del centro de intercambio exclusivamente a la primera opción.

²⁰ De acuerdo con el artículo 5.2 de las Normas del PEAG, será el Consorcio el que proponga los criterios de otorgamiento de las concesiones que, en el caso de los usos agrícolas, habrán de ser destinados preferentemente a explotaciones de tipo social. La Confederación del Guadiana otorgará las concesiones tomando en consideración los criterios propuestos por el Consorcio, respetando en todo caso la legislación de aguas, el Plan Hidrológico del Guadiana y este Plan Especial, y atendiendo a las exigencias del interés público.

Según indican las propias Normas del PEAG, no podrá realizarse ninguna adquisición de derechos que no estén inscritos en el Catálogo de Aguas Privadas o en el Registro de Aguas, en su caso. Ésta se referirá con preferencia a la totalidad de los derechos inscritos en función de lo que técnica y ambientalmente sea justificadamente preferible, siendo la valoración de los mismos la que resulte de un estudio económico que realizará el Consorcio que atenderá, en el caso de las utilidades agrícolas, a la relación entre el agua y el valor añadido a la producción agrícola. En todo caso, para la valoración en concreto de los derechos a adquirir, se tendrá en cuenta fundamentalmente el grado de disponibilidad efectiva que tenga el titular en función de lo previsto en los Planes de ordenación de extracciones y de la situación fáctica de su aprovechamiento. En la elaboración del estudio económico, que será público, se dará audiencia a los órganos competentes en materia de agricultura de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y se someterá a informe de las Comunidades de Usuarios.

Una vez realizada la adquisición se procederá a la inscripción o, en su caso, modificación en el Registro de Aguas o en el Catálogo de aguas de la cuenca, según proceda. Igualmente se procederá a la clausura o en su caso modificación de las instalaciones existentes en las condiciones convenidas, como habrá ocasión de comprobar a continuación.

El Consorcio para la Gestión del Plan Especial del Alto Guadiana, pieza angular del mismo, se diseñó en el Protocolo de Colaboración entre la Administración General del Estado y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2007 como el órgano encargado de llevar a cabo las labores de ejecución, coordinación, impulso y seguimiento de las medidas contenidas en las Normas y Programas Sectoriales del PEAG y del Programa de Desarrollo Rural Sostenible del Alto Guadiana. Sus Estatutos fueron finalmente aprobados en virtud de un convenio de colaboración entre las citadas Administraciones, de 25 de febrero de 2008. Entre sus funciones cabe destacar la elaboración y propuesta a la Confederación Hidrográfica del Proyecto de Actuación para la adquisición de derechos y terrenos a que se refiere el artículo 8 de las Normas del PEAG.

Fijado el marco normativo en el que se insertan las distintas ofertas públicas de adquisición de derechos realizadas en la Cuenca del Guadiana se procede a la exposición de las mismas las cuales, con pequeños matices diferenciales, obedecen a las siguientes características. En primer lugar los titulares que podían participar en las operaciones del centro de intercambio serían los concesionarios y titulares de aprovechamientos al uso privativo de las aguas cu-

vos aprovechamientos destinados a regadío tuvieran sus captaciones o tomas en el perímetro del Acuífero de La Mancha Occidental declarado sobreexplotado por acuerdos de la Junta de Gobierno de la CHG del 4 de febrero de 1987 y 15 de diciembre de 1994 y dentro de la zona declarada sobreexplotada del acuífero del Campo de Montiel, todos ellos situados en la cuenca alta del Guadiana. Además, los titulares habrían de disponer de los caudales efectivos de agua que resultaran suficientes para atender los derechos cuya enajenación se proponía, para lo cual el Organismo de cuenca realizaría las comprobaciones que estimara necesarias. A mayor abundamiento, el pliego de prescripciones técnicas dispone que solamente se adquirirán derechos en aprovechamientos en los que se compruebe que existan caudales efectivos que sean suficientes para atender los citados derechos. Por otra parte, la calidad del agua objeto de cesión debería ser como mínimo la del agua apta para el riego, de acuerdo con las normas contenidas en el Plan Hidrológico I de la cuenca del Guadiana, lo que también sería evaluado por los servicios técnicos de la CHG.

La cesión, y esta es una diferencia importante con las operaciones realizadas por otros centros de intercambio de distintas Cuencas hidrográficas, se realiza en todos los casos con carácter definitivo y por el total destinado a riego que figure en el título acreditativo del aprovechamiento, quedando afectada a la superficie que esté adscrita al mismo. La adquisición se producirá sobre la totalidad de los derechos existentes sobre las aguas destinadas a riego del aprovechamiento de que se trate, incluido el pleno dominio de las mismas en el caso de que no pertenezcan al Dominio público hidráulico.

Hay que destacar la posibilidad de que la adquisición de derechos de aguas se combine con convenios sobre la utilización agroambientalmente adecuada, incluyendo la forestación de los terrenos a los que las aguas estén vinculadas y previa la firma del correspondiente contrato de forestación de las tierras afectadas. En esta hipótesis aún no materializada la superficie mínima que podrá acogerse al programa de forestación será de 5 hectáreas, siendo los trabajos de forestación realizados por la Administración, tanto las fases de plantación o establecimiento como el mantenimiento, recibiendo el propietario una prima compensatoria de 600€/ha durante 20 años a partir del momento de la ejecución de la forestación.

Los importes máximos y mínimos de la compensación económica por la cesión fueron en todos los casos 10.000€ y 3.000€ para los cultivos no leñosos y 6.000€ y 3.000€ para los cultivos leñosos. Los criterios de preferencia para la selección de aprovechamientos fueron los siguientes: 1) por razón de la ubicación de la toma la proximidad de las tomas o captaciones a los límites del Par-

que Nacional de las Tablas de Daimiel y del Parque Natural de las Lagunas de Ruidera, a humedales incluidos en la Red Regional de Áreas Protegidas, a las zonas de policía de los ríos o a captaciones para abastecimiento poblacional, por este orden; 2) por razón económica, menor importe por hectárea de regadío de la compensación solicitada en la oferta de adquisición de los derechos realizada.

Para la evaluación de las ofertas se establecía una puntuación que oscila entre los 25, 15 y 5 puntos, en función de que la distancia del aprovechamiento al Parque Nacional de las Tablas de Daimiel y del Parque Natural de las Lagunas del Ruidera sea menor o igual a 5 kilómetros; mayor de esta distancia y menor o igual que 10 kilómetros; o mayor que esta distancia y menor o igual que 15 kilómetros. En el supuesto de que la distancia del aprovechamiento sea menor o igual a 100 metros del borde del cauce la puntuación correctora es 15.

La puntuación del precio ofertado por hectárea de regadío de cultivos leñosos se obtiene aplicando la siguiente fórmula: puntuación = $60 - (0,01 \times \alpha)$, siendo este valor α el precio ofertado para cultivos leñosos en €/ha. Si se tiene derecho a regar exclusivamente cultivos no leñosos la puntuación se obtendrá aplicando la siguiente fórmula: puntuación = $(42 - 0,0042 \times \alpha)$, siendo este valor α el precio ofertado para cultivos no leñosos en €/ha. Finalmente, si se tiene derecho a regar tanto cultivos leñosos como no leñosos la puntuación se obtendrá aplicando la siguiente fórmula: puntuación = $(NHL \times P1 + NHNL \times P2) / (NHL + NHNL)$, donde P1 es la puntuación obtenida aplicando el criterio del precio ofertado cuando se tiene derecho a regar exclusivamente cultivos leñosos; P2 es la puntuación obtenida aplicando el criterio del precio ofertado cuando se tiene derecho a regar exclusivamente cultivos no leñosos; NHL es el número de hectáreas que se tenga derecho a regar de cultivos leñosos; NHNL es el número de hectáreas que se tenga derecho a regar de cultivos no leñosos. En fin, cuando el título del derecho no distinga entre hectáreas de leñosos y no leñosos, para la determinación de NHL y NHNL se estará a los datos obtenidos en la visita de campo. En cualquier caso, la suma de NHL y NHNL no podrá superar el número total de hectáreas que se tenga derecho a regar.

Como es natural las solicitudes, que tratándose de varios aprovechamientos habrán de ser independientes por cada uno de ellos, deben presentarse junto a una documentación técnica que acredite suficientemente la identidad del titular del aprovechamiento así como las condiciones técnicas y ubicación del mismo. De entre los documentos relacionados en el pliego de condiciones particulares los que han presentado mayor problemática son el certificado del Registro de la Propiedad acreditativo de la titularidad de las fincas en las que se ubique el aprovechamiento objeto de la oferta que no podía tener una anti-

güedad superior a cinco semanas contadas desde la fecha de presentación de la instancia y la certificación catastral descriptiva y gráfica de las parcelas donde su ubique el aprovechamiento objeto de la oferta. La dificultad de la experiencia del Guadiana derivó de la falta de concordancia entre uno y otro, en unos casos, y, en otros, de la imposibilidad de acreditar por el titular del aprovechamiento el tracto sucesivo registral de la finca a que se destinan los caudales en el Registro de la Propiedad. De tal forma, en la oferta 1/07 de adquisición de derechos, de las 80 proposiciones de venta de derechos 31 fueron rechazadas por no ser titulares registrales de la finca donde se ubicaba el aprovechamiento, por no aportar Certificado del Registro de la Propiedad que acreditara la propiedad de los terrenos, por la falta de acreditación de la superficie total inscrita, por la imposibilidad de comprobar los volúmenes de aguas con derechos ante la ausencia de equipos de bombeo o ante la insuficiencia de caudales efectivos en la extracción. En la oferta 2/07, de las 162 ofertas presentadas fueron admitidas 153, de las cuales 50 (el 29,59%) fueron rechazadas por causas similares a las anteriormente referidas.

Una vez seleccionadas las solicitudes, y a efectos de realizar las comprobaciones pertinentes, se cruza la documentación presentada con la obrante en los expedientes de la Confederación, pudiéndose requerir a los solicitantes para que realicen la subsanación o mejora de la solicitud si fuera necesario, dando lugar la falta del cumplimiento de este trámite por parte del interesado a la exclusión del procedimiento sin indemnización. De igual modo, a fin de comprobar la situación real, disponibilidad de los caudales y determinar la calidad de las aguas se procede a la correspondiente inspección de los aprovechamientos seleccionados por la CHG. Siendo negativa esta inspección por no cumplir los aprovechamientos los requisitos preceptuados se procede a la exclusión sin contraprestación. Esta inspección no tendrá lugar cuando el aprovechamiento de que se trate ya haya sido objeto de proposición pero no resultara finalmente adjudicataria en anteriores ofertas y se hubiera hecho un reconocimiento sobre el terreno con puesta en funcionamiento de las instalaciones de extracción de aguas y mediara informe favorable para la adquisición de derechos por cumplir los criterios técnicos de la oferta a la que hubiera concurrido.

Las actuaciones a ejecutar por los titulares de los derechos adquiridos una vez formalizada la adquisición han experimentado un notable perfeccionamiento en las recientes ofertas tratando decididamente de evitar los fraudes y actuaciones ilegales posteriores a la celebración del contrato. En tal sentido, en la primera oferta pública, la 1/06, solo se exigía la retirada de equipos e instalaciones, el precintado o clausura de las captaciones del aprovechamiento de que se tratara de forma que se impidiera su utilización así como la instalación,

en su caso, de dispositivos de medida para el control de los caudales y volúmenes correspondientes de los usos de agua que quedaran subsistentes. En la oferta 1/08, con más cautela (al menos sobre el papel), se imponen mayores requerimientos que podrán impedir el uso del aprovechamiento al exigirse ahora más actuaciones que el simple precintado de los pozos o aprovechamientos. En efecto, una vez formalizada la adquisición de los derechos, los anteriores titulares deben en el plazo de un mes proceder a retirar los equipos de bombeo, extracción, impulsión de agua y, en general, cualquier dispositivo tanto sumergido como en superficie, destinado a la extracción del agua del subsuelo como a su puesta a disposición en superficie tales como bomba, tubería de impulsión, cableado eléctrico y metálico de sustentación, centradores, ejes verticales de rotación, etc, de tal modo que en el interior del pozo no quede más que el entubado del mismo, si existiere. También es preciso realizar el rellenado del interior del pozo con áridos desde el fondo del mismo hasta una profundidad mínima de dos metros contados desde la superficie del terreno*.

En el caso de que subsistan usos del agua distintos de los adquiridos los titulares habrán de instalar en el plazo mencionado supra los dispositivos de medida que permitan el control de los caudales y volúmenes correspondientes. Como puede apreciarse, el cumplimiento de tales medidas de seguridad podrá evitar el uso fraudulento de los caudales por los antiguos titulares después de su adquisición por la CHG, lo que ha venido siendo una práctica reiterada en muchas cuencas de la que no escapa la del Guadiana.

* Resulta interesante exponer el procedimiento de relleno de los pozos a efectos prácticos para otras experiencias pues éste se efectuará mediante tolva o similar con arena o gravilla silíceas limpia y seleccionada con granulometría mínima de 0,5mm y máxima de 10 mm de diámetro. Para el cálculo del volumen de inyección se deberá tener en cuenta la profundidad total del pozo y el diámetro del mismo. El sellado será realizado por personal técnico cualificado y con maquinaria adecuada, controlando los volúmenes de grava añadidos y las profundidades del nivel freático. El material de sellado se adicionará paulatinamente y, si es necesario, por fases, permitiendo las estabilizaciones del nivel del agua subterránea necesarias, de tal modo que se evite el rebose de agua por la boca del pozo y la subsiguiente inundación de la zona de trabajo. De ser necesario se permitirá la consolidación y estabilización del material de sellado mediante la espera del tiempo necesario. Los dos metros de profundidad hasta la superficie será rellenado por un tapón de cemento líquido Portland y arena (mortero) descargado desde la superficie, prestando especial atención a la inyección de cemento para que éste penetre lo suficiente a través de los poros del material de sellado infrayacente, así como en el entorno próximo del pozo, en su caso. Si el entubado sobresale de la superficie del terreno se rellenará dicho volumen con mortero, en caso contrario se construirá una caja de cemento de al menos 10 cm de altura que permita la localización posterior de la ubicación del pozo sellado.

En fin, una vez formalizada la adquisición de los derechos, la CHG procederá a realizar las anotaciones correspondientes en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aguas privadas, según proceda, inscribiendo dichos derechos a su nombre. También realizará, en su caso, las actuaciones oportunas tendentes a lograr la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad de esos derechos. Igualmente, la Confederación podrá realizar las actuaciones oportunas ante el Catastro Inmobiliario para que las tierras en las que antes de la adquisición por la CHG de los derechos podía realizarse riego en base a los mismos, sean consideradas o calificadas de secano. Extremos todos ellos de suma importancia por la actualización de los Registros y Catálogos que conlleva.

En los informes de valoración de las dos ofertas públicas de adquisición de derechos realizadas en 2007 la Confederación Hidrográfica del Guadiana presenta como oferta tipo para los cultivos leñosos de la oferta 1/07 una finca de 11,7 Has y 5.764€ de oferta media y para los cultivos no leñosos una finca media de 33 Has y 9.669€ de oferta media. En la oferta 2/07 se presenta como oferta tipo para los cultivos leñosos una finca de 7,13 Has y 5.883,5€ y para los cultivos no leñosos una finca media de 16,64 Has y 9.789,91€ de oferta media. La oferta 1/08 ha contado con mayor número de solicitudes, 268, de las que 81 fueron excluidas en la Mesa de Contratación de Apertura de ofertas económicas; 70 fueron excluidas por informes desfavorables; 4 renunciaron los interesados y 113 recibieron informe favorable. El presupuesto final de adquisición fue de 11.945.342,60€.

A lo largo del año 2009 han tenido lugar dos nuevas ofertas públicas de adquisición de derechos en similares términos a los del año 2008. La primera aprobada por Resolución de la Confederación de 9 de marzo y por importe de 20.000€, y la segunda, de 29 de septiembre, aún en licitación cuando se escriben estas líneas, por importe de 11.950.000€.

C) CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL JÚCAR

En la Confederación del Júcar se han venido produciendo diversas ofertas públicas de adquisición de derechos desde el año 2006. La primera convocatoria fue acordada por Resolución de la Presidencia de 27 de diciembre de 2006²¹. Todas ellas tenían por objeto la adquisición de derechos en el tramo medio de la cuenca del río Júcar (entre los embalses de Alarcón y Molinar y acuífero Mioceno de la Unidad Hidrogeológica de la Mancha Oriental), don-

²¹ Esta primera convocatoria hubo de prorrogarse por falta de presentación de solicitudes en virtud de Anuncio de la Confederación publicado en el BOE de 15 de marzo de 2007.

de la reducción de las extracciones en las zonas más próximas al río de esta unidad hidrogeológica permitiría un incremento de los aportes del acuífero al río y una consecuente mejora ambiental del mismo. La especial situación hidrológica ha venido obligando a la Junta Central de Regantes de la Mancha Oriental a acordar reducciones del uso del agua para las campañas de riego, de tal forma en 2007 la dotación máxima disponible por cada usuario fue del 80% de lo establecido para cada uno de forma individualizada²². Sobre esta reducción la oferta pública tenía como finalidad lograr una reducción adicional del 40% como mínimo, con fines ambientales tanto en las captaciones superficiales como en las subterráneas. Finalmente, el volumen ofertable tras aplicar tales reducciones sería como mínimo del 70%, salvo los concesionarios de las tomas superficiales del tramo comprendido entre el embalse de Alarcón y Molinar que debían ofertar la totalidad del remanente²³.

Al igual que en otras confederaciones, entre los requisitos específicos de los interesados era imprescindible no solo disponer de los caudales efectivos suficientes para atender los derechos que se enajenarían sino también una utilización efectiva del aprovechamiento al menos en dos de las campañas de 2003-2004 a 2005-2006.

Las posteriores ofertas de 2008 presentan particularidades destacables y así, además de que los volúmenes ofertables, tras las reducciones que de forma similar a la anterior convocatoria rondaban el 40%, tampoco alcanzaron el 100% al fijarse en el 70% y 85% del remanente. Ahora bien, las superficies a las que se aplicarían las correspondientes dotaciones sería exclusivamente las que hubieran sido reconocidas por la Confederación en el correspondiente expediente de regularización administrativa que trae causa del artículo 24 del Plan Hidrológico del Júcar²⁴.

²² Acuerdo de la Asamblea de la Junta Central de Regantes de la Mancha Oriental de 4 de noviembre de 2006.

²³ En el supuesto de que estos titulares quisieran reservarse caudales y no ofertar todo el remanente debían identificar las parcelas a que destinarían los caudales, el tipo de cultivo y el volumen de agua reservado para dicho uso, sometiéndose el cumplimiento de dicha reserva a un control de acuerdo con las normas del Plan de Explotación acordado por la Junta Central de Regantes de la Mancha Oriental.

²⁴ En su virtud, entre otras determinaciones se obligaba a la conclusión de la inscripción de los usos de aguas subterráneas del Acuífero de la Mancha Oriental, al otorgamiento de la correspondiente concesión de las superficies de regadío transformadas después de 1986 y se imponía la integración de todos los usuarios en el ámbito del acuífero en una única comunidad de usuarios. En cumplimiento de lo anterior, la Presidencia de este Organismo dictó la Resolución de 19 de febrero de 1999, que entre otros contenidos, acordó reconocer y declarar a la Junta

En las ofertas más recientes se obligó a los concurrentes a reservar un volumen en la totalidad del año hidrológico 2007/2008 de 2.000 metros cúbicos por hectárea que habría de ser aplicado a los cultivos de primavera y, en cualquier caso, antes del 30 de junio. De esta obligación solo se excluyó las explotaciones cuyas tomas subterráneas se encontraran dentro del perímetro de la oferta pública, quienes podrían realizar el riego después de la citada fecha en una cuantía máxima del 50% y siempre que se destinaran a cultivos hortícolas implantados antes del 14 de marzo de 2008.

D) CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR

El marco jurídico del que ha de partirse en la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir es el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la comunidad autónoma. Esta disposición trae causa particularmente del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Andalucía. En virtud de este artículo, de dudosa constitucionalidad, aquella Comunidad ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadal-

Central de Regantes de la Mancha Oriental como la única comunidad de usuarios válidamente constituida de conformidad con el artículo 24.4.e del Plan Hidrológico del Júcar y ordenar la integración inmediata en la Junta Central de Regantes de la Mancha Oriental de todos los usuarios de aguas subterráneas cuyos aprovechamientos radiquen en el ámbito territorial de la Unidad Hidrogeológica 08.29 Mancha Oriental. Posteriormente, dada la constatada interrelación entre las aguas superficiales y subterráneas en al Unidad Hidrogeológica de la Mancha Oriental, por Resolución del Presidente de la Confederación de 24 de noviembre de 2008 se acordó la integración en la Junta Central de todos los usuarios de aguas superficiales de los tramos de ríos incluidos en dicha Unidad.

Entre tanto finalice el proceso de regularización administrativa de aprovechamientos en la Mancha Oriental para cada campaña de riego se viene autorizando para cada uno de los usuarios de agua subterráneas con destino a regadío, de forma individualizada, el volumen disponible minorado por las posibles reducciones que legalmente pudieran ser aprobadas, sin que pueda tener lugar el riego de las superficies que no estén contenidas en dichos expedientes de regularización. Por su parte, los consumos de aguas superficiales deben constar en los correspondientes planes de explotación que se han de presentar ante la Junta Central de Regantes de la Mancha Oriental para obtener el correspondiente visado (estos sirven de títulos acreditativos del riego efectivo en las campañas de riego de los últimos cinco años exigidas en las ofertas públicas de adquisición de derechos).

quivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22.^a de la Constitución. Como puede comprobarse, el texto andaluz somete a un conjunto de “precauciones” la atribución de las competencias y así, la competencia sobre la parte andaluza de la cuenca del Guadalquivir es exclusiva siempre y cuando las aguas no afecten a otra comunidad y sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras hidráulicas de interés general “y de lo previsto en el artículo 149.1.22 CE”. Con todo ello, el Estado seguiría gestionando las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren por más de una CA y que afectan a CCAA distintas de la andaluza, mientras que la CA andaluza gestionaría las que discurren por más de una CA pero no afectan a otras Comunidades de la cuenca²⁵.

Volviendo al objeto de nuestro estudio puede comprobarse que en el Anexo D, número 8 del citado Real Decreto 1666/2008, la creación de los centros de intercambio se ha configurado como una competencia compartida entre las Administraciones estatal y autonómica, toda vez que constituye una de las funciones en que concurriendo ambas los crean conjuntamente²⁶.

En este punto ha de indicarse que pese al Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de abril de 2008, por el que se autoriza la constitución de un centro de intercambio en la cuenca del Guadalquivir para acometer una explotación más racional de los recursos hídricos obteniendo una mayor disponibilidad de

²⁵ Como advierte EMBID IRUJO, ésta es una disquisición casi de corte escolástico en la que lo primero es imprescindible creer que esas aguas existen y que se pueden delimitar claramente en la práctica. La delimitación señalada solo podría realizarse con el presupuesto previo de una planificación hidrológica que hubiera señalado cuáles son esas aguas del Guadalquivir que discurren por más de una CA pero que al no afectar a otras CA son susceptibles de cesión a la andaluza sin lesión constitucional. En tal caso, habría que diferir la efectividad del precepto hasta que se hubiera aprobado tal planificación hidrológica (EMBID IRUJO, A., *El Derecho de Aguas en Brasil y España*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 43 y ss).

²⁶ Por el contrario, se traspasa a la Administración autonómica la competencia para autorizar los contratos de cesión de derechos al uso de las aguas del Guadalquivir que transcurren por el territorio de Andalucía y que no afectan a otra comunidad. Delimitación que, como se ha señalado, desde luego resultará difícil de efectuar y que ha de ser previa al ejercicio de esta competencia.

los mismos –al tiempo de introducir nuevas formas de gestión del agua y una amplia concienciación de la sociedad en relación con las necesidades reales de agua y la mejor utilización de las misma–, esta figura no ha sido puesta en funcionamiento en esta cuenca. Por el contrario, sí han tenido mayor repercusión los contratos de cesión de derechos entre particulares (especialmente regantes), habiéndose celebrados un número importante de ellos, aunque esta cuestión escapa al objeto de este estudio.

Finalmente es preciso hacer referencia a la recientemente publicada Ley 9/2010, de 30 de junio, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁷ en la que se regula de forma particular, y a veces a mi juicio contraviniendo de la legislación estatal, la constitución de bancos públicos del agua. *Prima facie*, resulta llamativo el que el artículo 46 del citado Anteproyecto atribuya la competencia para su constitución solo a la Comunidad Autónoma –en virtud de Decreto del Consejo de Gobierno en el que se acuerde su constitución y se establezca el régimen de las ofertas que se puedan realizar por la Agencia Andaluza del Agua²⁸– sin establecer mecanismos de coordinación con la Administración estatal cuando, según hemos visto, ésta es una función en la que han de concurrir ambas Administraciones, según el citado Real Decreto 1666/2008, de traspaso de competencias. De tal forma, en cada demarcación o, en su caso, distrito hidrográfico de Andalucía, podrá constituirse un banco público del agua, a través del cual la Agencia Andaluza del Agua podrá realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua, para conseguir, por este orden de preferencia, el buen estado ecológico de las masas de agua; corregir los desequilibrios de recursos en los sistemas de explotación; constituir reservas para los fines previstos en los planes hidrológicos de demarcación; atender fines concretos de interés autonómico; o ceder los derechos de uso del agua por el precio acordado, en cuyo caso se estará a lo dispuesto por la normativa básica para los centros de intercambio de derechos. Las dotaciones del banco provendrán de los derechos que la Administración haya obtenido a través de expropiaciones, revisión o extinción de derechos concesionales.

Finalmente, resulta altamente llamativo la alteración por esta norma autonómica de uno de los requisitos subjetivos exigidos por la normativa estatal de aguas al permitir la adquisición de derechos de agua en estos bancos a quienes

²⁷ Publicado en el Boletín Oficial del Estado el 27 de agosto de 2010.

²⁸ Y sin perjuicio de lo establecido en la normativa básica para los centros de intercambio de derechos, según reza el artículo 47.6 de la L. 9/2010, de 30 de julio.

no sean usuarios. En efecto, el artículo 46.7 de la Ley andaluza establece que para adquirir derechos por este mecanismo no se requerirá la condición previa de usuario, cuando los artículos 71 del TRLA y, especialmente, el artículo 354.2 del RDPH no dejan duda al respecto, reconociendo exclusivamente este derecho a los concesionarios y titulares de derechos al uso privativo de las aguas.

II. FINAL

En la conclusión del presente trabajo es conveniente hacer una valoración total de las experiencias expuestas de los bancos del agua, para lo cual conviene visualizarlos con cierta perspectiva. No ha de ignorarse que, al menos para quien escribe estas líneas, los centros de intercambio creaban una cierta expectativa por representar un alternativa que, junto con el contrato de cesión y del resto de instrumentos de gestión de los recursos hídricos, podía ayudar a afrontar la delicada situación hídrica que venía atrasando nuestro país (y que parece haber dado una tragua en el último hidrológico). La realidad ha sido sensiblemente distinta a la proyectada (o imaginada), pues se ha podido comprobar cómo la virtualidad de los centros de intercambio ha sido menor de la esperada. Así, el volumen de recursos reasignados a través de esta institución, ha sido, en unos casos ínfimos (menos del 1% del total de los recursos de la cuenca, en la del Segura), hasta el punto de hacer peligrar la convocatoria de futuras ofertas no gozaban de la confianza de los regantes, lo que provocó que en diversas ocasiones las OPAD quedarán desiertas y hubieran de repetirse en diversas ocasiones así como ampliarse los plazos de presentación de solicitudes; o, en fin, en otros supuestos, los centros de intercambio han sido prácticamente nulos, no habiéndose realizado ofertas, como en el caso de la Cuenca del Guadalquivir.

Solamente en la experiencia del Guadiana puede decirse que ha tenido una cierta virtualidad o existencia práctica aunque, por qué no decirlo, de una forma sensiblemente distinta a la configuración teórica que recibió esta institución. En efecto, al producirse en esta Cuenca las adquisiciones de derechos de forma definitiva, no temporal, en innegable que más que una redistribución de recursos lo que ha producido son auténticos rescates de los derechos concesionales. Ciertamente, la delicada situación ambiental del Alto Guadiana y el espíritu que insufla las actuaciones de los Poderes Públicos en este ámbito parece justificar tal forma de proceder.

En fin, el desarrollo práctico de las instituciones jurídicas en no pocas ocasiones discurre por diversos derroteros de los que la teoría puede disponer, y los bancos del agua no han escapado a esta realidad.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas Año 2009 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En relación con los asuntos generales de las Comunidades Europeas y la Unión Europea, cabe señalar la expresa derogación de diversos actos jurídicos del Consejo, ya obsoletos, que se justifica por los principios de claridad, seguridad jurídica y transparencia (DOUE L 312, 27.11.2009, p. 1).

Respecto a los asuntos financieros, se produce una modificación del Acuerdo Interinstitucional, de 17 de mayo de 2006 sobre disciplina presupuestaria y buena gestión financiera para la financiación de proyectos en el ámbito de la energía en el contexto del Plan Europeo de Recuperación Económica (DOUE L 347, 24.12.2009, p. 26) y las decisiones de movilización de distintos fondos de la Unión Europea: del Fondo de Solidaridad (DOUE L 273, 17.10.2009, p. 14), del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (DOUE L 274, 20.10.2009, p. 28; DOUE L 325, 11.12.2009, p. 1; DOUE L 347, 24.12.2009, p. 28) y del Instrumento de Flexibilidad (DOUE L 347, 24.12.2009, p. 29). Igualmente se publica el Informe de actividades del Comité de Vigilancia de la OLAF, que preside D. Luís López Sanz-Aránguez, fiscal del Tribunal Supremo español (Junio de 2008 — mayo de 2009) (DOUE C 314, 22.12.2009, p. 1).

De los asuntos institucionales en el último trimestre de 2009, los aspectos más interesantes son los referidos a la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa, y a las novedades y cambios que implica en las Instituciones de la Unión Europea. Así, la consideración del Consejo Europeo como Institución lleva a la adopción por primera vez de su reglamento interno (DOUE L 315, 2.12.2009, p. 51), la nueva figura de su Presidente se concreta

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOCE, series L y C, durante el 4º trimestre de 2009.

en su elección, el Sr. Herman Van Rompuy (DOUE L 315, 2.12.2009, p. 48) y en el establecimiento de las condiciones de empleo del Presidente del Consejo Europeo (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 35).

En cuanto al Consejo, se adoptan disposiciones para facilitar una transición fluida del sistema de toma de decisiones por mayoría cualificada en el Consejo (DOUE L 314, 1.12.2009, p. 73), se establece la lista de formaciones del Consejo (DOUE L 315, 2.12.2009, p. 46) y las decisiones relativas al ejercicio de la Presidencia del Consejo y de la presidencia de los órganos preparatorios del Consejo (DOUE L 315, 2.12.2009, p. 50; DOUE L 322, 9.12.2009, p. 28), se aprueba su Reglamento interno (DOUE L 325, 11.12.2009, p. 35), se nombra a su Secretario General (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 37; DOUE L 347, 24.12.2009, p. 31) y se fijan las condiciones de empleo del Secretario General del Consejo de la Unión Europea (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 38).

El Tratado de Lisboa crea la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, para la que se nombra a Lady Ashton of Upholland (DOUE L 315, 2.12.2009, p. 49; DOUE L 328, 15.12.2009, p. 69) y se fijan las condiciones de empleo del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 36).

En relación con la Comisión, de común acuerdo con el Presidente electo de la misma, se adopta la lista de las demás personalidades que se propone nombrar miembros de la Comisión (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 51), y se modifica la regulación del acceso del personal de empresas contratantes a los edificios de la Comisión (DOUE L 332, 17.12.2009, p. 77). Igualmente se adopta una decisión del Presidente de la Comisión Europea, relativa a la firma de reglamentos, directivas y decisiones de la Comisión, cuando estas últimas no indiquen destinatario (DOUE L 332, 17.12.2009, p. 78).

Por último, se establece un Comité de expertos de la Unión Europea en enfermedades raras (DOUE L 315, 2.12.2009, p. 18) y se fija la sede de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía en Liubliana (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 39).

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En materia de Unión Aduanera se regula la apertura y el modo de gestión de los contingentes arancelarios autónomos comunitarios de determinados

productos pesqueros (DOUE L 291, 7.11.2009, p. 8) y el establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras (DOUE L 324, 10.12.2009, p. 23). También se modifican algunos aspectos del sistema de preferencias arancelarias generalizadas. (DOUE L 332, 17.12.2009, p. 38).

En Política comercial, se fija la posición que la Comunidad debe adoptar en el Consejo del Grupo Internacional de Estudios del Yute (DOUE L 268, 13.10.2009, p. 9) y se derogan de los Acuerdos entre la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y la Confederación Suiza (DOUE L 288, 4.11.2009, p. 18). Asimismo, se introducen medidas comerciales excepcionales para los países y territorios participantes o vinculados al Proceso de estabilización y asociación de la Unión Europea (DOUE L 328, 15.12.2009, p. 1).

En cuanto a las exportaciones, se establece un régimen común aplicable a las mismas (DOUE L 291, 7.11.2009, p. 1). En relación con las importaciones, se prolonga y actualiza el ámbito de la vigilancia previa de las importaciones de algunos productos siderúrgicos originarios de determinados terceros países (DOUE L 332, 17.12.2009, p. 54) y se modifica el régimen común aplicable a las importaciones de algunos productos textiles originarios de países terceros (DOUE L 338, 19.12.2009, p. 32; DOUE L 338, 19.12.2009, p. 58).

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En Política Agrícola, se celebra el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y el Estado de Israel sobre medidas recíprocas de liberalización del comercio de productos agrícolas, productos agrícolas transformados, pescado y productos de la pesca (DOUE L 313, 28.11.2009, p. 81 y 83), se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas (DOUE L 288, 4.11.2009, p. 22), y se derogan determinados actos del Consejo obsoletos en el ámbito de la política agrícola común (DOUE L 310, 25.11.2009, p. 1).

En aplicación del mandato de simplificación de la legislación comunitaria se crea una organización común de mercados agrícolas, en sustitución de la multiplicidad antes existente y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (Reglamento único para las OCM) (DOUE L 312, 27.11.2009, p. 4).

En materia de ayudas a los agricultores se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores en el

marco de la política agrícola común (DOUE L 316, 2.12.2009, p. 1; DOUE L 338, 19.12.2009, p. 1; DOUE L 316, 2.12.2009, p. 27) y normas de desarrollo de la condicionalidad, la modulación y el sistema integrado de gestión y control en los regímenes de ayuda directa a los agricultores, y normas de desarrollo en lo referido a la condicionalidad en el régimen de ayuda establecido para el sector vitivinícola (DOUE L 316, 2.12.2009, p. 65).

Respecto a la recogida de datos sobre explotaciones agrícolas, se crea una red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Comunidad Europea (DOUE L 328, 15.12.2009, p. 27) se seleccionan las explotaciones contables para el registro de las rentas en las explotaciones agrícolas (DOUE L 347, 24.12.2009, p. 14) y se regulan encuestas sobre la estructura de las explotaciones agrícolas y las encuestas sobre los métodos de producción agrícola. (DOUE L 329, 15.12.2009, p. 1).

En materia de política agrícola común también se establece el régimen de intercambios aplicable a determinadas mercancías resultantes de la transformación de productos agrícolas (DOUE L 328, 15.12.2009, p. 10), y se regulan diversos aspectos de la intervención, como es el control de la utilización o el destino de los productos procedentes de la intervención (DOUE L 310, 25.11.2009, p. 5) y la compraventa de productos agrícolas en régimen de intervención pública (DOUE L 349, 29.12.2009, p. 1).

También se establecen determinadas excepciones para la aceptación de razas y variedades autóctonas de plantas hortícolas (DOUE L 312, 27.11.2009, p. 44) y se modifica la delegación de las tareas de ensayos de laboratorio (DOUE L 318, 4.12.2009, p. 23), así como también se regula la comercialización de productos fitosanitarios (DOUE L 309, 24.11.2009, p. 1). Por último, también se establecen las condiciones de importación de productos agrícolas originarios de terceros países como consecuencia del accidente ocurrido en la central nuclear de Chernóbil (DOUE L 290, 6.11.2009, p. 4).

En la regulación por productos, se determinan los centros de intervención de los cereales (DOUE L 288, 4.11.2009, p. 5; DOUE L 332, 17.12.2009, p. 52) y se regula la apertura de licitaciones para la reducción del derecho de importación en España de sorgo y de maíz (DOUE L 347, 24.12.2009, p. 22). Igualmente se establecen disposiciones en lo referente a la gestión del mercado interior del azúcar y al régimen de cuotas (DOUE L 290, 6.11.2009, p. 61) así como en lo relativo a las categorías de productos vitícolas, las prácticas enológicas y las restricciones aplicables (DOUE L 314, 1.12.2009, p. 27). Por último, respecto a los productos lácteos, se regula el régimen de importación de leche

y productos lácteos y la apertura de contingentes arancelarios (DOUE L 301, 17.11.2009, p. 23) y los certificados de exportación y las restituciones por exportación de leche y productos lácteos (DOUE L 318, 4.12.2009, p. 1).

En lo que se refiere a la ganadería y aves de corral, se regula el contenido y los aditivos para piensos (DOUE L 339, 22.12.2009, p. 27; DOUE L 339, 22.12.2009, p. 28), se modifican y completan las normas de comercialización de la carne de aves de corral (DOUE L 290, 6.11.2009, p. 1), se establecen condiciones zoonosanitarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad y las correspondientes condiciones de cuarentena (DOUE L 307, 21.11.2009, p. 3) y las importaciones de aves de corral y de huevos para incubar procedentes de terceros países (DOUE L 343, 22.12.2009, p. 74) así como determinadas medidas de protección ante la gripe aviar altamente patógena del subtipo H7N7 en España (DOUE L 283, 30.10.2009, p. 58).

También se establece una normativa relativa a la protección de los animales en el momento de la matanza (DOUE L 303, 18.11.2009, p. 1), una regulación referente a animales de la especie bovina de raza selecta para reproducción (DOUE L 323, 10.12.2009, p. 1) y los códigos para la notificación de las enfermedades de los animales de conformidad con la Directiva 82/894/CEE del Consejo (DOUE L 307, 21.11.2009, p. 7).

IV. POLÍTICA PESQUERA

En Política de Pesca, se celebra el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y el Estado de Israel sobre medidas recíprocas de liberalización del comercio de productos agrícolas, productos agrícolas transformados, pescado y productos de la pesca (DOUE L 313, 28.11.2009, p. 81 y 83).

Se establece un sistema comunitario para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 280, 27.10.2009, p. 5) y un régimen comunitario de control para garantizar el cumplimiento de las normas de la política pesquera común, (DOUE L 343, 22.12.2009, p. 1).

En lo que se refiere al mantenimiento de las especies en el mar, se establece un plan de recuperación del fletán negro en el marco de la Organización de la Pesca del Atlántico Noroccidental (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 1) y las posibilidades de pesca y las condiciones asociadas aplicables en el Mar Báltico a

determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces (DOUE L 330, 16.12.2009, p. 1) y en el Mar Negro (DOUE L 347, 24.12.2009, p. 1).

Por otra parte, se prohíbe la pesca de gallineta nórdica en la división 3M de la zona NAFO por parte de los buques que enarbolan pabellón de todos los Estados miembros (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 49). A los buques que enarbolan pabellón de España se les prohíbe: la pesca de carbonero en la zona VI, en aguas de la CE de la zona Vb y en aguas de la CE y aguas internacionales de las zonas XII y XIV (DOUE L 263, 7.10.2009, p. 7); la pesca de brótola en aguas comunitarias y aguas no sujetas a la soberanía o jurisdicción de terceros países de las zonas V, VI y VII (DOUE L 264, 8.10.2009, p. 9) y la pesca de tiburones de aguas profundas en las zonas V, VI, VII, VIII y IX (aguas comunitarias y aguas no sujetas a la soberanía o jurisdicción de terceros países) (DOUE L 312, 27.11.2009, p. 38).

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL

En lo que se refiere a libre circulación de trabajadores y política social, se adoptan dos reglamentos sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DOUE L 284, 30.10.2009, p. 1; DOUE L 284, 30.10.2009, p. 43) y se regulan las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo (DOUE L 260, 3.10.2009, p. 5) y sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (DOUE L 330, 16.12.2009, p. 28) y se establece una tercera lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Directiva 98/24/CE del Consejo (DOUE L 338, 19.12.2009, p. 87).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La regulación de algunos aspectos de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada se contempla dentro de la Libertad de Establecimiento y de la Libre Prestación de Servicios. Así se coordinan para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger los intereses de socios y terceros (DOUE L 258, 1.10.2009, p. 11) y se modifican algunos aspectos de las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones (DOUE L 259, 2.10.2009, p. 14). También

son objeto de normativa las sociedades de responsabilidad limitada de socio (DOUE L 258, 1.10.2009, p. 20).

Las modificaciones planteadas en relación con estas Libertades también afectan al acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, (DOUE L 267, 10.10.2009, p. 7). Y se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (DOUE L 302, 17.11.2009, p. 32).

También se modifica la normativa referida a los bancos afiliados a un organismo central, a determinados elementos de los fondos propios, a los grandes riesgos, al régimen de supervisión y a la gestión de crisis (DOUE L 302, 17.11.2009, p. 97). Y por último se regula el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DOUE L 335, 17.12.2009, p. 1).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En Política de transportes, se modifica el segundo programa Marco Polo para la concesión de ayuda financiera comunitaria a fin de mejorar el comportamiento medioambiental del sistema de transporte de mercancías (Marco Polo II) (DOUE L 266, 9.10.2009, p. 1).

En el sector de los transportes aéreos se celebran Acuerdos sobre determinados aspectos de los servicios aéreos entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la República de Azerbaiyán (DOUE L 265, 9.10.2009, p. 24 y 25; DOUE L 328, 15.12.2009, p. 39) y entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Mongolia (DOUE L 336, 18.12.2009, p. 4 y 5).

Se modifica la normativa comunitaria con el fin de mejorar el rendimiento y la sostenibilidad del sistema europeo de aviación (DOUE L 300, 14.11.2009, p. 34) y en lo que se refiere a aeródromos, gestión del tránsito aéreo y servicios de navegación aérea (DOUE L 309, 24.11.2009, p. 51). También se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOUE L 312, 27.11.2009, p. 16).

Son también objeto de modificación las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los

productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 5). Por último, en este sector de los transportes, se fijan criterios que permitan a los Estados miembros no aplicar las normas básicas comunes sobre la seguridad de la aviación civil y adoptar medidas de seguridad alternativas (DOUE L 338, 19.12.2009, p. 17).

Los transportes por carretera son igualmente regulados en estos últimos meses de 2009, y así se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera (DOUE L 300, 14.11.2009, p. 51); las normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera (DOUE L 300, 14.11.2009, p. 72) y las normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses (DOUE L 300, 14.11.2009, p. 88). Se actualiza la normativa relativa al aparato de control en el sector de los transportes por carretera (DOUE L 339, 22.12.2009, p. 3) y se define el Servicio Europeo de Telepeaje y sus elementos técnicos (DOUE L 268, 13.10.2009, p. 11).

En cuanto al transporte marítimo, se modifica el Acuerdo sobre transporte marítimo entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y el Gobierno de la República Popular China, por otra (DOUE L 294, 11.11.2009, p. 10); la normativa comunitaria relativa a la introducción acelerada de normas en materia de doble casco o de diseño equivalente para petroleros de casco único (DOUE L 314, 1.12.2009, p. 13) y la relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (DOUE L 280, 27.10.2009, p. 52). Y se adopta una directiva relativa al reconocimiento recíproco de los certificados de navegación expedidos para los barcos de la navegación interior (DOUE L 259, 2.10.2009, p. 8).

Por último, en el sector del transporte ferroviario, se firma por la Comunidad Europea el Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de material rodante ferroviario, del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, adoptado en Luxemburgo el 23 de febrero de 2007 (DOUE L 331, 16.12.2009, p. 1) y se modifica la normativa sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Comunidad (DOUE L 273, 17.10.2009, p. 12) y sobre los indicadores comunes de seguridad y los métodos comunes de cálculo de los costes de los accidentes (DOUE L 313, 28.11.2009, p. 65).

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En Política de la Competencia, se adopta un reglamento relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea (DOUE L 343, 22.12.2009, p. 51).

Y concretando estas medidas de defensa, se establecen derechos antidumping definitivos sobre importaciones de determinadas hojas de aluminio, originarias de Armenia, Brasil y la República Popular China (DOUE L 262, 6.10.2009, p. 1); sobre las importaciones de determinados tubos sin soldadura de hierro o acero originarios de la República Popular China (DOUE L 262, 6.10.2009, p. 19); sobre las importaciones de nitrato de amonio originario de Rusia (DOUE L 278, 23.10.2009, p. 1); sobre las importaciones de alcohol furfurílico originarias de la República Popular China (DOUE L 323, 10.12.2009, p. 48); sobre las importaciones de soluciones de urea y nitrato de amonio originarias, entre otros países, de Rusia (DOUE L 338, 19.12.2009, p. 5); sobre las importaciones de cueros y pieles agamuzados originarios de la República Popular China, y por el que se percibe con carácter retroactivo y se establece un derecho antidumping aplicable a las importaciones de un exportador de ese país y se da fin al registro de dichas importaciones (DOUE L 338, 19.12.2009, p. 12) y sobre las importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero originario de Vietnam y originario de la República Popular China, y ampliado a las importaciones del mismo producto procedentes de la RAE de Macao (DOUE L 352, 30.12.2009, p. 1). Por el contrario, se deroga el derecho antidumping a las importaciones de ferrosilicio originarias de la Antigua República Yugoslava de Macedonia (DOUE L 351, 30.12.2009, p. 1).

En cuanto a las ayudas de Estado, es interesante destacar la Comunicación de la Comisión que modifica el marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (DOUE C 261, 31.10.2009, p. 2).

Respecto a las ayudas autorizadas a España, en este último trimestre de 2009, se encuentran las que se permiten al País Vasco (DOUE C 247, 15.10.2009, p. 5); a Cataluña, Castilla y León y Canarias (DOUE C 268, 10.11.2009, p. 13), nuevamente a Cataluña (DOUE C 275, 14.11.2009, p. 11); al País Vasco (DOUE C 278, 18.11.2009, p. 1); a Castilla y León (DOUE C 303, 15.12.2009, p. 2) y a Galicia (DOUE C 313, 22.12.2009, p. 1).

En este sentido cabe destacar la Decisión de la Comisión, de 13 de mayo de 2009, relativa a las medidas ejecutadas por España a favor de Pickman

(DOUE L 311, 26.11.2009, p. 25) en la que la Comisión llega a la conclusión de que la ayuda concedida por España que implica una condonación de deudas con la Seguridad Social mediante un acuerdo singular distinto del convenio general de acreedores, no constituye ayuda estatal a tenor del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE, puesto que respeta el principio de un acreedor privado en una economía de mercado. La ayuda concedida por España referente a préstamos participativos y subvenciones concedidos por la Junta de Andalucía en el contexto de un plan de reestructuración presentado únicamente a nivel nacional, constituye ayuda estatal ilegal que, a tenor del artículo 87, apartado 3, letra c), del Tratado CE, es compatible con el mercado común. La ayuda concedida por España consistente en una garantía de la Junta de Andalucía por 1,3 millones EUR sobre un préstamo de 1,6 millones EUR, constituye ayuda de minimis, fuera del ámbito del artículo 87, apartado 1, del Tratado CE. Artículo 2. Por lo que se trata de una ayuda compatible con la política de competencia de la Comunidad Europea.

IX. FISCALIDAD

Respecto a la Política fiscal, cabe señalar la regulación de algunos aspectos de la devolución del impuesto sobre el valor añadido en virtud de la Directiva 2008/9/CE del Consejo (DOUE L 314, 1.12.2009, p. 50), y el establecimiento del régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro (DOUE L 310, 25.11.2009, p. 34). Por último, hay que mencionar la recomendación de la Comisión, sobre los procedimientos de reducción de la retención a cuenta (DOUE L 279, 24.10.2009, p. 8).

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En Política Económica y Monetaria y Libre Circulación de Capitales encontramos la definición de la posición de la Comunidad Europea en relación con la renegociación de los convenios monetarios con la Santa Sede (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 36) y con la República de San Marino (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 12).

También se regulan las modificaciones del sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real

(TARGET2) (BCE/2009/21) (DOUE L 260, 3.10.2009, p. 31) y las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2009/22) (DOUE L 274, 20.10.2009, p. 38).

Se modifica igualmente la normativa sobre la obtención de información estadística por el Banco Central Europeo (DOUE L 269, 14.10.2009, p. 1) y sobre cambios temporales en las normas relativas a la admisibilidad de activos de garantía (BCE/2009/24) (DOUE L 330, 16.12.2009, p. 95).

Finalmente, se adopta una directiva por la que se obliga a los Estados miembros a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo o productos (DOUE L 265, 9.10.2009, p. 9).

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

Las Relaciones Exteriores de la Unión Europea en el último trimestre de 2009 cuentan con la celebración de distintos Acuerdos, así el Acuerdo de Asociación Interino entre la Comunidad Europea, por una parte, y los Estados del Pacífico, por otra (DOUE L 272, 16.10.2009, p. 1 y 2); el Acuerdo interino con vistas a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados del AAE de la SADC, por otra (DOUE L 319, 4.12.2009, p. 1 y 3) y el Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Tayikistán, por otra (DOUE L 350, 29.12.2009, p. 1 y 3). Asimismo se modifica el Protocolo no 3 del Acuerdo Euromediterráneo interino de asociación, relativo a la definición de la noción de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa (DOUE L 298, 13.11.2009, p. 1).

Se modifica igualmente la normativa relativa al Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo (DOUE L 270, 15.10.2009, p. 8) y se conceden ayudas macrofinancieras a Georgia (DOUE L 320, 5.12.2009, p. 1), Armenia (DOUE L 320, 5.12.2009, p. 3), Bosnia y Herzegovina (DOUE L 320, 5.12.2009, p. 6), Serbia (DOUE L 320, 5.12.2009, p. 9) y se prorroga el período de puesta a disposición de la ayuda financiera excepcional de la Comunidad a Kosovo (DOUE L 323, 10.12.2009, p. 66).

XII. ENERGÍA

En Política de Energía se decide la firma de los Estatutos de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA) por parte de la Comunidad

Europea (DOUE L 288, 4.11.2009, p. 23) y la firma y celebración por parte de la Comunidad Europea del «Mandato para la Asociación Internacional de Cooperación para la Eficiencia Energética» (IPEEC) y del «Memorando relativo a la acogida, por parte de la Agencia Internacional de la Energía, de la sede de la Asociación Internacional de Cooperación para la Eficiencia Energética» (DOUE L 330, 16.12.2009, p. 37).

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

La realización y mantenimiento del Mercado Interior implica, como es habitual, la regulación de sectores muy diversos que configuran este espacio interior sin fronteras entre los Estados miembros de la Unión Europea. En primer lugar se puede señalar la adopción de medidas que facilitan el uso de procedimientos por vía electrónica a través de las «ventanillas únicas» con arreglo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 274, 20.10.2009, p. 36).

Se adopta normativa relativa a los pagos transfronterizos en la Comunidad (DOUE L 266, 9.10.2009, p. 11), y sobre las agencias de calificación crediticia (DOUE L 302, 17.11.2009, p. 1) así como la adopción de determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) no 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 32 (DOUE L 347, 24.12.2009, p. 23).

En la regulación de la contratación pública, se modifican los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos con arreglo a las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE (DOUE L 313, 28.11.2009, p. 3) y también se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos (DOUE L 314, 1.12.2009, p. 64).

Al objeto de garantizar la libre circulación, sin riesgos para la salud, de determinados productos alimenticios, se modifica la Directiva 2002/72/CE relativa a los materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con productos alimenticios (DOUE L 274, 20.10.2009, p. 3) y se adopta un reglamento sobre sustancias que pueden añadirse para fines de nutrición específicos en alimentos destinados a una alimentación especial (DOUE L 269,

14.10.2009, p. 9). También se modifica la normativa relativa a las listas de vitaminas y minerales y sus formas que pueden añadirse a los alimentos, incluidos los complementos alimenticios (DOUE L 314, 1.12.2009, p. 36).

Se modifica igualmente el reglamento por el que se establecen normas de desarrollo para las solicitudes de autorización de declaraciones de propiedades saludables (DOUE L 314, 1.12.2009, p. 34) y se adoptan nuevos reglamentos sobre la autorización o la denegación de autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 277, 22.10.2009, p. 3; DOUE L 283, 30.10.2009, p. 22).

Por otra parte, deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos distintas de las que se refieren a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 283, 30.10.2009, p. 30; DOUE L 277, 22.10.2009, p. 13; DOUE L 314, 1.12.2009, p. 29; DOUE L 314, 1.12.2009, p. 32).

En cuanto a la regulación de determinados productos a efectos de libre circulación, se establece nueva regulación sobre los productos cosméticos (DOUE L 342, 22.12.2009, p. 59) y se modifica la existente, para adaptarla al progreso técnico (DOUE L 344, 23.12.2009, p. 41). También se regula el comercio de productos derivados de la foca (DOUE L 286, 31.10.2009, p. 36).

En lo que se refiere a la normativa sobre vehículos motorizados, sector en el que hace tiempo comenzó la armonización de legislaciones para la realización del mercado interior, se adoptan nuevas directivas relativas a los dispositivos de protección en caso de vuelco de los tractores agrícolas o forestales de ruedas (DOUE L 261, 3.10.2009, p. 1); a los dispositivos de protección en caso de vuelco de los tractores, agrícolas o forestales, de ruedas (pruebas estáticas) (DOUE L 261, 3.10.2009, p. 40); a las inscripciones reglamentarias de los vehículos de motor de dos o tres ruedas (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 3) y al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (DOUE L 263, 7.10.2009, p. 11), así como un reglamento sobre el etiquetado de los neumáticos en relación con la eficiencia en términos de consumo de carburante y otros parámetros esenciales (DOUE L 342, 22.12.2009, p. 46).

Respecto a la normativa que garantiza la libre circulación de maquinaria, se puede señalar la adopción de nuevas directivas relativas a los recipientes a presión simples (DOUE L 264, 8.10.2009, p. 12) y sobre los aparatos de gas

(DOUE L 330, 16.12.2009, p. 10), y la modificación de la directiva sobre las máquinas para la aplicación de plaguicidas (DOUE L 310, 25.11.2009, p. 29).

Por último, destacar la directiva que instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía (DOUE L 285, 31.10.2009, p. 10) y la modificación de la directiva relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad (DOUE L 274, 20.10.2009, p. 25).

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

La normativa comunitaria en los meses finales de 2009, de las distintas materias objeto de este epígrafe, se centra en la regulación de las Redes Transeuropeas, y así se adopta un reglamento por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y la Oficina (DOUE L 337, 18.12.2009, p. 1).

En este sector también se modifican directivas relativas al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DOUE L 337, 18.12.2009, p. 11) y también la directivas relativas a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DOUE L 337, 18.12.2009, p. 37).

Se adoptan decisiones relativas a las soluciones de interoperabilidad para las administraciones públicas europeas (ISA) (redes transeuropeas) (DOUE L 260, 3.10.2009, p. 20) y a la celebración de un acuerdo administrativo entre la Comisión Europea y la Autoridad de Supervisión del GNSS Europeo sobre la seguridad y el intercambio de información clasificada (DOUE L 306, 20.11.2009, p. 39).

Y la Comisión adoptó también una recomendación para facilitar la obtención del dividendo digital en la Unión Europea (DOUE L 308, 24.11.2009, p. 24) así como una declaración sobre la neutralidad de Internet (DOUE C 308, 18.12.2009, p. 2).

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En la regulación de la normativa medioambiental comunitaria aparecen algunas novedades, así se adoptan reglamentos sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (DOUE L 286, 31.10.2009, p. 1), sobre la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DOUE L 342, 22.12.2009, p. 1) y sobre la ejecución de la Directiva 2007/2/CE en lo que se refiere a los servicios de red (DOUE L 274, 20.10.2009, p. 9).

También son adoptadas directivas sobre la recuperación de vapores de gasolina de la fase II durante el repostaje de los vehículos de motor en las estaciones de servicio (DOUE L 285, 31.10.2009, p. 36) y la que establece el marco de la actuación comunitaria para conseguir un uso sostenible de los plaguicidas (DOUE L 309, 24.11.2009, p. 71).

En cuanto a los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a determinados productos, se prorroga la vigencia de muchas decisiones que los establecen (DOUE L 318, 4.12.2009, p. 43) y se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a los muebles de madera (DOUE L 320, 5.12.2009, p. 23) y a los revestimientos textiles de suelos (DOUE L 332, 17.12.2009, p. 1).

También se publica la decisión por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, una segunda actualización de la lista de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica macaronésica (DOUE L 344, 23.12.2009, p. 46).

En la legislación comunitaria de protección de la salud se adoptan dos reglamentos por los que se establecen las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales y los productos derivados no destinados al consumo humano (DOUE L 300, 14.11.2009, p. 1) y las condiciones particulares de importación de determinados productos originarios o procedentes de China (DOUE L 311, 26.11.2009, p. 3); y se modifica el reglamento (CE) no 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la información sobre la cadena alimentaria que debe comunicarse a los operadores de empresa alimentaria que exploten mataderos (DOUE L 314, 1.12.2009, p. 8).

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

En el sector de la información cabe destacar tanto la adopción como la modificación de reglamentos comunitarios relativos a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información (DOUE L 283, 30.10.2009, p. 5; DOUE L 286, 31.10.2009, p. 31) así como el relativo a las estadísticas de plaguicidas (DOUE L 324, 10.12.2009, p. 1). También el reglamento relativo a los censos de población y vivienda, por lo que se refiere a las especificaciones técnicas de los temas y sus desagregaciones (DOUE L 329, 15.12.2009, p. 29), y las modificaciones de reglamentos comunitarios en lo que respecta a la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO) (DOUE L 283, 30.10.2009, p. 3).

Se establece igualmente un programa de cooperación audiovisual con profesionales de terceros países (MEDIA Mundus) (DOUE L 288, 4.11.2009, p. 10).

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En Investigación y Desarrollo Tecnológico, aunque se trata de un acto no obligatorio, es interesante la resolución del Consejo relativa a la mejor gobernanza del espacio Europeo de Investigación (EEI) (DOUE C 323, 31.12.2009, p. 1).

En el ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial y en concreto respecto a las indicaciones geográficas, se puede destacar la adopción del reglamento (CE) no 936/2009 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación de los acuerdos entre la Unión Europea y algunos terceros países acerca del reconocimiento mutuo de determinadas bebidas espirituosas (DOUE L 264, 8.10.2009, p. 5).

En cuanto al Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas, se inscriben las siguientes denominaciones españolas: Grelos de Galicia (IGP) (DOUE L 283, 30.10.2009, p. 41) y Sobao Pasiego (IGP) (DOUE L 295, 12.11.2009, p. 7).

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En esta materia se modifican las directivas, 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DOUE L 337, 18.12.2009, p. 11).

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

En el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) cabe destacar la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América y del Acuerdo de Asistencia Judicial en materia penal entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (DOUE L 291, 7.11.2009, p. 40) y la ampliación, en nombre de la Unión Europea, del alcance territorial del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (DOUE L 325, 11.12.2009, p. 4).

Respecto al problema de la piratería marítima en el Océano Índico se celebran dos acuerdos, un Canje de Notas entre la Unión Europea y la República de Seychelles sobre las condiciones y modalidades de entrega de sospechosos de piratería y robo a mano armada por EUNAVFOR a la República de Seychelles y de su trato después de dicha entrega (DOUE L 315, 2.12.2009, p. 35 y 37) y un Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Seychelles sobre el estatuto de la Fuerza dirigida por la Unión Europea en la República de Seychelles en el marco de la operación militar de la UE Atalanta (DOUE L 323, 10.12.2009, p. 14). También se modifica la acción común relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 27) y se modifica la Decisión Atalanta/2/2009 sobre la aceptación de contribuciones de terceros Estados a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y

del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) y la Decisión Atalanta/3/2009 sobre el establecimiento del Comité de contribuyentes para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) (DOUE L 270, 15.10.2009, p. 19).

En aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se adoptan determinadas medidas restrictivas, que entran en las competencias de la Unión Europea y ya no de sus Estados miembros, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se adoptan medidas restrictivas contra Irán (DOUE L 303, 18.11.2009, p. 31; DOUE L 330, 16.12.2009, p. 49; DOUE L 303, 18.11.2009, p. 64); Uzbekistán (DOUE L 330, 16.12.2009, p. 48); Birmania/Myanmar (DOUE L 339, 22.12.2009, p. 24; DOUE L 338, 19.12.2009, p. 90); Corea (DOUE L 346, 23.12.2009, p. 1; DOUE L 346, 23.12.2009, p. 47) y República de Guinea (DOUE L 346, 23.12.2009, p. 26; DOUE L 346, 23.12.2009, p. 51; DOUE L 281, 28.10.2009, p. 7).

Respecto a otras entidades y grupos terroristas, se adoptan medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo (DOUE L 346, 23.12.2009, p. 39) y se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (DOUE L 346, 23.12.2009, p. 58). Por otra parte se prorrogan las medidas restrictivas contra determinados funcionarios de Belarús (DOUE L 332, 17.12.2009, p. 76) y se modifican reiteradamente los reglamentos que imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes (DOUE L 264, 8.10.2009, p. 7; DOUE L 269, 14.10.2009, p. 20; DOUE L 283, 30.10.2009, p. 51; DOUE L 303, 18.11.2009, p. 39; DOUE L 328, 15.12.2009, p. 66; DOUE L 346, 23.12.2009, p. 42).

Respecto al Centro de Satélites de la Unión Europea, se adopta una decisión relativa al Estatuto de su personal (DOUE L 276, 21.10.2009, p. 1) y se modifica la acción común relativa a su creación (DOUE L 297, 13.11.2009, p. 18).

En cuanto a las distintas Misiones organizadas por la Unión Europea, respecto a las Misiones de Policía, se regulan o modifican las relativas a la

Misión de Policía de la Unión Europea (MPUE) en Bosnia y Herzegovina (BA) (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 22); la Misión de Policía de la Unión Europea para los Territorios Palestinos (DOUE L 330, 16.12.2009, p. 76) la Misión de Policía de la Unión Europea en el marco de la reforma del sector de la seguridad (RSS) y su interrelación con la justicia en la República Democrática del Congo (EUPOL RD Congo) (DOUE L 274, 20.10.2009, p. 45) y la Misión de Policía de la Unión Europea en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN) (DOUE L 303, 18.11.2009, p. 71).

En lo que se refiere a otro tipo de Misiones, se deroga la Acción Común sobre la Operación Militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana (DOUE L 283, 30.10.2009, p. 61), mientras que se modifica y prorroga Misión de la Unión Europea de apoyo a la reforma del sector de la seguridad en la República de Guinea-Bissau (UE SSR GUINEA-BISSAU) (DOUE L 303, 18.11.2009, p. 70) y se modifica la Acción Común por la que se establece una Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (MAFUE Rafah) (DOUE L 312, 27.11.2009, p. 73).

Por último se puede señalar la adopción de una posición común relativa a la acogida temporal por los Estados miembros de la Unión Europea de determinados palestinos (DOUE L 281, 28.10.2009, p. 6) y de las Directrices actualizadas de la Unión Europea para fomentar la observancia del Derecho internacional humanitario (DOUE C 303, 15.12.2009, p. 12).

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia cabe señalar, en primer lugar, la celebración de determinados Acuerdos internacionales. Así se puede destacar, la decisión relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE L 331, 16.12.2009, p. 17). En relación con la exención de visados para estancias de corta duración se van a celebrar Tratados internacionales de la Comunidad Europea con los siguientes Estados, Antigua y Barbuda (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 38); la Commonwealth de las Bahamas (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 39); Barbados (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 40); República de Mauricio (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 41); República de las Seychelles (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 42) y la Federación de San Cristóbal y Nieves (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 43).

También se modifica el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil (DOUE L 331, 16.12.2009, p. 24; DOUE L 331, 16.12.2009, p. 26) y se adopta una decisión relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional de determinadas disposiciones del Acuerdo entre la Unión Europea, Islandia y Noruega para la aplicación de determinadas disposiciones de la Decisión 2008/615/JAI del Consejo sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y de la Decisión 2008/616/JAI del Consejo relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza, y de su anexo (DOUE L 353, 31.12.2009, p. 1).

En el tema de los visados, necesarios para los nacionales de terceros Estados que quieran entrar en la Unión Europea, se modifica el reglamento por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE L 336, 18.12.2009, p. 1) y se adopta una decisión por la que se establecen especificaciones sobre la resolución y el uso de impresiones dactilares a efectos de la verificación e identificación biométricas en el Sistema de Información de Visados (DOUE L 270, 15.10.2009, p. 14).

La adopción de las últimas decisiones-marco, acto que desaparece con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tiene lugar en relación con la regulación y armonización legislativa de los procesos penales y sus consecuencias, y así se adoptan las decisiones-marco relativas a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (DOUE L 294, 11.11.2009, p. 20); a la acreditación de prestadores de servicios forenses que llevan a cabo actividades de laboratorio (DOUE L 322, 9.12.2009, p. 14) y a la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DOUE L 328, 15.12.2009, p. 42).

En cuanto a las medidas de protección, se modifican y adoptan decisiones relativas a la creación de una red europea de protección de personalidades (DOUE L 283, 30.10.2009, p. 62) y se crea una Red Europea de Prevención de la Delincuencia (REPD) (DOUE L 321, 8.12.2009, p. 44). También se adopta una decisión sobre la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros (DOUE L 323, 10.12.2009, p. 20).

La regulación de diversos aspectos de Europol constituye también parte de la actividad normativa de la Unión Europea en el último trimestre de 2009, y así se toman varias decisiones en las que se adoptan las normas de desarrollo que rigen las relaciones de Europol con los socios, incluido el intercambio de datos personales y de información clasificada (DOUE L 325, 11.12.2009, p. 6); se determina la lista de terceros Estados y organizaciones con los que Europol celebrará acuerdos (DOUE L 325, 11.12.2009, p. 12); se adoptan las normas de desarrollo aplicables a los ficheros de trabajo de análisis de Europol (DOUE L 325, 11.12.2009, p. 14); se adoptan las normas sobre confidencialidad de la información de Europol (DOUE L 332, 17.12.2009, p. 17) y sobre las condiciones relativas al tratamiento de datos en virtud del artículo 10, apartado 4, de la Decisión Europol (DOUE L 348, 29.12.2009, p. 1).

La normativa generada por el desarrollo y aplicación del Convenio de Schengen se concreta en decisiones que, en el primer caso modifica la Decisión del Comité ejecutivo creado por el Convenio de Schengen de 1990 relativa a la modificación del Reglamento financiero relativo a los gastos de instalación y de funcionamiento del Sistema de Información Schengen (C.SIS) (DOUE L 323, 10.12.2009, p. 6); modifica la Decisión 2000/265/CE del Consejo, de 27 de marzo de 2000, por la que se aprueba un Reglamento financiero que rige los aspectos presupuestarios de la gestión, por parte del Secretario General Adjunto del Consejo, de los contratos celebrados por este último, en su calidad de representante de determinados Estados miembros, en lo que se refiere a la instalación y al funcionamiento de la infraestructura de comunicación para el entorno de Schengen, «SISNET» (DOUE L 323, 10.12.2009, p. 9); y modifica la red de consulta de Schengen (especificaciones técnicas) (DOUE L 353, 31.12.2009, p. 49).

Por último habría que destacar la publicación del Informe explicativo Autor: Fausto Pocar (Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Milán) del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (DOUE C 319, 23.12.2009, p. 1).

Disposiciones generales de la Junta de Andalucía (*)

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2010)

En su ya larga vigencia, la originaria Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha registrado un total de 16 modificaciones. Entre ellas, las más destacadas han sido las dirigidas a la adaptación al nuevo Estatuto de Autonomía; la evolución de los sistemas de financiación autonómica; la creación de nuevas figuras como los fondos sin personalidad jurídica; la existencia desde el año 2003 de dos relevantes leyes de aplicación básica: la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; y la promulgación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que define los nuevos entes instrumentales de dicha Administración.

Este Texto Refundido pretende superar la dispersión legislativa provocada por estas modificaciones sucesivas, que era el sentido de la autorización que al efecto hizo la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009, que conminaba al Consejo de Gobierno para que, en el plazo de un año, aprobara mediante Decreto Legislativo la regularización, unificación y armonización de tan dispersa normativa.

En cuanto a su estructura, la norma tiene un Título menos que la primitiva Ley de Hacienda Pública autonómica, pues integra en un solo las materias relativas a intervención y a contabilidad, por lo que consta de un Título Preliminar, relativo a las disposiciones generales, y siete títulos: el Título I, del régimen de la Hacienda de la Junta de Andalucía; el Título II, del Presupuesto; el Título III, del endeudamiento; el Título IV, de la Tesorería y de los avales;

(*) Sección, elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE. Recoge una selección de las normas con rango de Ley y las disposiciones generales de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA durante el primer cuatrimestre de 2010.

el Título V, del control interno y de la contabilidad pública; el Título VI, de las responsabilidades; y, por último, el Título VII, de las subvenciones.

Este Decreto Legislativo enlaza directamente con el primero que aprobó la Comunidad Autónoma en septiembre de 2009 (que estrenó la figura recogida novedosamente pro el art. 109 del nuevo estatuto de Autonomía), que aprobó el Texto Refundido en materia de de tributos cedidos. Se recordará que aquél primer Decreto legislativo puso de manifiesto una laguna en la práctica parlamentaria y en el Reglamento de la Cámara: la inexistencia de un procedimiento de control *a posteriori* de la legislación delegada que adopte el Consejo de Gobierno, lo que se subsanó para aquella ocasión –y ha servido para ésta– mediante el diseño de un procedimiento *ah hoc* recogido por Resolución de la Presidencia del Parlamento de Andalucía de 20 de abril de 2009 (BOJA núm. 81, de 29 de abril). Ha de señalarse que, a diferencia de lo que sucede en las delegaciones legislativas que puede hacer el Congreso de los Diputados, el citado art. 109 del Estatuto sólo prevé formas adicionales de control de la delegación legislativa otorgada mediante una Ley de bases para la formación de textos articulados (apdo. 3), lo que paradójicamente no se prevé para el caso de la delegación legislativa otorgada mediante Ley ordinaria para la refundición de los mismos (apdo. 4).

Decreto-Ley 1/2010, de 9 de marzo, de medidas tributarias de reactivación económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 53, de 18 de marzo de 2010)

El relevo en la Presidencia y el Gobierno de la Junta de Andalucía de mediados del curso pasado trajo consigo la focalización de la acción del Ejecutivo en la gestión de la crisis económica. En este contexto, este Decreto-Ley recoge medidas directamente orientadas a estimular la inversión empresarial y a aumentar la progresividad fiscal. Las primeras se aplican en el tramo autonómico del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y en los impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; las segundas se refieren a este último tributo en transmisiones de bienes de cierto valor.

En el IRPF, y con efecto desde el 1 de enero de 2010, se amplía hasta 400 euros la deducción por autoempleo, sin límite de edad ni distinción de sexo, y hasta 600 euros en el caso de emprendedores de más de 45 años. Asimismo se crea una nueva deducción por inversión en la adquisición de acciones o participaciones sociales de entidades empresariales nuevas o de reciente creación que mantengan o generen puestos de trabajo. Esta ventaja fiscal será del 20%

de las cantidades invertidas en el ejercicio. En cuanto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se amplían los beneficiarios de la reducción autonómica del 99% que ya se aplica en adquisiciones *mortis causa* de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades domiciliadas en Andalucía. Esta ampliación alcanza a los parientes de tercer grado, tanto por consanguinidad como por afinidad. Además, los beneficios fiscales de la reducción se equiparan a las donaciones o adquisiciones *inter vivos*. En el mismo impuesto se crean dos nuevas reducciones del 99%. La primera, con una base máxima de 120.000 euros y de 180.000 en caso de discapacidad, está vinculada a la donación de dinero a parientes de hasta tercer grado para la constitución o ampliación de empresas individuales o negocios profesionales en el territorio andaluz. La segunda se aplica por la transmisión *mortis causa* o por la donación de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones a personas sin parentesco pero con vínculos laborales o profesionales con estas entidades. Respecto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se amplía de dos a cinco años el plazo para aplicar el tipo reducido por la adquisición de viviendas por parte de profesionales inmobiliarios para su posterior venta.

El Decreto-Ley se completa con las modificaciones de progresividad fiscal que la Junta de Andalucía introduce también en este tributo para incrementar los tipos del 7% al 8% en cinco casos de transmisión: inmuebles para el tramo del valor real que supere los 400.000 euros; garajes para el tramo del valor real superior a 30.000 euros; turismos y todoterrenos de más de 15 CV de potencia fiscal; embarcaciones de recreo de más de ocho metros de eslora, y bienes muebles considerados como objetos de arte y antigüedades.

Ley 1/2010, de 8 de marzo, del derecho a la vivienda (BOJA núm. 54, de 19 de marzo)

Uno de los temas prioritarios de la agenda legislativa para el desarrollo estatutario es el de la promoción de vivienda pública, recogida como obligación para los poderes públicos en los artículos 25, 37.1, 56, 74, 92 del Estatuto. En este contexto, y el marco de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Vivienda Protegida y el Suelo, es de recordar que en diciembre de 2007 se adoptó el llamado “Pacto por la Vivienda”, en el que la Junta de Andalucía, la FAMP, los empresarios, los sindicatos UGT y CCOO y 31 entidades financieras suscribieron el compromiso de construir 300.000 viviendas protegidas durante los próximos diez años. En 2008, el Ejecutivo ha adoptado importantes iniciativas para el cumplimiento de los objetivos señalados en dicho Pacto. En primer lugar, se aprobó el Decreto 11/2008, de 22 de enero, que da

cobertura normativa a los convenios que la Junta de Andalucía firma con Ayuntamientos y Diputaciones para dotar suelo urbanizable en el que ejecutar vivienda protegida. En segundo lugar, se ha aprobado el Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012 mediante Decreto 395/2008, de 24 de junio, que materializa los objetivos del Pacto por la Vivienda. Finalmente, habría que señalar el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de diciembre de 2009 que aprobó una serie de medidas para impulsar la venta del inflacionado parque de viviendas libres (unas 70.000), que resultó de la negociación del VII acuerdo de concertación social firmado en noviembre por la Administración autonómica, la patronal y los sindicatos andaluces. Puede decirse que la adopción de esta Ley culmina este intenso proceso de impulso y configuración del derecho de acceso a la vivienda, pues el objeto principal de la misma es regular de forma integral el conjunto de facultades y deberes que integran dicho derecho, así como las actuaciones que para hacerlo efectivo corresponden a las Administraciones Públicas andaluzas y a las entidades públicas y privadas que actúan en este sector.

La Ley se estructura en un Título Preliminar y cinco Títulos, que agrupan los veinticuatro artículos de los que consta la norma, una disposición adicional, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. El Título Preliminar define el objeto de la Ley. El derecho a la vivienda protegida se regula en el Título I, que contempla las condiciones para su ejercicio, las modalidades para el acceso a una vivienda protegida y el procedimiento para el ejercicio del derecho. La Ley regula los requisitos para el ejercicio del derecho a acceder a una vivienda protegida, atribuyendo a la previa inscripción en el Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida el carácter de requisito de obligado cumplimiento. En el Título II se establecen los medios con que cuentan las Administraciones Públicas andaluzas para favorecer el ejercicio del derecho por los andaluces y andaluzas, procurándose la coherencia de los planes municipales de vivienda y suelo con el planeamiento urbanístico municipal. El Título III incluye como actuación prioritaria de las Administraciones Públicas andaluzas el fomento de la conservación, mantenimiento y rehabilitación del parque de viviendas. El Título IV establece las situaciones en que las Administraciones Públicas favorecerán los alojamientos transitorios: mediante edificaciones que constituyan fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la residencia colectiva, debiendo incluir servicios comunes que faciliten la finalidad social. Por último, el Título V dispone un conjunto de medios para lograr la efectividad del derecho, desvinculando las obligaciones económicas de la Administración de los mecanismos individuales al alcance de las personas titulares del derecho para hacerlo efectivo. En este sentido, se reconocen las acciones que procedan para exigir el cumplimiento de los deberes que la Ley determina para cada Administración Pública.

Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, de reestructuración de Consejerías (BOJA núm. 57, de 23 de marzo de 2010)

Uno de los compromisos asumidos por el Presidente Griñán en su discurso de investidura fue el de reformar de la Administración autonómica en una triple dirección: la remodelación de su estructura directiva y provincial, la simplificación de los procedimientos administrativos y el desarrollo del estatuto del empleado público. En el plano organizativo, la consigna marcada desde la Presidencia fue la reducción de órganos directivos. Como paso previo a reformas de mayor calado -como las apuntadas- el Presidente decretó una nueva distribución de asuntos entre las Consejerías de la Junta de Andalucía, que mantuvo el número y designación anterior aunque hizo el carácter Vicepresidencial que tenían las carteras de Presidencia y Economía (Decreto del Presidente de la Junta de Andalucía 3/2009, de 23 de abril). Poco después, el 19 de mayo, se aprobaron los Decretos de reestructuración de las Consejerías (BOJA núm. 95, de 20 de mayo), así como del Servicio Andaluz de Empleo (SAE), el Servicio Andaluz de Salud (SAS) y la Agencia Andaluza del Agua. El resultado de estas reformas trajo consigo la supresión de 17 Altos cargos.

Abundando en esa orientación reduccionista, este nuevo Decreto de reestructuración supone la supresión neta de 22 nuevos Altos cargos, de un lado y, de otro, el reforzamiento de todas las áreas directamente relacionadas con las prioridades estratégicas del nuevo modelo de crecimiento previsto en la iniciativa “Andalucía Sostenible” y en el VII Acuerdo de Concertación Social. Entre ellas destacan la generalización de las nuevas tecnologías, la mejora de las políticas activas de empleo, la modernización del aparato administrativo, el fomento de la movilidad sostenible, el impulso de la participación ciudadana y la revalorización del paisaje como fuente de riqueza.

Las cuatro nuevas Consejerías son el fruto de tres refundiciones, absorciones y desgajamientos. En la nueva *Consejería de Hacienda y Administración Pública*, la principal novedad es la creación de una Dirección General encargada de impulsar el uso intensivo de las nuevas tecnologías. En la renacida *Obras Públicas y Vivienda* se incluye una oficina de colaboración específicamente orientada a responder a las demandas de la ciudadanía y las administraciones. La mencionada adecuación a las prioridades de la sostenibilidad económica y la concertación social condiciona particularmente la nueva configuración de la *Consejería de Empleo* y al *Servicio Andaluz de Empleo*, que se reorganizan para poner el acento en la gestión integral de las políticas de empleo y en la mejora del servicio a la ciudadanía. *Turismo, Comercio y Deporte* suprime una Dirección

General (Promoción y Comercialización Turística) e incorpora a dos empresas anteriormente adscritas a la antigua *Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa*: “Cetursa Sierra Nevada” y “Promonevada”. Asimismo se redistribuyen las competencias de las dos direcciones generales del ámbito turístico para entrar a una en la oferta y a la otra en la demanda. La *Consejería de Cultura* introduce cambios en sus cuatro direcciones generales para reorientar áreas como el apoyo a la innovación en las industrias culturales, la promoción del paisaje y los archivos, bibliotecas y museos. Por último, *Medio Ambiente* suprime de su organigrama la Secretaría General de Planificación, Cambio Climático y Calidad Ambiental, además de incluir una redistribución de competencias entre sus distintos centros directivos.

Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 66, de 7 de abril de 2010)

El Reglamento constituye un importante y muy esperado desarrollo de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) llamado a servir de instrumento fundamental para combatir la ilegalidad urbanística y contribuir al logro de lo que la vigente normativa urbanística ha bautizado como “urbanismo sostenible”. Para ello, la norma arma a los Ayuntamientos y la propia Junta de Andalucía incrementar en los aspectos preventivos y de detección de las infracciones, así como en la adopción de medidas represivas.

Para la consecución del primero de esos objetivos, el se detallan de manera precisa tanto los procedimientos de licencias como las distintas tipologías de las mismas, además de introducir nuevas medidas de agilización como las autorizaciones por fases y parciales o los procedimientos abreviados para obras menores. El refuerzo de las acciones destinadas a prevenir infracciones urbanísticas es otra de las claves. Se incorporan nuevas medidas de coordinación con el Registro de la Propiedad, que deberá comunicar a las Administraciones competentes la solicitud de inscripción de parcelaciones cuando existan dudas fundadas sobre su licitud. Asimismo, se amplía el listado de hechos inscribibles con nuevos supuestos de trascendencia para la disciplina urbanística, como obras fuera de ordenación, situaciones a la espera de respuesta por el planeamiento urbano y sentencias firmes que acuerdan la nulidad de licencia. Por otra parte, se refuerzan las prácticas de control de la legalidad ya habituales, como la negativa de los Colegios Profesionales a conceder el visado a proyectos que contengan alguna infracción urbanística grave o la exigencia, por parte de las empresas suministradoras, de la correspondiente licencia para la contratación de cualquier servicio.

En el ámbito de las medidas represivas, llama la atención la regulación del novedoso “derribo express”, fijado para las actuaciones de urbanización o edificación manifiestamente ilegalizables, que posibilita a los Ayuntamientos iniciar y concluir un procedimiento de demolición en el plazo de un mes, a contar desde que se notifique al interesado el inicio del expediente, lo que supone una reducción de hasta once meses respecto al actual período ordinario de tramitación. La Junta de Andalucía también podrá utilizar este procedimiento de forma subsidiaria en aquellos casos en los que los Ayuntamientos no respondan a su requerimiento de intervención. En ningún caso el derribo podrá demorarse más allá de dos meses desde que se dicte la resolución, ya que es éste el nuevo plazo fijado con carácter general para lograr el rápido restablecimiento de la realidad física alterada. Otra novedad es la introducción de nuevos supuestos de presunción de parcelación ilegal en suelo no urbanizable, según criterios objetivos y antes de que se materialice sobre el terreno. E igualmente novedosa es la introducción del principio de “cumplimiento por equivalencia” para aquellas situaciones excepcionales en las que es imposible la ejecución material o legal de las resoluciones dictadas, previos informes técnico y jurídico que así lo acrediten. En estos casos (entre los que no se incluye el “derribo express”) se exigirá una indemnización sustitutoria en metálico o mediante la cesión de terreno, con independencia de la multa que se imponga.

En el capítulo sancionador, la principal novedad es la eliminación de la posibilidad de beneficio económico del infractor. Para ello, el texto dispone incrementos en la cuantía de la multa si tanto ésta como el coste de la reposición se sitúan por debajo del lucro ilegalmente obtenido. El Reglamento es especialmente severo en el ámbito de las parcelaciones ilegales, para las que estipula sanciones en ningún caso inferiores al 150% del beneficio obtenido. Las infracciones muy graves conllevan multas de entre 6.000 y 120.000 euros e incluyen, entre otros supuestos, actuaciones en suelo no urbanizable sin instrumento de planeamiento, en no urbanizables de especial protección, en espacios libres o en bienes protegidos por el planeamiento urbanístico. Las infracciones graves, entre las que destaca la obstaculización de la labor inspectora, conllevarán el pago de una multa de entre 3.000 y 5.999 euros, mientras que por los incumplimientos leves la cantidad se fija entre los 600 y los 2.999 euros. El régimen sancionador incluye también por primer vez el reconocimiento de la buena disposición del infractor a acatar las resoluciones y restaurar la legalidad, de tal modo que podrá beneficiarse de una reducción del 50% si asume la reparación antes de los dos meses estipulados.

Respecto a las competencias autonómicas, el reglamento subraya su carácter subsidiario, que se concreta en la posibilidad de dictar medidas caute-

lares, previo requerimiento al Ayuntamiento, y en la atribución de iniciar procedimientos para la reparación de la realidad física alterada. Esta intervención subsidiaria se reduce a supuestos puntuales y de relevancia, como los referidos a actuaciones sin instrumento de planeamiento o parcelaciones en suelo no urbanizable, de especial protección o de espacios libres.

Decreto 80/2010, de 30 de marzo, de simplificación de trámites administrativos y de modificación de diversos Decretos para su adaptación al Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas Leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior (BOJA núm. 69, de 12 de abril de 2010)

La transposición autonómica de mayor calado de la Directiva 2006/123/CE de servicios vino de la mano del Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, que se limitó a adaptar tres leyes en materia de comercio cuya reforma se consideraba urgente y prioritaria: la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía; la Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante y la Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía. A esta adaptación, precedida por otra aún más limitada en materia de industrias agroalimentarias (operada por Decreto 356/2009, de 20 de octubre) ha seguido esta otra adaptación parcial, ahora en materia de turismo. Vale la pena señalar, en el orden de las actividades del sector servicios, que el turismo es el subsector de mayor peso en la economía y en el empleo de la Comunidad Autónoma andaluza. Actualmente, aporta más del 11% del Producto Interior Bruto regional, genera 330.000 empleos y supone unos ingresos de más de 15.000 millones de euros anuales.

El objeto del Decreto es modificar una serie de disposiciones reglamentarias afectadas por la Directiva 2006/123/CE: el Decreto 20/2002, de Oficinas de Turismo; 214/2002, de Guías de Turismo de Andalucía; 301/2002, de Agencias de Viajes y Centrales de Reservas; 164/2003, de Campamentos de Turismo; 47/2004, de Establecimientos Hoteleros; 35/2008, del Registro de Turismo de Andalucía y 43/2008, de Campos de Golf. Los cambios se dirigen a agilizar trámites y procedimientos para la adecuación al objetivo de consolidar un mercado libre de circulación transfronteriza de servicios mediante la sustitución de la autorización administrativa previa por declaraciones responsables, la supresión de determinados requisitos y la garantía de libre acceso para prestadores de servicios establecidos en cualquier país de la Unión Europea.

Las principales adaptaciones afectan al Decreto que regula la organización y funcionamiento del Registro de Turismo de Andalucía. Se prevé que a partir de ahora pueda iniciarse cualquier actividad turística mediante la presentación de una declaración responsable. En el caso de los guías de turismo, los profesionales que quieran desempeñar esta labor en Andalucía precisan de una habilitación, mientras que los ya acreditados por otros Estados miembros deben contar con el reconocimiento de su cualificación por parte de la Administración autonómica. Asimismo, tendrán que superar una prueba de aptitud o periodo de prácticas, que no es necesario para los guías que operan en libertad de prestación de servicios. Otra modificación relevante es la que se dirige a eliminar el régimen de exclusividad que tenían las agencias de viajes, con la única salvedad de la comercialización o contratación de viajes combinados. De esta forma, la intermediación en servicios turísticos puede ser desarrollada por cualquier operador del sector y, además, se elimina del decreto la regulación de las centrales de reserva. Respecto a la ordenación de los campamentos y de los establecimientos hoteleros, se suprimen, entre otros requisitos, los relativos a las obligaciones de comunicar los precios a la Administración autonómica y contar con la aprobación de ésta para sus reglamentos de régimen interior.

Otras disposiciones de interés para la Administración Autónoma

ORDEN de 19 de enero de 2010, por la que se atribuyen funciones y competencias en materia tributaria y demás ingresos de derecho público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y se determina el ámbito territorial de competencias de los órganos y unidades administrativos de la Agencia Tributaria de Andalucía (Boletín número 15 de 25/01/2010).

Mediante esta orden se determina la distribución de las funciones y competencias de aplicación de los tributos y de revisión en vía administrativa de los órganos de la Agencia Tributaria de Andalucía, completando, de este modo, la organización de la misma establecida en el Estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía, aprobado mediante Decreto 324/2009, de 8 de septiembre de conformidad con la Ley 23/2007, de 18 de diciembre, por la que se crea la Agencia Tributaria de Andalucía y se aprueban medidas fiscales. Además, se determina el ámbito territorial de competencias de los órganos y unidades de la Agencia.

ORDEN de 19 de febrero de 2010, por la que se regula el procedimiento para la ejecución por la Agencia Tributaria de Andalucía de las devoluciones de ingresos (Boletín número 58 de 24/03/2010).

Regula la competencia de la Agencia para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos, la competencia de la misma para la ejecución de las devoluciones de ingresos. Se prevé la formulación de un plan con las cantidades estimadas que habrán de ser destinadas durante cada mes del año siguiente a atender el pago de devoluciones de ingresos.

DECRETO 78/2010, de 30 de marzo, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de la Presidencia (Boletín número 63 de 31/03/2010), Decreto 132/2010, de 13 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Gobernación y Justicia, Decreto 133/2010, de 13 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, Decreto 134/2010, de 13 de abril, por el

que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, Decreto 135/2010, de 13 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda. Decreto 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Decreto 137/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte Decreto 138/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Cultura Empleo, Decreto 139/2010, de 13 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Medio Ambiente. (Boletín número 71 de 14/04/2010).

Se da cumplimiento al Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías.

DECRETO 81/2010, de 30 de marzo, de modificación del Decreto 3/2004, de 7 de enero, por el que se establece el Sistema de Información sobre Maltrato Infantil de Andalucía (Boletín número 75 de 20/04/2010).

Se da cumplimiento a lo estipulado en los artículos 61.3 y 61.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía. se desarrollan una serie de actuaciones que tienen como fin último la protección a la infancia. Ésta es entendida como un proceso donde se integran desde la promoción de sus derechos y del buen trato como principio cultural en nuestra sociedad, hasta la prevención de los malos tratos, y la disposición de mecanismos para facilitar la coordinación y colaboración entre los diferentes servicios públicos en la detección, notificación e intervención ante las situaciones de maltrato infantil.

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME¹

La Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y la Administración Hidrográfica de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ALGUNOS DATOS SOBRE LA CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR.– III. EL ÁMBITO ACTUAL DE LA CONFEDERACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

A título de anécdota quiero comenzar el espacio de esta Sección evocando dos noticias que cuando se redactan estas líneas –5 de mayo de 2010– aparecen en la página Web de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

De un lado se recuerda el hecho de que *con la resaca aún de los fastos de la Expo del 92, las autoridades competentes barajaban la posibilidad de desalojar la ciudad de Sevilla por falta de agua para abastecer a su población*². No deja de ser sorprendente que se contemplara la posibilidad del desalojo de una ciudad de más de seiscientos mil habitantes sin que la medida causara alarma social, pues información trascendió al respecto y, sobre todo, cuesta trabajo pensar en las posibles consecuencias del correspondiente realojo, como imaginarían los responsables la situación... etc. Al final parece que todo se resolvió, como nos consta por la experiencia, con agua bombeada del río, algunas restricciones y agua embotellada para beber. La segunda noticia entraña la afirmación de que *la estructura organizativa de la confederación continúa siendo la misma que hasta ahora, manteniéndose la Secretaría General, Comisaría de Aguas, Dirección Técnica y la Oficina de Planificación Hidrológica, ya que el organismo mantiene todas las competencias en los terri-*

¹ Esta Sección ha sido preparada bajo la dirección de JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

² <http://www.chguadalquivir.es/opencms/portalchg/elOrganismo/historia/#apartado36>.

torios de la demarcación pertenecientes a Badajoz, Ciudad Real, Albacete, Murcia, Ceuta y Melilla. Una afirmación de este tipo forzosamente requiere alguna matización y explicación, pues resulta difícil de comprender que el impacto organizativo de la transferencia, tal como se ha operado en virtud del Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sea prácticamente nulo como parece desprenderse del texto citado³.

Parece, pues, que tiene interés preguntarse por la suerte de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, tras ochenta años de historia y la transferencia de la mayor parte de las aguas de la cuenca que configura dicho río, a la competencia de la comunidad autónoma de Andalucía que, actuando en consecuencia, se ha apresurado a diseñar y poner en funcionamiento su propia Administración Hidráulica, primero a través de normas de rango administrativo⁴, después con el refrendo y ratificación de la Ley 9/210 de 30 de julio de Aguas de Andalucía, en la que, como no podía ser de otra manera, integra las aguas andaluzas de la cuenca del Guadalquivir, esto es, las correspondientes al 90% de su territorio a través de la figura del distrito hidrológico.

II. ALGUNOS DATOS SOBRE LA CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR.

El organismo de cuenca que denominamos Confederación Hidrográfica del Guadalquivir fue constituido por Real Decreto-Ley de 22 de Septiembre de 1927. Las Confederaciones Hidrográficas respondían a criterios de descentralización funcional y tenían por objeto, sobre la base de un río principal, confederar todos los aprovechamientos existentes en él y en sus afluentes, cualesquiera que fuese la forma de los éstos, su importancia y el destino que tuvieran las aguas aprovechadas⁵. Es obvio que en ese momento nuestra legislación de aguas no reconocía la cuenca hidrográfica con el carácter de unidad de gestión administrativa que le diera después la Ley de Aguas de 1985 y en la actualidad el art. 16 del Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el

³ <http://www.chguadalquivir.es/opencms/portalchg/elOrganismo/historia/#arriba>

⁴ Véanse los *Informes* en el ámbito de esta Sección de los números 57 y 75 de esta *Revista*.

⁵ <http://www.chguadalquivir.es/opencms/portalchg/elOrganismo/historia/#apartado1>

que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en virtud de la cual el Real Decreto 650/1987 de 8 de mayo, estableció como ámbito de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir *el territorio de la cuenca hidrográfica del río Guadalquivir, así como las cuencas hidrográficas que vierten al océano Atlántico desde el límite de los términos municipales de Palos de la Frontera y Lucena del Puerto (Torre del Loro) y el límite de los términos municipales de Tarifa y Algeciras*. A ello el Real Decreto R.D. 2129/2004 de 29 de octubre, añadió las Ciudades de Ceuta y Melilla que desde el Decreto 301/1963, de 14 de febrero, se habían integrado en la Confederación Hidrográfica del Sur de España.

Esta nueva integración estaba justificada por el traspaso de la Confederación Hidrográfica del Sur a la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Según el Real Decreto 2129/2004 resultaba *imprescindible encomendar las funciones que, en relación con las ciudades citadas ejecutaba la Confederación Hidrográfica del Sur, a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, tanto por los medios técnicos y económicos propios de aquella y capaces de satisfacer las demandas de ambas ciudades, como por razones de cercanía y proximidad*. Por tanto, al tiempo que se modificaba el ámbito territorial de la Confederación, se previó la futura incorporación de las ciudades de Ceuta y Melilla al Consejo del Agua y a la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, estableciendo el correspondiente plazo al efecto. Producida la mencionada transferencia por Real Decreto 2930/2004, de 29 de octubre, la Confederación Hidrográfica del Sur se extinguió y sus aguas se incorporaron a la Administración Hidrológica de Andalucía donde se encuadran en la actualidad constituyendo el Distrito Hidrográfico del Mediterráneo.

A partir de ese momento comienza la evolución menguante de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en beneficio de la Administración Hidrológica de Andalucía: el Real Decreto 1560/2005, de 23 de diciembre, aprobó el de traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las cuencas andaluzas vertientes al litoral atlántico. Se vio, pues, privada de la cuenca del Guadalete-Barbate que más adelante se convertiría en distrito hidrológico andaluz. Más adelante también el Real Decreto 1666/0208, de 17 de octubre, traspasa a la competencia de la Junta de Andalucía la parte de la cuenca del Guadalquivir cuyas aguas transcurren íntegramente por Andalucía y no afectan a otra Comunidad Autónoma en cumplimiento del art. 52 del Estatuto de Autonomía reformado por Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Esos recursos hidráulicos se integran en la actualidad en la Agencia Andaluza del Agua que constituye la Administración Hidrográfica de Andalucía a través del correspondiente distrito hidrográfico, el distrito hidrográfico del Guadalquivir.

III. EL ÁMBITO ACTUAL DE LA CONFEDERACIÓN

Aplicando, pues, el Real Decreto 1666/2008 resulta que el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir ha quedado considerablemente mermado. Naturalmente sigue integrando los recursos hídricos correspondientes a Ceuta y Melilla, también los de la cuenca del río ubicados fuera de Andalucía, esto es en Badajoz, Ciudad Real, Albacete y Murcia, además, obviamente, de los que discurren por territorio andaluz y *afecten a otra Comunidad Autónoma* que no se ha aclarado cuales son, ni siquiera si efectivamente existen o no.

En este contexto se aborda ahora la problemática del agua en Andalucía desde la perspectiva contraria a la habitual. Esto es desde la residualidad de lo que ha quedado en manos del Estado y, consecuentemente, de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir. Pues si hacemos caso al Estatuto de autonomía y al Real Decreto 1666/2008 este momento nos encontramos con que la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir puede ser cualquier cosa menos *del Guadalquivir*. Este río ya no corresponde a dicha confederación pues junto con la mayor parte de su cuenca integra el Distrito Hidrográfico del Guadalquivir a través del que se incardina en la Agencia Andaluza del Agua. De entrada, pues, sería muy conveniente evitar la denominación Confederación Hidrográfica del Guadalquivir para referirse al organismo de algunas aguas que forman parte de la cuenca de aquel río y de otras que no parece que tengan mucho que ver con él, (Centro y Melilla).

No planteamos la adecuación o no del estatuto de autonomía a la Constitución. Parece claro que de mantenerse el criterio de la cuenca como único adecuado para interpretar el art. 149. 1. 22 –y esta es cuestión que corresponde al Tribunal Constitucional– hay pocas dudas de su inconstitucionalidad. Otra cosa es la racionalidad o no de la situación. Como hemos visto, de entrada, sigue propiciando la existencia de un organismo de cuenca denominado del Guadalquivir, sin el Guadalquivir. Pues, en efecto, la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir carece de competencias de gestión sobre el río que corresponden a la Agencia y, por lo que se, ve, sólo merced al concepto de cuenca, ejerce competencias sobre aguas escasas, periféricas y, en todo caso lejanas al Guadalquivir, aunque con ellas se justifique la exclusión del traspaso de importantes competencias que, sin duda, afectan al río y a otras aguas de la Comunidad Autónoma.

Así entre las competencias que de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1666/2008, no se traspasan a la Junta de Andalucía se encuentran

algunas de justificación más que discutible. En este momento solo quiero fijarme en dos de las que reserva al Estado el Real Decreto, por no alargar en exceso el contenido de esta *Sección*. Me refiero en concreto a:

2. *La fijación del ámbito territorial de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir, conforme regula el artículo 16 bis 5 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.*

3. *La elaboración, aprobación, seguimiento y revisión del Plan Hidrológico de Demarcación del Guadalquivir.*

Como puede verse se trata de competencias con las que se pretende cumplir con el principio de unidad de cuenca, sin embargo un planteamiento crítico debe hacernos desconfiar de la impresión inicial que oficialmente es la única. En efecto, si no es por un reverencial respeto al literalismo, no se entiende muy bien que fije el ámbito de la demarcación del Guadalquivir el Estado, al tiempo que corresponde a la comunidad autónoma la determinación de las demarcaciones colindantes. La demarcación del Guadalquivir queda, así, encajonada entre la demarcación del Guadalete-Barbate por el este y la del Tinto, Odiel y Piedras por el oeste. Se da así la paradoja de que el Estado tiene competencias sobre las aguas costeras y de transición correspondientes a la cuenca del Guadalquivir en virtud de las competencias que ejerce sobre las aguas de la misma situadas en las provincias de Badajoz, Ciudad Real, Albacete y Murcia y carece de ellas Andalucía que tiene competencias sobre el río Guadalquivir y sobre las demarcaciones colindantes con sus correspondientes aguas de transición y costeras. La situación se comenta por sí misma.

Pero posiblemente la más importante de esas competencias sea la planificación hidrográfica, que obviamente, el Real Decreto de traspaso reserva al Estado, con la justificación que, se ha alegado, de que así se respeta el principio de unidad de cuenca. Impecable, pero en mi opinión, absurdo. Si se admite la competencia planificadora de las comunidades autónomas en las cuencas intracomunitarias, cuyos recursos son de titularidad estatal (art. 132. 2 CE), no tiene ningún sentido que la competencia de planificación sobre el distrito hidrográfico del Guadalquivir no deba corresponder a Andalucía sino al Estado. Aguas muy tierra adentro, en territorios de otras comunidades autónomas sustraen a Andalucía dicha competencia, para situarla en el Estado con la participación de Andalucía naturalmente. No creo que la incidencia de dichas aguas sobre el conjunto de la cuenca deba conducir a semejante resultado. Con esto no quiero decir que Andalucía pueda disponer de las aguas de

la cuenca del Guadalquivir situadas dentro o fuera de su territorio de modo insolidario con el resto de la nación o perjudicial para las comunidades autónomas afectadas, sino que en el marco de la planificación hidrológica nacional y con los mecanismos de participación de las comunidades citadas es a ella a quien debería corresponder la competencia de planificación de la demarcación en que esta cuenca se integra.

Un resultado semejante exige, obviamente, relativizar el criterio de la Ley de Aguas sobre las cuencas y una interpretación finalista y gradual del texto constitucional. Tanto el criterio de la Ley de Aguas como la interpretación literal del art. 149.1.22 pueden ser válidos y, especialmente el primero es muy valioso desde una perspectiva sistemática, pero si conducen a resultados que no son los que derivan de la naturaleza de las instituciones, de la racionalidad o de la eficacia deben ser aplicados con moderación, tamizados por el principio de proporcionalidad.

En mi opinión y, sobre todo, tras el real decreto de transferencias estamos en el peor de los escenarios posibles. No se si la diversificación entre las competencias de gestión –Junta de Andalucía– y planificación –Estado con participación de las comunidades autónomas afectadas– producirá buenos o malos resultados, pero es en una consideración *a priori* es difícil aventurar una situación exitosa, salvo que la acción planificadora del Estado sea prácticamente nominal y se limite a funcionar bajo los dictados de la Junta de Andalucía lo que sería lamentable.

Para concluir, baste señalar que es preciso un replanteamiento en profundidad de la distribución de competencias hídricas entre el estado y las comunidades autónomas que permita un tratamiento adecuado a las circunstancias de cada una de ellas. Es necesario indagar una interpretación del texto constitucional que atempere su literalidad y corrija los excesos sistemáticos de la Ley de Aguas que asfixian algunas situaciones. Dentro de un marco de solidaridad deben buscarse mecanismos de colaboración entre los entes implicados que sustituyan las atribuciones en exclusiva y las formulas unilaterales. Grandes conflictos se han iniciado por el agua de los ríos, sin embargo vemos como es posible encontrar fórmulas de entendimiento y cooperación sin perjuicio, incluso de distintas soberanías.

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias

CUBERO MARCOS, José Ignacio, *Cuestiones jurídicas controvertidas en torno a las viviendas protegidas, en especial las deficiencias de construcción*, “RVAP” núm. 84, mayo-agosto 2009, pp.17-52. *Vid.* (6).

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, *El convenio económico de 1927 (I): La dictadura de Primo de Rivera. La reforma fiscal, el aumento del cupo y las cuestiones forales*, “RJN” núm. 47, enero-junio 2009, pp. 11-38.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, *Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal*, “RJN” núm. 47, enero-junio 2009, pp. 39-86. *Vid.* (3).

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública

MALARET i GARCÍA, Elisenda, *El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso de construcción*, “RVAP” núm. 84, mayo-agosto 2009, pp. 167-208.

Analiza la autora el EBEP que considera un estatuto para un modelo policéntrico de Administraciones Públicas: una ley de bases en sentido estricto, un estatuto de empleo público para todas las Administraciones Públicas y todos los servidores públicos. Como aspectos concretos especialmente relevantes destaca su vertiente modernizadora y democrática: Estas últimas ideas directrices las desglosa del siguiente modo: A) el refuerzo del profesionalismo y la creación de herramientas para una efectiva modernización –centralidad del mérito en el acceso y promoción, creación de la figura de los directivos públicos profesionales, la flexibilidad como alternativa a la rigidez del modelo profesional–; B) la superación del modelo autoritario y jerárquico

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

por una lógica de participación. La autora concluye que el EBEP rompe con la dispersión y fragmentación del Derecho de empleo público que había caracterizado todo el periodo constitucional estableciendo un marco jurídico común. El EBEP supone, en su opinión, una innovación desde el punto de vista del ejercicio del poder legislativo estatal al establecer unas bases que requieren en gran medida para su aplicación un desarrollo posterior. El EBEP introduce, en su opinión, elementos fundamentales de innovación como la modernización del acceso, la carrera profesional, y su posible diversificación, la evaluación del desempeño, la creación de la figura del personal directivo profesional, las bases para establecer la movilidad entre Administraciones, la modernización del modelo de retribuciones, la idea misma de gestión de recursos humanos o un amplio elenco derechos colectivos y personales.

HEREDERO HIGUERAS, Manuel, *La recepción del management en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958*, "RJN" núm. 47, enero-junio 2009, pp. 203-226.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

DESDENTADO DAROCA, Eva, *La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones*, "RVAP" núm. 84, mayo-agosto 2009, pp. 85-134.

Recomendamos de forma efusiva este estudio que aborda una cuestión central del Derecho público. La autora, a mi juicio una de los destacados *iuspublicistas* del momento, parte del análisis del problema de la naturaleza formal o sustantiva de la motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad de la Administración. Desde esta estructura analiza los tópicos importantes con abundante aparato jurisprudencial y al hilo de los *leading cases* (e incluso los ámbitos problemáticos o de problematicidad recurrente), estudiando el control de motivación a la luz de los conceptos de motivación suficiente y arbitrariedad: en este elenco son analizados los controvertidos avances en el control de nombramientos discrecionales de altos cargos del Poder judicial; pruebas selectivas, evaluaciones académicas, la STC 17 /2009 en la relación con el control de la todopoderosa CNAI y la necesidad de distinguir entre motivación formal externa-en la resolución notificada-, motivación formal interna -o exteriorización de la ulterior justificación- y justificación -motivos-. El núcleo final es el análisis de la discrecionalidad técnica como obstáculo a un correcto control de la motivación y justificación de las decisiones administrativas discrecionales. Considera la autora que no es posible establecer una nítida distinción entre el llamado núcleo material o esfera, de estricta apreciación técnica de la decisión y sus aledaños de elementos reglados. La arbitrariedad puede surgir como consecuencia de un error claro en la apreciación o evaluación de los méritos o capacidades de los candidatos y si el error se demuestra

aunque evidentemente se produce dentro del ámbito de la apreciación técnica tiene una clara transcendencia jurídica, pues implica la vulneración de un principio general del Derecho. Del principio que proscribe la arbitrariedad y el abuso en el ejercicio de las potestades administrativas de lo que se deduce que irremediable se reconoce también la pertinencia de la prueba pericial, pues, en muchos casos, será imprescindible para demostrar en el proceso la existencia un error manifiesto de apreciación. Cree DESDENTADO DAROCA que las críticas a la nueva doctrina de extralimitación del Sala 3^a, respecto de las funciones jurisdiccionales y el art. 71.2 LJCA son infundadas limitándose el TS a realizar una tarea interpretativa que consiste en extraer las exigencias que se derivan de los principios generales de igualdad, mérito, capacidad, interdicción de la arbitrariedad y racionalidad. Piensa así que existen otros supuestos en los que es perfectamente legítimo llegar incluso a la sustitución de la decisión inicial adoptada por la Administración. Esa sustitución puede y debe producirse cuando las circunstancias del caso e incluso del proceso operan una reducción de la discrecionalidad a cero y ello no implica vulneración alguna del artículo 71.2 LJCA. Por eso “es esencial que los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo no se detengan en un control puramente formal, y para ello es también de extraordinaria importancia una adecuada configuración de la pretensión, que no se limite a solicitar la anulación por ausencia de motivación y la retroacción de las actuaciones, sino la declaración de la arbitrariedad del acto y, en su caso, el reconocimiento de la situación jurídica individualizada que proceda. Cree DESDENTADO DAROCA que la adopción de decisiones administrativas mediante el procedimiento de votación secreta debería eliminarse de nuestro ordenamiento jurídico, porque no es coherente con el principio de transparencia administrativa, con la obligación de motivación y con los principios de mérito, capacidad e interdicción de la arbitrariedad. El trabajo demuestra por sí solo la indiscutible valía de su autora. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, *La Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público*, “RJN” núm. 44, julio-diciembre 2007, pp. 9-43.

El trabajo que recensionamos es una síntesis de las principales novedades de la LCSP. Al hilo de dicha exposición J.A RAZQUIN LIZARRAGA demuestra una vez que es uno de los expertos nacionales en esta compleja materia. El trabajo pasa revista al ámbito de aplicación, tipología contractual y régimen jurídico, selección del contratista y adjudicación del contratos, recurso especial en materia de contratación, medidas provisionales y contratación electrónica. Critica así la nueva estructura de la Ley que sigue el *iter* contractual creando, a su juicio, dispersión en la regulación de los tipos contractuales de suerte que la determinación de las normas aplicables a un contrato típico exigen realizar un recorrido por todo el texto legal. Destaca como la exclusión del concepto de Administraciones Públicas de las entidades públicas empresariales y organismos asimilados comporta que sus contratos serán privados, sujetos al correspondiente régimen jurídico y jurisdiccional sin que les sea de aplicación el Libro IV sobre ejecución contractual, que contempla única y exclusivamente los contratos admi-

nistrativos, por lo que carecerán de las prerrogativas de la Administración en materia contractual (art. 194 LCSP).

RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio, *Las encomiendas a entes instrumentales en la legislación foral de contratos públicos de Navarra: contraste con el Derecho comunitario europeo y la legislación básica estatal*, “RJN” núm. 47, enero–junio 2009, pp. 39–86.

Cree J.A RAZQUIN LIZARRAGA que en el ámbito estatal la LCSP de 2007 ha procedido a la regulación de las encomiendas recogiendo los requisitos y condiciones comunitarios, pero con varias diferencias con la regulación general foral: un ámbito objetivo más amplio; la exigencia de titularidad pública exclusiva de la sociedad en cuanto medio propio instrumental, lo que posibilita asimismo los supuestos de titularidad conjunta –también prevista en la LBRL; y la condición del reconocimiento expreso como medio propio. El acierto de esta regulación, en su opinión, no impide sugerencias de mejora, como pueden ser la explicitación de la obligada titularidad pública exclusiva de las sociedades para ser medio instrumental, la incorporación a nivel legal del requisito del reconocimiento expreso y la posibilidad de que la íntegra titularidad pública del ente instrumental pueda ser conjunta por varias entidades, lo que abre la vía a fórmulas de colaboración con otras Administraciones, en particular con los entes locales cuando la Administración de la Comunidad Foral de Navarra asume, al tiempo, por tratarse de una comunidad uniprovincial, las competencias propias de la provincia (art. 40 LBRL). El estudio incluye una amplia bibliografía.

MORENO MOLINA, José Antonio, *Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de Contratos del Sector Público*, “RJN” núm. 45, enero–junio 2008, pp. 45–76.

Igualmente ilustrativo y de utilidad resulta el estudio de MORENO MOLINA. El estudio incluye bibliografía y cuadros explicativos para la exposición de la LCSP. Contiene una exégesis de las principales novedades de la LCSP y critica la huida de los principios generales de la contratación pública por el mantenimiento en la ley de procedimientos de contratación excepcional e incluso la fuerte elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos (contratos menores 50.000 obras 18.000 resto; negociado sin publicidad 200.000 obras, 60.000 resto; negociado con publicidad 1.000.000 obras, 100.000 resto)– Resalta el autor que en el Derecho europeo no existe la figura del contrato menor ni se recoge como supuesto tasado para acudir al negociado sólo el valor. Cree MORENO MOLINA que son violados los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación principios que según la STJCE de 13 de octubre de 2005, C 458/03 han de respetarse en todos los contratos celebrados por los poderes públicos. El autor se muestra muy crítico con la nueva regulación del art. 21.2 LCSP en relación con los actos separables de contratos privados celebrados por entes que no sean Administraciones Públicas y no sujetos a regulación armonizada. Muy crítico se muestra MORENO MOLINA con la regulación del recurso especial previsto en el art. 37 y de las medidas provisionales que cree en exceso limitadas en su ámbito

de aplicación (fundamentalmente contratos sujetos a regulación armonizada, contratos de servicios no prioritarios de cuantía igual o superior a 206.000 euros y contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior 500.000 euros y el plazo de duración sea superior cinco años).

TAJADURA TEJADA, Javier, *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la prohibición de partidos políticos*, “RJN” núm. 44, julio-diciembre 2007, pp. 87-113.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

COBREROS MENDAZONA, Edorta, *El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho comunitario (a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009)*, “RVAP” núm. 84, mayo-agosto 2009, pp. 209-230.

Cree COBREROS MENDAZONA que en el ejercicio de la acción de indemnización frente al Estado cuando el daño proviene de una resolución judicial que ha incumplido el Derecho comunitario –que se articula por la vía indemnizatoria del error judicial–, a la vista de la doctrina jurisprudencial existente, surgen algunas dificultades para satisfacer las exigencias del principio comunitario de efectividad.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a AMPARO & VILLAREJO GALENDE, Helena, *La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra*, “RJN” núm. 44, julio-diciembre 2007, pp. 45-86. *Id.* (6).

IZU VELLOSO, Miguel José, *El régimen jurídico de los premios concedidos por las Administraciones Públicas*, “RJN” núm. 47, enero-junio 2009, pp. 125-182.

Cree el autor que los últimos años se ha producido un avance para lograr su sometimiento al Derecho a través de la regulación de las subvenciones, principalmente por medio de la Ley General de Subvenciones de 2003 y otras leyes autonómicas. Sin embargo, falta un reglamento general que desarrolle esa ley en cuanto a los premios y muchos otros quedan fuera de ella y con frecuencia se otorgan con un excesivo déficit de garantías y controles exigibles a cualquier actividad de los poderes públicos. Considera IZU BELLOSO que el abuso de la Orden Ministerial o norma autonómica equivalente para crear, regular o conceder premios genera en muchos casos interrogantes sobre el ajuste de la actividad de la Administración al principio de legalidad.

Por ello, considera que los avances conseguidos, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, no pueden ocultar que con excesiva frecuencia se tiende a seguir viendo la concesión de premios como una actividad graciable mas que discrecional, todavía inmune a las garantías y controles exigibles a cualquier actuación de los poderes públicos en un Estado de Derecho.

(6) § Sectores Administrativos de Intervención. Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medio ambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc.).

AGOUEÉS MENDIZABAL, Carmen, *El planeamiento urbanístico y la movilidad sostenible*, “RVAP” núm. 84, mayo-agosto 2009, pp.17-52.

En este interesante este trabajo la autora comienza analizando la dimensión comunitaria de la movilidad sostenible. Aborda así los principios relativos a la movilidad y sus incidencia en el planeamiento urbanístico: 1) la concurrencia competencial en la configuración del medio ambiente urbano; 2) el valor ambiental de todo tipo de suelo como criterio básico de utilización del suelo; 3) el principio favorable al modelo de ciudad compacta. El trabajo lo culminan el estudio de las infraestructuras relativas a la movilidad urbana y el control del principio de movilidad sostenible en el planeamiento urbanístico. En el estudio se analizan los documentos sobre movilidad a escala comunitaria, la naturaleza jurídica de dichos documentos y su incidencia en el planeamiento urbanístico local. AGOUÉS MENDIZABAL cree que sería recomendable que en los trámites previos a la aprobación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística se impulsara un diálogo entre todos los agentes implicados para adoptar aquellas medidas que permitan cohesionar e integrar los distintos intereses concurrentes en el territorio. Asimismo cree que los planes de ordenación del territorio deben establecer determinaciones sustantivas a cumplir por el planeamiento urbanístico en materia de ocupación del suelo, densidades edificatorias, e implantación de infraestructuras de movilidad.

DE LA VARGA PASTOR, Aitana, *La coordinación entre la Ley 10/1998, de residuos y la ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental en materia de suelos contaminados*, “RVAP” núm. 84, mayo-agosto 2009, pp. 233-258.

Concluye la autora en este brillante trabajo que en el ámbito de los suelos contaminados existe la posible concurrencia de normas entre la LR y la LRM en relación con la reparación de los suelos contaminados o de los daños medio ambientales al suelo. Sin embargo, destaca DE LA VARGA, el objeto de ambas regulaciones parte de puntos distintos. El tratamiento que recibe el suelo contaminado en la LR es de residuo, mientras que en la LRM el llamado daño medio ambiental al suelo considera el suelo contaminado ya no como un residuo sino como un recurso. La LR tan sólo se

preocupa de la reparación del daño, en tanto que la LRM vas mas allá y prevé la prevención y evitación de daños. Considera la autora que a efectos interpretativos el llamado riesgo inaceptable por la LR debe entenderse como sinónimo del concepto utilizado en la LRM, riesgo significativo o significatividad del daño. Y que el concepto empleado por la LRM de daño medioambiental al suelo comprende el concepto de suelo contaminado que establece la LR. Cree que no existe preferencia por la aplicación de una norma u otra quedando a la discrecionalidad de la autoridad competente. Por último, en relación con el ámbito temporal en los supuestos en que no sea aplicable la LRM será de aplicación la LR. De este modo, los suelos contaminados excluidos de aplicación del LRM podrán ser recuperados conforme a la LR.

CUBERO MARCOS, José Ignacio, *Cuestiones jurídicas controvertidas en torno a las viviendas protegidas, en especial las deficiencias de construcción*, “RVAP” núm. 84, mayo-agosto 2009, pp.52-83.

En este estudio se abordan diversos aspectos en relación con las viviendas protegidas: distribución de competencias, calificación de la vivienda (provisional y definitiva), problemas jurídicos que plantea la calificación (silencio administrativo, responsabilidad patrimonial de la Administración, calificación definitiva y defectos de la construcción), potestad sancionadora (inicio del procedimiento sancionador, grado de participación, pérdida de beneficios y reintegro de cantidades), y concurrencia de jurisdicciones (dualidad, doble enjuiciamiento y doble castigo). El autor en sede de conclusiones realiza un elenco de propuestas de reforma: a) suspensión de procedimiento sancionador, en caso de que el orden jurisdiccional civil se encuentre dirimiendo el mismo conflicto; b) suspensión del proceso judicial civil o contencioso-administrativo cuando se tenga noticia de que cualquiera de ellos haya iniciado en primer lugar actuaciones o estén conociendo del mismo asunto; c) prever expresamente la responsabilidad patrimonial de Administración en los casos en que esta no inicie actuaciones de comprobación, y, una vez realizadas no ordene la reparación a las entidades promotoras; d) definir con mayor claridad las actuaciones de inspección y comprobación administrativas, previas a la adquisición de una vivienda protegida como en el trámite de calificación definitiva; e) reformar el régimen sancionador respecto a los castigos a imponer a las promotoras, al objeto de que produzcan un efecto disuasorio e impida que la infracción o la comisión de vicios o defectos conlleve un beneficio a largo plazo para aquéllas.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M^a Ángeles, *La aplicación del derecho de superficie en los artículos 40 y 41 de Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio: situación en Navarra*, “RJN” núm. 45, enero-junio 2008, pp. 11-44.

Este meritorio trabajo ordena los datos normativos y jurisprudenciales condensando el régimen jurídico anterior y posterior al Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (ámbito de aplicación objetivo, ámbito territorial). El estudio culmina con el análisis de la situación en Navarra tras el TRLS 2008. Cree la autora que las regu-

laciones de Galicia, Aragón y País Vasco siguen manteniendo todo su vigor y no han quedado desplazadas por la regulación de los arts. 40 y 41 TRLS 2008, y su desarrollo futuro puede producirse en el sentido que se desee. El estudio incluye bibliografía.

SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^a Amparo & VILLAREJO GALENDE, Helena, *La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra*, “RJN” núm. 44, julio-diciembre 2007, pp. 45-86.

(7) § Varia.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *El euskera y los documentos notariales*, “RVAP” núm. 84, mayo-agosto 2009, pp. 135-166.

Estudian en este trabajo la Directiva de servicios (origen y justificación, estructura y contenido, libertad de establecimiento) y la legislación Navarra (afectada por la legislación europea). Consideran que las repercusiones negativas para el medio ambiente y el entorno urbano de una gran superficie podrían ser controladas en la regulación urbanística clásica y con el sometimiento a la legislación ambiental y ordenación territorial y a las autorizaciones correspondientes. Piensan que quizá, un modelo como el británico, basado en criterios como la sostenibilidad, la revitalización urbana o la inclusión social, pudiera servir de inspiración a nuevas formas de intervención pública que superen el fracasado modelo francés que ha seguido nuestra legislación.

Abreviaturas

RJN Revista Jurídica de Navarra
RVAP Revista Vasca de Administración Pública

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

José María GIMENO FELIÚ, Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos, Civitas, Madrid, 2010, 410 págs.

El libro que presentamos sobre la adjudicación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es obra del profesor GIMENO FELIÚ. Ésta es quizás su mejor presentación ya que el autor es un destacado especialista en la materia, conocido por ser capaz de descender desde el mundo de las ideas abstractas al sensible y tangible de la aplicación práctica. GIMENO FELIÚ enseña Derecho administrativo en la Universidad de Zaragoza, y asesora como vocal a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, por lo que tiene contacto permanente con los gestores de la contratación pública, y por ello, posee un conocimiento directo de la diversa y compleja casuística que genera la contratación del sector público, y su nueva Ley reguladora. Consecuentemente, la monografía que comentamos ofrece una visión práctica de las principales novedades que la LCSP contiene desde la perspectiva de la adjudicación del contrato.

Este trabajo es pertinente y oportuno porque viene a ofrecer respuesta a la interpretación y aplicación de una Ley que esconde numerosas paradojas, y que a pesar de ello, obviamente tiene una importante incidencia sobre la actividad económica. En el número 142, de 2009, de la Revista Española de Derecho Administrativo, GARCÍA-TREVIJANO, en estudio incisivo y directo, explica las sorpresas y contradicciones que esconde la LCSP, que sintetizamos aquí, y que en buena medida son afrontadas por el autor de la obra que comentamos: 1. La LCSP distingue cuatro grandes tipos de personas a las que acaba aplicando regímenes legales diferentes y se suscitan problemas de delimitación conceptual de relevancia práctica; 2. Se plantean cuestiones sobre la delimitación entre contratos administrativos y privados; 3. Se generan nuevas controversias debido a la alteración de las competencias jurisdiccionales en materia de contratación; y 4. Existen preceptos contradictorios.

Pues bien, centrándonos en la obra objeto de este comentario, desde una panorámica general, nos encontramos ante siete capítulos y un epílogo: El primero es de carácter introductorio y trata sobre la importancia y significado

del Derecho comunitario en la contratación pública; el segundo, sobre los sujetos contratantes, y en especial, sobre el concepto de poder adjudicador; el tercero trata el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP y la tipología de contratos; el capítulo cuarto es sobre la aptitud en los contratistas y el concepto de operador económico; el capítulo quinto tiene por objeto la adjudicación de los contratos; el sexto es sobre la contratación pública electrónica; y el séptimo trata los sistemas de control en la contratación pública.

Dar noticia de una obra no consiste en comentar detalladamente todo su contenido, porque para eso ya está el trabajo objeto de recensión, sino en facilitar una información útil para el posible lector: ¿por qué merece la pena leerlo?, ¿qué aprenderé de su lectura?

Quien quiera conocer en profundidad los problemas interpretativos y de aplicación práctica que suscita la LCSP debe leer la obra de GIMENO FELIÚ. Claramente merece la pena leerla, releerla, subrayarla, y estudiarla porque aborda cada una de las cuestiones señaladas anteriormente desde una perspectiva académica y doctrinal, iluminando el texto de la Ley con abundante y reciente jurisprudencia europea y nacional, y dictámenes de órganos consultivos en la materia. Por ello, el resultado de su adecuado estudio será un conocimiento sólido del estado de la cuestión, de las dudas que se generan con el nuevo texto legal, de las posibles soluciones, y de la exégesis de la nueva Ley más razonable. Pero además, el autor apunta numerosas propuestas de *lege ferenda*, alguna de las cuales ya ha calado en el legislador que afronta en estos momentos una reforma de la Ley que se tramita en las Cortes Generales.

Como botón de muestra, presentamos algunas de las cuestiones más sugerentes que aborda esta obra:

El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP es una cuestión nuclear que ha sido redactada de forma muy confusa, y que pivota sobre el concepto, precedente del Derecho comunitario, del poder adjudicador. A través de más de cincuenta páginas, el autor intenta descodificar la nueva estructura de sujetos a los que se aplica la regulación de contratos del sector público, y cuestiona ligeramente la doctrina de los círculos concéntricos que ha sido empleada para la explicación de esta cuestión por otros autores.

En relación con el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, la obra se centra principalmente en los supuestos que se excluyen de su aplicación, y en particular, en los denominados servicios *in house providing*. Se trata, como es sabido, de prestaciones a través de entes públicos instrumentales que, a pesar

de su innegable personalidad jurídica, ponen en cuestión, dada su dependencia, la existencia de verdaderas relaciones contractuales. Se aborda esta cuestión desde la óptica del Derecho comunitario que ciertamente limita estas técnicas de colaboración y obligan a repensarlas. Asimismo, el estudio se remite principalmente a la jurisprudencia comunitaria para delimitar el concepto de convenio y explicar su restricción de uso cuando la prestación en cuestión esté comprendida en el ámbito de aplicación de las normas comunitarias sobre contratación pública. Se analizan además figuras complejas como las Juntas de Compensación, o la Administración corporativa, y los nuevos tipos contractuales. Particular interés tiene la explicación de los antecedentes de los llamados contratos de colaboración público privada, y el esfuerzo del autor por delimitar los contornos poco nítidos de esta modalidad de contrato. Aunque se afirma que este nuevo contrato tiene perfiles propios que lo diferencian del contrato de concesión de obra pública y del contrato de gestión de servicio público, lo cierto es que, para conseguir que esta figura contractual se aplique con precisión, será necesario identificar y destilar los requisitos delimitadores que lo definen y diferencian del resto de los contratos más allá de los meros aspectos específicos de la financiación de obras y servicios.

Sobre la regulación de la capacidad de los contratistas compartimos la crítica que el autor hace a su configuración en abstracto, sin atender a la perspectiva de la ejecución de cada contrato que puede tener un efecto pernicioso. Dicho lo cual, destacamos que se aborda esta cuestión con particular énfasis en la práctica de acreditar la solvencia con remisión a los datos globales que arroja la unión de diversas empresas con independencia de sus vínculos jurídicos.

Un tema de gran interés práctico es sin duda, el de los procedimientos y criterios de adjudicación; se analizan los criterios de adjudicación destacando la idea proveniente de la jurisprudencia comunitaria de que éstos deben guardar relación con la prestación demandada y que no deben quebrar el principio de igual de trato. Esta idea se articula en torno al concepto de “oferta económica más ventajosa” que se incorpora en la LCSP y que es la base para el diseño de los criterios de adjudicación. Compartimos igualmente el elogio del autor a la pretensión del legislador de objetivar los criterios de adjudicación del contrato para la reducción de la discrecionalidad ya sea mediante fórmulas matemáticas o por medio de la intervención de comités de expertos independientes al órgano de contratación.

Singular importancia a efectos de impugnación tiene la nueva configuración de la adjudicación provisional y definitiva de los contratos. Explica el autor que, si bien la adjudicación definitiva, que confirma la provisional, es un

acto administrativo que pone fin a la vía administrativa, y que por tanto en principio, sería posible recurso potestativo de reposición o directamente de recurso contencioso-administrativo, según las reglas generales de los medios de impugnación de los actos administrativos, atendiendo a la nueva configuración de la adjudicación definitiva como un acto de reproducción y confirmación de la provisional, resultará inadmisibile el recurso contencioso de conformidad con el sentido del artículo 28 de la L.J. Obviamente tal cuestión será objeto de polémica ante los Tribunales porque tradicionalmente se ha sostenido lo contrario sobre la base de entender que se trata de un procedimiento bifásico donde se dicta inicialmente un acto de adjudicación provisional, que es de trámite, y posteriormente, un acto de adjudicación definitiva, que es decisor, lo que deja abierta la impugnación ante la jurisdicción contenciosa.

La utilización de medios electrónicos para la contratación del sector público, y la adaptación procedimental al uso de dichos medios es objeto de atención en el capítulo sexto de esta obra. Se dibuja el escenario de transformación de la contratación pública por la inevitable incidencia de las nuevas tecnologías, y se exponen y detallan los diferentes medios electrónicos aplicables a la contratación, en especial, el Portal de Contratación Pública. Asimismo, se analizan las características de los nuevos procedimientos administrativos electrónicos de la contratación pública.

La obra se cierra con un estudio sobre los sistemas de control en la contratación pública con interesantes reflexiones sobre la preocupación del ordenamiento comunitario por la implantación de controles efectivos que permitan corregir incumplimientos antes de que éstos consoliden sus efectos. El autor aboga por la incorporación de nuevos remedios procesales, incluido un recurso contencioso-administrativo especial siguiendo el modelo francés.

En definitiva, estamos ante una obra que analiza las principales novedades de la LCSP relativas a la adjudicación del contrato, mediante el examen de los sujetos contratantes, la tipología contractual, los procedimientos y criterios de adjudicación, y los mecanismos de control. Es una obra eminentemente práctica, que desciende a la casuística jurisprudencial sin renunciar a la reflexión y crítica constructiva que debe caracterizar al buen trabajo académico.

Miguel Ángel Recuerda Girela
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, La estructura de los contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008, 248 páginas.

I. Los textos de lectura farragosa y fatigosa como las sucesivas redacciones y versiones de la legislación sobre contratos públicos, desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas, sus sucesivas reformas y refundiciones, hasta la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, por centrarnos sólo en las regulaciones de esta materia de las dos últimas décadas, motivadas en muy importante medida por la necesidad de trasponer al derecho interno exigencias del derecho comunitario, parece que se leen y asimilan mejor con el apoyo de obras como la que presento y es objeto de esta reseña. Se trata de un libro de cuidada edición, como es habitual en la editorial Iustel, una extensión ajustada y razonable, que encierra una muy completa síntesis de la reflexión doctrinal y jurisprudencial sobre la categoría del contrato desde la perspectiva del derecho público: los contratos públicos, privados y administrativos, en los que una de las partes es una Administración pública, un poder adjudicador que el derecho comunitario, merced a su fuerza expansiva, hace extensivo a las empresas públicas y *aquellas empresas privadas ligadas a actividades con tradición o vocación de monopolio o asumidas por la Administración de diferentes modos o configurables directamente como servicios públicos, expresión que aparece en diversos artículos* (pág. 113). Aún en su versión legislativa más moderna de la Ley 30/2007, que acabo de recordar, la dogmática de los contratos en los que una de las partes es una Administración pública enlaza con cuestiones planteadas desde hace casi dos siglos. Resulta, pues, interesante un libro como éste en el que el pasado y el presente se enlazan en una discusión viva que actualiza planteamientos, contribuye a su depuración y, de esa manera, los proyecta hacia el futuro apuntando nuevas cuestiones, lanzando nuevos retos en torno a los que se va creando la ciencia, en este caso la ciencia jurídica, jurisprudencia, *ars boni et aequi*. No en vano Meilán es un maestro del derecho administrativo de la última parte del siglo XX y, continuando el magisterio de Villar Palasí, ha cedido el testigo a un notable plantel de investigadores en diversos momentos de su trayectoria personal y profesional, que es garantía del futuro de nuestra disciplina, en el marco de otros esfuerzos diseminados por la amplia geografía de nuestras universidades, que justifican un saludable sentimiento de optimismo y esperanza, cuando hay tantas razones para los sentimientos contrarios.

II. De lo que acabo de decir es revelador el propósito que el autor confiesa cuando él mismo afirma que *el presente trabajo tiene su origen en la disertación elegida para participar hace muchos años en las pruebas para acceder a la cátedra universitaria, bajo el título «La actuación de la Administración pública por vía de acto y vía de contrato»* (pág.

15) que en nota a pie de página (nota 7) se aclara tuvieron lugar en 1968. Con la perspectiva, pues, de cuarenta años de actividad universitaria, amén de las muy diversas actividades que integran el *curriculum* del profesor Meilán se traza como objetivo de la obra *analizar los contratos públicos desde la perspectiva de la operatividad de categorías permanentes y con la indispensable aproximación histórica que permita comprender cabalmente las respuestas de los diferentes ordenamientos en el uso de las categorías y su alcance, antes de examinar, bajo la misma luz, la estructura de los contratos públicos* (pág. 16).

La obra se desarrolla en seis capítulos, aunque no utiliza esta denominación: *I. Planteamiento; II. La actuación pública por acto y contrato; III. Diferentes trayectorias históricas de los ordenamientos jurídicos; IV. Los actos en el contrato. V. Bloque normativo y elementos estructurales del contrato. VI El « iter» del contrato.* Los cuatro primeros tienen un claro valor instrumental de base para las exposiciones que realiza en los dos últimos referidos a la Ley 30/2007 como elemento positivo de reflexión. Sin embargo, el referido carácter instrumental no es ninguna excusa para relajar el interés de esta obra de la que precisamente respecto esos dos capítulos quiero destacar su acierto metodológico: con gran concisión, sin merma de su profundidad y precisión en los capítulos II y III desarrolla la dialéctica acto–contrato en el derecho histórico y en el derecho comparado. Para el desarrollo de la vertiente histórica selecciona varios sectores como son el empleo público, el cobro de los tributos, el correo y su conducción y los suministros, de manera que las afirmaciones a que llega por vía inductiva en relación con la temática propuesta se hacen al abrigo de generalizaciones más o menos arbitrarias y asentadas en la realidad del pasado normativo y de la vida que en su momento lo circundó. Algo parecido debe decirse respecto a la utilización del derecho comparado. Los diversos modelos que expone con brevedad y concisión –desde el paradigma alemán al francés, pasando por el norteamericano y el inglés– muestran una dialéctica común dentro de circunstancias, tradiciones y concepciones muy diferentes. Especial interés reviste, a mi juicio, y así quiero destacarlo, la influencia del factor político en la venta de bienes nacionales, tanto en Francia como en España, en el proceso de nacimiento y consolidación de los contratos públicos. Se trataba de hacer irreversibles las ventas para consolidar la revolución (específicamente en Francia), consolidar una clase burguesa fuerte y aliviar la insuficiencia de la Hacienda pública. Se pone así de manifiesto, una vez más, como lo coyuntural y contingente se convierte en prejuicio que termina alcanzando, nada menos, que el nivel de exigencia y categoría dogmática. El trabajo de Meilán en esto es exquisito, limitándose a poner de manifiesto la realidad tal como se percibe a través de de los textos de la época y una historiografía prestigiosa.

Estos apartados de carácter instrumental desembocan en una referencia al derecho comunitario –*El Derecho comunitario como «meeting point»* de los ordenamientos nacionales– Se destaca el objetivo de éste consistente en *superar la disparidad de las disposiciones nacionales mediante la incorporación al acervo comunitario de un pormenorizado derecho derivado* (pág. 95). Con este punto de partida se hace un recorrido sobre los principales contenidos de las directivas comunitarias enmarcando sus reflexiones en la dialéctica acto–contrato, sin perder de vista los valores: transparencia, publicidad, no discriminación al servicio de la construcción de un verdadero mercado único que justifican la intervención comunitaria en esta materia.

III. El capítulo IV es el de mayor densidad dogmática y conceptual. En él aborda el tema de la naturaleza jurídica del contrato público partiendo del análisis de las diversas posiciones doctrinales: contrato civil y contrato administrativo; acto y contrato para culminar el apartado con la exposición de la propia postura: *La Administración y el contratista, de conformidad con sus principios de manifestación, se autovinculan en un acuerdo que sobrepasa la mera yuxtaposición de declaraciones. De esa autovinculación surgen derechos y obligaciones recíprocas. La esencia del acuerdo de voluntades, como se define tradicionalmente el contrato, consiste en esa vinculación mutua que genera.* En definitiva, el particular y la Administración pública se manifiestan conforme a lo que son, y del concurso de voluntades surge el contrato público como verdadero contrato cuyo vehículo de expresión, desde la óptica de la segunda, son los actos administrativos que jalonan el *iter* contractual.

Desde la concepción del contrato público que mantiene aborda el autor en los dos capítulos restantes el vigente régimen jurídico positivo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. No es el momento de ofrecer ningún avance sólo recomendar un libro que ayuda a esclarecer y entender un texto que, aparte el duro estilo literario, como señalaba al comienzo, reviste una gran complejidad. Meilán aborda la tarea con rigor y claridad, sin eludir dificultades y con una gran batería de fuentes de conocimiento en las que apoya sus afirmaciones.

Solo resta recomendar este libro. Muy útil para adquirir una visión de conjunto sobre la materia –la contratación pública– y tratar con precisión las principales cuestiones que en torno a la misma se suscitan.

José Ignacio Morillo-Velarde Pérez

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor y Antonio M^a Bueno Armijo. Ed. Lex Nova, 2010 (1024 páginas).

Lo primero que quisiera destacar es el gran acierto de la Editorial Lex Nova al crear en su día la colección “El Derecho Administrativo en la Jurisprudencia”, en la que la presente monografía sobre Derecho Administrativo Sancionador, constituye el número 5 de la citada colección, que con extraordinario rigor dirige el Profesor López Menudo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. La convergencia de la Doctrina y de la Jurisprudencia en el ámbito del Derecho Administrativo, al igual que en el resto de disciplinas jurídicas, ayuda a consolidar y transformar las categorías jurídicas y con ello a depurar y fortalecer en nuestro caso el sistema jurídico administrativo en su conjunto.

En este sentido el Trabajo colectivo que ha dirigido, prologado y ejecutado en parte el Profesor Rebollo Puig, constituye una aportación de trascendencia muy significativa para la teoría general del Derecho Administrativo Sancionador. Podríamos decir que el conjunto de aportaciones de la Jurisprudencia a la fundamentación y régimen jurídico de las sanciones administrativas, es aprovechado por los autores del Libro para progresar en la construcción de la dogmática jurídica del ilícito administrativo, sustantivando con ello el actual Derecho Administrativo Sancionador, como disciplina jurídica con principios, categorías, especialidades de procedimiento y control propios, más allá del análisis de una modalidad de actividad administrativa, como es la actividad sancionadora de las Administraciones Públicas.

El sólo análisis del índice general del trabajo da una idea completa de la relevante incidencia de esta Jurisprudencia en la dogmática jurídica del Derecho Administrativo Sancionador: la comunidad de principios y a la vez fronteras con el Derecho Penal; el concepto de sanción administrativa y su delimitación; las competencias normativas sancionadoras; el principio de legalidad sancionadora en sus diversas manifestaciones de reserva de ley, tipicidad e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables; la antijuridicidad como elemento objetivo de la infracción administrativa; la culpabilidad como elemento subjetivo; el non bis in idem relativo a las infracciones y a las sanciones; el régimen jurídico del ejercicio de la potestad sancionadora; las actuaciones previas y las medidas provisionales; el procedimiento administrativo sancionador y la aplicación en él de los derechos fundamentales a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo, la presunción de

inocencia, el derecho a la prueba y el valor probatorio de los actos de inspección; la resolución sancionadora y el régimen de la caducidad del procedimiento y de la extinción de la responsabilidad; la ejecución de sanciones y finalmente el control contencioso administrativo de la potestad sancionadora. Toda una aportación valiosísima para la construcción de la Teoría General del Ilícito Administrativo en Derecho español; mucho más que una mera sistematización de la Jurisprudencia en esta materia.

Hay que felicitar por la elaboración de una obra de estas características y felicitar y agradecer a sus autores la ingente tarea de análisis crítico y de contenido valorativo de la Jurisprudencia examinada, muy principalmente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (Salas 3^a y 5^a) así como de los Tribunales Superiores de Justicia, resaltando la doctrina jurisprudencial más significativa en relación con la materia de que se trata que aparece destacada en negrilla a lo largo del trabajo, recogándose además íntegramente su texto en el CD-ROM que acompaña al Libro. Los autores reconducen al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, tanto el Derecho Sancionador como el Disciplinario de los Poderes Públicos, a excepción de la responsabilidad disciplinaria de Jueces y Magistrados, dada la comunidad de garantías constitucionales y de principios legales que les afectan.

No obstante ser un estudio de Jurisprudencia, el Libro se lee bien en la medida en que resume con agilidad el estado de la doctrina en cada materia tratada, a partir de las aportaciones de la Jurisprudencia más relevante y significativa que la respalda, así como con la exposición de los hechos contemplados en dichas sentencias, que se concretan de forma adecuada.

Especial interés plantea la delimitación jurisprudencial del concepto de sanción administrativa, a la vista de la potestad que se ejercita, frente a medidas y actuaciones públicas de otra naturaleza, lo que es importante desde el punto de vista de las garantías jurídicas. En particular se afirma que no es sanción administrativa la adopción de medidas para la restauración del Ordenamiento Jurídico infringido y de la realidad alterada (página 69), por ello en los casos en que las Leyes subordinan la legalidad de las decisiones administrativas sobre estas medidas a la legalidad de la sanción, cabría concluir como se afirma en el Libro que la anulación de la sanción debe arrastrar a la nulidad de la medida no sancionadora (página 995); a veces sin embargo los Tribunales no razonan unánimemente de la misma manera. En otro caso (página 99), se critica por ejemplo aquella Jurisprudencia que no considera sanción administrativa la pérdida de la condición de funcionario por delitos que no conllevan pena de inhabilitación, lo que en palabras del

Profesor Rebollo Puig, produce todo tipo de disfunciones en el conjunto del sistema.

Los Capítulos IV a VIII, inclusive, se dedican a la valoración crítica de los elementos esenciales del ilícito administrativo: conducta típica (determinada en lex previa y certa), antijurídica y culpable. Su desarrollo se desenvuelve en un análisis fluido y claro de la Jurisprudencia determinante de la problemática nuclear de la teoría general del ilícito administrativo. Por lo que se refiere a la tipicidad (formal y material) el Tribunal Supremo exige como contenido mínimo de la reserva de ley en esta materia, la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica, así como la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (criterios mínimos de antijuridicidad). Otros elementos que deben regularse por ley son la graduación de las sanciones y el establecimiento de la responsabilidad solidaria. El principio de tipicidad obliga a que la aplicación de la norma sancionadora sea previsible; el Tribunal Constitucional sitúa la garantía de previsibilidad en la interpretación de la norma sancionadora, en tres vertientes: a) si la actividad sancionadora respeta el significado posible de las palabras de la norma; b) si utiliza métodos de interpretación y aplicación acordes con la lógica y aceptados por la comunidad jurídica; y c) si finalmente, la actividad sancionadora no se separa de la axiología básica constitucional.

Resulta muy ilustrativa la exposición de la doctrina y de la jurisprudencia en relación con el principio de culpabilidad como uno de los principios estructurales del ius puniendi del Estado (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Este tercer elemento del ilícito administrativo veta la responsabilidad objetiva en materia sancionadora: responsabilidad de mero resultado. En términos generales la exigencia de culpabilidad en el ámbito del Derecho Sancionador difiere como sabemos del régimen de la culpabilidad en el Derecho Penal. Es cierto que no hay sectores del Derecho Sancionador donde se excepcione la exigencia de culpabilidad; sin embargo en las infracciones de mera actividad resulta más compleja la apreciación de la culpabilidad, por ejemplo por la simple omisión de no conservar cierta documentación. Es un hecho como indica la Jurisprudencia que el legislador sectorial exige en ocasiones un deber legal de diligencia (legislación de tráfico, entre otras), cuya inobservancia constituye elemento de culpabilidad suficiente para integrar los requisitos del ilícito administrativo y sancionar dicha conducta. Aborda el Trabajo asimismo la imputabilidad, en la medida que lo valora cierta Jurisprudencia, que en materia disciplinaria presenta mayores similitudes con la problemática del ilícito penal, como elemento de exigencia de responsabilidad al infractor en ausencia de causas de exculpación.

En el marco del procedimiento sancionador o disciplinario, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo es especialmente representativa, en relación con la interpretación y alcance de los derechos a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo, a la presunción de inocencia y el derecho a la prueba. En cuanto al valor probatorio de las actas de inspección y los atestados policiales (página 729 y siguientes), se rechaza el valor privilegiado de las denuncias y actas de inspección (mera prueba), en la medida en que implicaría una inversión de la carga de la prueba obligando al administrado a probar su inocencia, con lo que se estaría vulnerando su derecho fundamental a la presunción de inocencia; es decir que nadie se vea obligado a tener que probar su inocencia. No es posible seguir afirmando la presunción de certeza de las denuncias y actas de inspección, sino más bien su simple valor de prueba.

Muy importante resulta también, para terminar de destacar las múltiples aportaciones del Trabajo a la consolidación y madurez de nuestro Derecho Administrativo Sancionador, la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de indefensión (página 933). Frente a la doctrina de la indefensión material del expedientado en contraposición a la indefensión meramente formal, se afirmaba que era posible subsanar las infracciones cometidas en el expediente disciplinario en el posterior proceso contencioso; sin embargo y por influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 126/2005 y 59/2004) el Tribunal Supremo sostiene que la infracción de las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 de la Constitución, realizadas en el expediente disciplinario, no pueden subsanarse en el posterior proceso contencioso, pues los derechos fundamentales deben protegerse desde el inicio del expediente y no después.

Quiero resaltar finalmente y reiterar el magnífico diseño del índice general del Libro que posibilita la consulta directa y concreta del problema, representando a su vez una construcción de la teoría general del ilícito administrativo en Derecho español y con ello la consolidación del Derecho Administrativo Sancionador. El Trabajo se acompaña en sus últimas páginas de un índice de voces que complementa y facilita el acceso a la Jurisprudencia de interés en cada caso.

En definitiva y por el contenido valorativo que realiza de las distintas categorías jurídicas del Derecho Administrativo Sancionador, el Libro resulta muy recomendable y de gran utilidad para docentes del Derecho Público, letrados de las Administraciones Públicas, asesores jurídicos de Colegios Profesionales y demás Corporaciones de Derecho Público, así como abogados en relación con

cuantas cuestiones jurídicas se susciten en vía administrativa y contencioso administrativa en materia sancionadora y disciplinaria.

José Ignacio López González
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide

BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO

AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía* (Dir. Manuel José Terol Becerra), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-537-3.

AA.VV.: *Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León* (Dir. Andrés Domínguez Luelmo), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2009. ISBN: 978-84-9898-040-0.

AA.VV.: *Derecho Urbanístico de Castilla-La Mancha*, (Dir. Miguel Corchero y Francisco Antonio Cholbi Cachá; Coords. Rafael Ayala González y Rodrigo Caballero Veganzones), Ed. Civitas, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-470-3305-8.

AA.VV.: *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias* (Dir. R. García Pérez), Ed. Tecnos, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-3094-831-4.

AA.VV.: *Règim jurídic dels governs locals de Catalunya*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-442-0.

AA.VV.: *Manual práctico de Derecho urbanístico de Andalucía* (Coords. Venancio Gutiérrez Colomina y Francisco Javier Gutiérrez Julián), Ed. Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, Granada, 2009. ISBN: 978-84-8828-288-0.

AA.VV.: *La descentralización de competencias autonómicas en la ciudad de Madrid* (Dir. Alfredo Galán Galán), Huygens Editorial, Barcelona, 2009. ISBN: 978-84-9359-819-8.

- AA.VV.: *Derecho de los bienes públicos (Tomos I y II). El patrimonio de Navarra. Comentarios a la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del patrimonio de Navarra* (Dir. José Francisco Alenza García), Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2009. ISBN: 978-84-2353-104-2.
- AA.VV.: *Derecho Ambiental en Castilla y León* (Dir. Tomás Quintana López), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-428-4.
- AA.VV.: *Derecho urbanístico de Castilla y León* (Dir. Enrique Sánchez Goyanes; Coords. Ángel M^a Marinero Peral y Francisco Javier Melgosa Arcos), Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-7052-454-7.
- AA.VV.: *Derecho urbanístico de Canarias* (Dir. Enrique Sánchez Goyanes), Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-7052-456-1.
- AA.VV.: *Derecho urbanístico de Cataluña* (Dir. Enrique Sánchez Goyanes; Coords. Juan Ignacio Soto Valle y Ignacio Sanz Jusdado), Ed. La Ley-El Consultor, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-7052-439-4.
- AA.VV.: *Instituciones políticas de la Comunitat Valenciana* (Dir. Francisco J. Visiedo Mazón), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-581-6.
- AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Gestión integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía* (Dir. Ignacio Albendea Solís; Coord. M^a del Mar Núñez Lozano), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009. ISBN: 978-84-8355-863-8.
- AA.VV.: *Los derechos sociales en el siglo XXI. I Foro Andaluz de los Derechos Sociales* (Dir. Manuel José Terol Becerra), Ed. Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz de Administración Pública, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-545-8.
- AA.VV.: *Pobreza y exclusión. II Foro Andaluz de los Derechos Sociales* (Dir. Manuel José Terol Becerra), Ed. Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz de Administración Pública, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-544-1.
- AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia* (Dir. José Luis Meilán Gil), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009. ISBN: 978-84-9903-161-3.
- AA.VV.: *La influencia del Derecho valenciano en las disciplinas tecnológicas* (Dir. Francisca Ramón Fernández), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-640-0.

- AA.VV.: *La reforma estatutaria y constitucional* (Coords. José Manuel Vera Santos y Francisco Javier Díaz Revorio), Ed. La Ley, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-8126-289-6.
- ÁLVAREZ MARTÍN, J.A.: *Economía Sumergida y Empleo Irregular. Impacto en Andalucía. Causas. Consecuencias. Posibilidades de reacción*, Ed. Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009. ISBN: 978-84-8333-447-8.
- BARRETO HERNÁNDEZ, C.: *Mujeres en el Parlamento de Canarias I 1983-2003*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-444-4.
- BORRERO MORO, C.J.: *El reparto de la materia imponible entre la Hacienda Autonómica y Local*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-404-8.
- CARBALLO ARMAS, P.: *El Diputado del Común de Canarias. Estudio jurídico en torno a la Ley 7/2001, de 31 de julio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-375-1.
- CASANA MERINO, F.: *La Autonomía Financiera de las Comunidades Autónomas en materia de gasto público*, Ed. Civitas, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-470-3199-3.
- CASAR FURIÓ, M.E.: *Régimen Jurídico de los Bienes Inmuebles de Interés Cultural en la Legislación Valenciana*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-299-0.
- COLLADO BENEYTO, P.: *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento. (Incidencia en la Generalitat Valenciana)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-670-7.
- CORRALES PONCE DE LEÓN, J.A.; POMARES MARTÍNEZ, M.C.: *Manual para personal del servicio específico de admisión en la Comunidad Valenciana*, Ed. José Antonio Corrales Ponce de León, Alicante, 2009. ISBN: 978-84-613-2450-7.
- GONZÁLEZ JAIME, E.: *Competencias de las entidades locales de Andalucía sobre servicios sociales*, Ed. Iustel, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-9890-051-4.
- GORRITI BONTIGUI, M.; BAÑUELOS IBÁÑEZ, J. I.: *Diseño organizado de la Agencia Vasca del Agua*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2009. ISBN: 978-84-7777-343-6.

- JIMÉNEZ IBÁÑEZ, S.; CARRILLO MORENTE, J.A.: *Derecho de la ordenación del territorio y urbanístico de Castilla-La Mancha*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009. ISBN: 978-84-9903-308-2.
- LÓPEZ PELLICER, J. A.: *La ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia Comentarios a la Ley del Suelo de la Región de Murcia. Texto refundido de 2005, concordada con la Ley estatal de Suelo (texto refundido de 2008)*, Ed. Diego Marín, Librero-Editor, Murcia, 2009. ISBN: 978-84-8425-701-1.
- LÓPEZ PÉREZ, A.M.: *La hacienda autonómica. Una propuesta alternativa para la Comunidad Valenciana*, Ed. José María Bosch Editor, Barcelona, 2009. ISBN: 978-84-7698-850-3.
- MESA VILA, M.: *Fundaciones del Sector Público Andaluz. Régimen jurídico y gestión*, Ed. Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009. ISBN: 978-84-8333-445-4.
- MONASTERIO ESCUDERO, C.; ZUBIRI ORIA, I.: *Dos ensayos sobre financiación autonómica*, Ed. Fundación de Las Cajas de Ahorros, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-8911-650-4.
- MORILLO GONZÁLEZ, F.; ECHEVERRÍA SUMMERS, F.M.: *Manual práctico de propiedad horizontal para Cataluña*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009. ISBN: 978-84-9903-294-8.
- OLLANTES SÁNCHEZ, B.; SANCHÍS VIDAL, A.: *La evaluación del impacto de género en la normativa estatal y andaluza*, Ed. Diputación Provincial de Jaén, 2009. ISBN: 978-84-9604-792-1.
- PÉREZ CASTILLO, R.; OLMEDO AREAL, J.M.: *Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia perspectivas de desarrollo y de futuro en el marco del estado de bienestar social en la Comunidad Autónoma Andaluza*, Ed. Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009. ISBN: 978-84-8333-450-8.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: *Manual básico de Derecho Urbanístico de Castilla y León*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-650-9.
- RAMOS PRIETO, J.: *La participación de las haciendas locales en los tributos de las comunidades autónomas*, Ed. Tirant lo Blanch-Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-6132-571-9.

- REINA MARTÍN, M.D.: *Aspectos Relevantes de la Financiación Autonómica. Análisis económico de la Administración Pública en relación con la financiación autonómica*, Ed. Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2009. ISBN: 978-84-8333-451-5.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: *Relaciones intergubernamentales Estado-Comunidades Autónomas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-511-3.
- SAIZ GARITAONANDIA, A.: *La Administración de Justicia en las Comunidades Autónomas. Situación actual y perspectivas de reforma*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. ISBN: 978-84-9876-454-3.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *Derecho urbanístico de Cataluña*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009. ISBN: 978-84-9675-897-4.
- VILLALBA CASAS, J.J.: *Manual de Disciplina Urbanística de Castilla-León. El control de la edificación y la protección de la legalidad en el derecho urbanístico de Castilla y León y en la jurisprudencia*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009. ISBN: 978-84-9903-384-6.
- VILLAVERDE CASTRO, J.; MAZA FERNÁNDEZ, A.: *El comercio exterior de Cantabria*, Ed. Civitas, Madrid, 2009. ISBN: 978-84-470-3220-4.

Javier E. Quesada Lumbreras
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

**Revista de Estudios
de la Administración
Local**

Enero-Abril 2009

Número 309

I. Estudios

Luciano Parejo Alfonso
**AUTONOMÍA LOCAL, RÉGIMEN LOCAL BÁSICO
Y REFORMAS ESTATUTARIAS**

7

Josefa Cantero Martínez
**LOS DERECHOS INDIVIDUALES DEL PERSONAL LABORAL DE LAS
ENTIDADES LOCALES. ESPECIAL REFERENCIA A LAS EXPECTATIVAS QUE
ABRE LA “PUBLIFICACIÓN” DE LOS DERECHOS RELACIONADOS CON SU
CARRERA PROFESIONAL Y SU PROGRESIÓN**

59

Octavio Salazar Benítez
**CONSTITUCIÓN, ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y GOBIERNO LOCAL.
CLAVES PARA UNA LECTURA CONSTITUCIONALMENTE ÓPTIMA DE LA
AUTONOMÍA LOCAL**

93

Anna Pallares
**APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ENTIDADES DE ÁMBITO
TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO DE CATALUÑA**

135

Augusto González Alonso
**LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA SEGURIDAD
CIUDADANA: LOS ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA
COMUNIDAD DE MADRID**

157

II. Jurisprudencia

Ángel Sánchez Blanco
EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL URBANISMO DE MARBELLA, 1991-2006

173

III. Crónicas y Documentos

Antonio M. López González
**LA PROMOCIÓN INTERNA RESTRINGIDA A PLAZA DE TÉCNICO
DE GESTIÓN EN LOS ENTES LOCALES**
207

IV. Recensiones

José Luis Bizelli y Marlene Aparecida de Oliveira Ferreira (orgs.)
GOVERNANÇA PÚBLICA E NOVOS ARRANJOS DE GESTÃO
Editorial Jacintha, 2009. 223 págs.
(Recensión: Carmen Pineda Nebot)
219

Fernando Sabés Turmo y José Verón Lassa
LA GESTIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL
EDITORIAL COMUNICACIÓN SOCIAL, COLECCIÓN PERIODÍSTICA 26, 2008,
126 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pineda Nebot)
222

Yves Sintomer, Carsten Herzberg y Anja Röcke
**LES BUDGETS PARTICIPATIFS EN EUROPE. DES SERVICES PUBLICS AU
SERVICE DU PUBLIC**
EDITORIAL LA DÉCOUVERTE, 2008, 354 PÁGS.
(Recensión: Carmen Pineda Nebot)
225

IV. Sumarios de otras revistas

IIAAAP