

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ 77/2010

Mayo-Agosto

ESTUDIOS

Federico Castillo Blanco

Nota sobre algunos aspectos conflictivos de la representación y negociación colectiva en las Universidades Públicas: especial referencia a Andalucía.

María Zambonino Pulito

El nuevo marco de los Puertos deportivos: el régimen de las concesiones

Lourdes Yolanda Montañés Castillo

El medio ambiente como objeto de protección en el derecho sancionador y en el derecho penal: el problema de la concurrencia de medidas punitivas y sancionadoras.

David Ordóñez Solís

Las cláusulas europeas de los nuevos Estatutos de Autonomía en la perspectiva del Tratado de Lisboa

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

El riesgo de huida silenciosa del Derecho Administrativo. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, Sección 5ª, recurso núm. 4035 de 2005).

(María del Carmen Nuñez Lozano)
(Salvador Maldonado Saavedra)

Sobre la aplicación del Estatuto Básico del empleado Público a los Cuerpos de Policía Local y el principio de especialidad normativa consagrado en la ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de mayo de 2010.

(Jaime Hernández Vaillo)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

El control parlamentario del Decreto Ley

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

La gestión de la política de dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Agencia Andaluza para la atención de la dependencia.

El procedimiento de protección de la legalidad urbanística en Andalucía: su nueva regulación reglamentaria.

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: Aproximación a la concepción de la provincia en la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 77

Mayo-Agosto 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)*
Mayo López, M^a Isabel. *Directora 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.*
Serrano Sánchez, Luis. *Director General de Innovación, Organización y Procedimientos de los Servicios Públicos. Junta de Andalucía.*
Sánchez Milán, Lidia. *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.*
Vallés Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*
Víboras Jiménez, José Antonio. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*

Director:

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

Secretaria:

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 Ysem, 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 Administraciones 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



ESTUDIOS

<i>Federico Castillo Blanco</i> Nota sobre algunos aspectos conflictivos de la representación y negociación colectiva en las Universidades Públicas: especial referencia a Andalucía	13
<i>María Zambonino Pulito</i> El nuevo marco de los Puertos deportivos: el régimen de las concesiones	45
<i>Lourdes Yolanda Montañés Castillo</i> El medio ambiente como objeto de protección en el derecho sancionador y en el derecho penal: el problema de la concurencia de medidas punitivas y sancionadoras	99
<i>David Ordóñez Solís</i> Las cláusulas europeas de los nuevos Estatutos de Autonomía en la perspectiva del Tratado de Lisboa	131

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

El riesgo de huida silenciosa del Derecho Administrativo. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, Sección 5º, recurso núm. 4035 de 2005). <i>(María del Carmen Núñez Lozano)</i> <i>(Salvador Maldonado Saavedra)</i>	173
Sobre la aplicación del Estatuto Básico del empleado Público a los Cuerpos de Policía Local y el principio de especialidad normativa consagrado en la ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de mayo de 2010. <i>(Jaime Hernández Vaillo)</i>	203

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.
(Francisco Escribano López) 215

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 (*José I. López González*) 251
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
(*José L. Rivero Ysern*) 269

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- El control parlamentario del Decreto Ley
(*Manuel Medina Guerrero*) 285

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

- La gestión de la política de dependencia en la Comunidad Autónoma
de Andalucía. La Agencia Andaluza para la atención de la dependencia
(*M^a Asunción Torres López*) 299

El procedimiento de protección de la legalidad urbanística
en Andalucía: su nueva regulación reglamentaria.
(*José Manuel Fernández Luque*)

337

RESEÑA LEGISLATIVA

Reseña de disposiciones de la Unión Europea. (<i>Lucía Millán Moro</i>)	379
Crónica normativa de la Junta de Andalucía. (<i>Juan Antonio Carrillo Donaire</i>)	415
Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica. (<i>José I. Morillo-Velarde Pérez</i>)	439

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: La Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y la Administración Hidrográfica de Andalucía (<i>José I. Morillo-Velarde Pérez</i>)	445
--	-----

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(<i>Jesús Jordano Fraga</i>)	459
--------------------------------	-----

RECENSIONES

RECENSIONES

- ORTEGA, L. y DE LA SIERRA, S., *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
(Manuel Rodríguez Portugués) 469
- NÚÑEZ LOZANO, M.C., *Legislación de costas y planificación urbanística*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo Ed. Derecho Global, Sevilla, 2009, 266 págs.
(M^a Remedios Zamora Roselló) 485
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V.; *El periurbanismo estatal. La ordenación urbanística del dominio público del Estado*.
Marcial Pons, Barcelona, 2009, 367 págs.
(Elsa Marina Álvarez González) 489
- CARBONERO GALLARDO, JOSÉ MIGUEL; *La adjudicación de los contratos públicos. Procedimiento para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público*.
La Ley. El Consultor de los Ayuntamientos. 2010. 644 págs.
(Ginés Valera Escobar) 491
-

BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOGRAFIA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO**
(Javier E. Quesada Lumbreras) 497
-

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



Nota sobre algunos aspectos conflictivos de la representación y negociación colectiva en las Universidades Públicas: especial referencia a Andalucía

Federico Castillo Blanco

Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Granada

SUMARIO: I. LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL FUNCIONARIO AL SERVICIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.- II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL FUNCIONARIO AL SERVICIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.- III. RÉGIMEN DE REPRESENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.- IV. LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO COMUNES AL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: CONSTITUCIÓN Y MATERIAS DE NEGOCIACIÓN. 1. ¿Es posible constituir una mesa de negociación común para el personal laboral y funcionarial de las Universidades?. 2. Las materias objeto de negociación en las mesas comunes. 3. Las disposiciones estatutarias de las Universidades Públicas y las previsiones establecidas en el propio EBEP remitiendo a cada Administración Pública la regulación de materias atinentes a su empleo público: su alcance y aplicabilidad.- V. CRÓNICA Y RECAPITULACIÓN DE UNA SITUACIÓN CONTRADICTORIA Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU SOLUCIÓN.- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿CRISIS DE GOBERNABILIDAD O DE GOBERNANZA EN EL EMPLEO PÚBLICO?

RESUMEN:

El presente trabajo aborda las reglas, y las carencias que presenta, la estructura del sistema de negociación colectiva en las Universidades públicas, aunque más allá de ello intenta poner de relieve la complejidad del sistema de empleo público universitario para que éste pueda ser calificado de eficiente y pueda, inclusive, responder a la propia estructura normativa establecida, ya que los procesos de interacción entre los actores estratégicos que concurren en el sistema y que son determinantes para el éxito de las políticas públicas uni-

versitarias a implementar en los próximos años no pueden ser calificados como los más idóneos.

Palabras clave:

Universidad, legislación universitaria, empleado público, negociación colectiva, representación sindical, autonomía universitaria, mesa de negociación, gobernanza.

ABSTRACT:

The following paper deals with the rules, and lacks in the structure of collective bargaining in public universities, but beyond that it seeks to highlight the complexity of the university public employment system so that it can be described as efficient and can, even respond to the standard established structure, since the processes of interaction between strategic actors who take part in the system and that are crucial to the success of the university to implement public policies in the coming years may not be qualified as the most suitable.

Key words:

College, university legislation, public employee, collective bargaining, union representation, university autonomy, negotiating table, governance.

El Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) introduce cambios que, no sin razón, han sido calificados de relevantes en la negociación colectiva de los empleados públicos más allá de que, como es sabido, la doctrina en general se había pronunciado a favor sobre todo de una clarificación más intensa de las materias negociables y la estructura de la negociación¹; cambios que, básicamente y junto a lo que será objeto de especial atención en este trabajo referido al ámbito subjetivo de la negociación colectiva, se centran, entre otros, en variados aspectos: en primer lugar, si bien se han incrementado los supuestos que excluyen la necesidad de negociación, a diferencia de la anteriormente vigente LORAP el recurso a la consulta cuando las decisiones de la Administración en materia organizatoria afectan a las condiciones de trabajo de los empleados públicos ha quedado gravemente

¹ Por todos, y de forma muy destacada a nuestro juicio, se debe señalar aquí a autores como SALA FRANCO, DEL REY GUANTER y ROQUETAS BUJ quienes, desde hace varios años, vienen dedicando su reflexión y estudio a este tema en muy diversos y variados trabajos.. De la autora últimamente citada, debe reseñarse: *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial La Ley Madrid, 2007

afectado ya que, con carácter general, procederá la negociación; se aclara y singulariza la distinta naturaleza de los instrumentos en que se plasma la negociación colectiva según afecten éstos o no a materias reservadas a ley; en tercer lugar, se refuerzan los principios de legalidad y cobertura presupuestaria con un objetivo claro de dejar sin efecto aquellos instrumentos negociales que se concluyan sin competencia para ello o rebasando los límites establecidos por la competencia del órgano que los suscribe, y; por último, y a fin de no extendernos en demasía, se consagran los principios de obligatoriedad de la negociación y de buena fe negocial, ya vigentes en el ámbito laboral, pero cuya plasmación concreta era exigible en el nuevo texto legal en lo referido a los funcionarios públicos dada la posibilidad de desvinculación de los Pactos y Acuerdos recogida ahora, y tras las experiencias habidas en este campo², en el artículo 38.9 EBEP.

Advirtamos ya, desde el inicio del presente trabajo, que el tratamiento de las Universidades Públicas en esta materia se mueve en lo que la doctrina ha calificado como un triple conflicto, ni mucho menos resuelto hasta el momento y a ello nos referiremos al final de este trabajo, entre “autonomía territorial”,

² PALOMAR OLMEDA, A., “Apunte sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002, *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 527, 2002, págs. 1-4; ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», *Justicia Laboral, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2001, págs. 39 y ss; MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000», *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2001, págs. 17 y ss.; GALLEGO ANABITARTE, A., «La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 sobre retribución de funcionarios: entre el comentario político y el análisis jurídico», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 473, 2001, págs. 1 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., «Érase una vez {...} la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2001, págs. 31 y ss; MARTÍNEZ LÓPEZ, J. L., «Imperio de la Ley, retribuciones funcionariales y *prudentia iuris* de nuestros jueces» (I y II), *Diario La Ley*, núms. 5258 y 5259, 2001; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública (A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2001, págs. 39 y ss.; LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, B., «El control judicial sobre el incremento de las retribuciones de los funcionarios», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2001, págs. 25 y ss.; MARÍN ALONSO, I., «La congelación salarial de los funcionarios públicos mediante la determinación unilateral del correspondiente ministro para las Administraciones Públicas», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2001, págs. 51 y ss.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: crónica de un conflicto anunciado», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2001, págs. 51 y ss., etc.

“autonomía universitaria” y “autonomía colectiva”. En efecto, en el caso de las Universidades Públicas nos encontramos³, junto al legislador estatal (que opera en las Universidades con una doble competencia: la estrictamente universitaria y la de empleo público), un doble legislador autonómico que opera también, dentro de sus competencias, en ambos ámbitos como en el caso estatal y la propia capacidad normativa de las Universidades públicas derivada del reconocimiento constitucional de la autonomía universitaria.

Lo cierto es que, como ahora trataremos de exponer pero ya adelantamos, la estructura negocial de éstas, en orden a la aplicación de esta normativa en las materias que preceptivamente han de ser objeto de negociación colectiva, dista mucho de ser transparente y mucho menos de poder recibir el calificativo de bien estructurada lo que ya ahora provoca numerosos problemas, y seguramente los provocará en mayor medida en el futuro en la medida en que se despliegue toda la normativa anterior, en la gestión del personal al servicio de éstas. Cuestión esta de la estructura negocial, por otro lado, que se ha de reconocer que no es nada fácil de resolver dado que, junto a esa cascada de normas a que hemos hecho referencia y que no en todos los casos ofrecen un marco jurídico diáfano y bien coordinado entre sí, la Universidad española tiene una compleja estructura de personal en que conviven empleados públicos del más variado y singular régimen jurídico en muchas ocasiones con funciones sustancialmente idénticas sujeto a un régimen normativo distinto (para botón de muestra baste aludir al personal docente)⁴, dependientes en distinta medida de las normas aludidas, con distinta capacidad negocial, con esferas de negociación también diferentes, etc. lo que provoca, reiterémoslo, un panorama nada fácil para la gestión del empleo público universitario que, en lo que se refiere a la materia objeto de nuestro estudio, se plasma en los Pactos y Acuerdos que, en las tres esferas anteriores, pueden adoptarse respecto de los distintos sectores de personal,

³ Establece la LOU en su artículo 6.1, dedicado al régimen jurídico de éstas, que las Universidades se regirán por la presente Ley y por las normas que dicte el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, añadiendo, en su apartado 2, que las Universidades públicas se regirán, además, por la Ley de creación y por sus Estatutos.

⁴ Sin entrar en otros colectivos (investigadores fundamentalmente) hay diversos colectivos laborales en la Universidad española: por de pronto el PAS laboral y, separado de éste, el PDI laboral recientemente creado pero, en estos últimos, se coexiste con contratados administrativos y todos en su conjunto separados de los funcionarios de los cuerpos docentes de carácter permanente. Todos ellos tienen, o pueden tener, ámbitos de representación y negociación distintos lo que determina el surgimiento de múltiples, diversas y a veces enfrentadas unidades de negociación.

ciertamente dentro del ámbito competencial de cada una de ellas –lo que tampoco resulta en muchas ocasiones fácil de dilucidar), y que constituyen asimismo normativa de aplicación al personal al servicio de las Universidades.

Pero es que, permítaseme resaltarlo a pesar de lo obvio que pueda parecer por lo que de interés tiene para las cuestiones que se abordarán, las Universidades de Andalucía, aún y a pesar de depender de la Comunidad Autónoma en numerosas cuestiones como se detalla en la Ley de Universidades de Andalucía, gozan también de autonomía⁵. Desde este punto de vista, la Ley Orgánica de Universidades dota a las Universidades de una serie de habilitaciones de carácter legal que constituyen el contenido de su autonomía (art. 2.2 LOU) y que en lo que nos afecta disponen como contenido propio de éstas, las siguientes: a) Elaboración de los Estatutos y demás normas de funcionamiento interno (apartado a); b) Selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades (apartado e); c) El establecimiento y modificación de las relaciones de puestos de trabajo (apartado i). Todas ellas, en mayor o menor medida, materias susceptibles de negociación colectiva.

⁵ Las Universidades forman tradicionalmente parte de lo que se ha dado en llamar Administración Institucional en las cuales la relación Ley–Reglamento cambia su tradicional forma de articulación. En este tipo de Administración, y sobre todo en aquella en que como la Universidad tiene constitucionalmente garantizada la autonomía, existe una norma de cabecera (LOU), ley estatal a la que se remite expresamente la Constitución. Dado el doble significado de estas normas de cabecera que son normas del ordenamiento estatal y del propio ordenamiento que vienen a regular, las relaciones entre los Estatutos y la Ley que le sirve de cabecera no tiene una significación igual que en la relación tradicional Ley–Reglamento. Los Estatutos de la Universidad, en dicha medida, no tienen porqué limitarse a complementar o hacer operativo el contenido de aquella Ley, sino que ésta última desempeña la función de Ley habilitante y limitativa pero no condicionante del contenido del Reglamento, lo que permite concluir la validez de cualquier disposición del Estatuto que no vulnere la Ley y la no necesidad de que éste haya de tener una fidelidad puntual y absoluta a lo prevenido en la Ley (STC 55/1988, de 23 de febrero).

De esta forma, los Estatutos de las Universidades, aunque tengan su norma habilitante en la LOU, no son como se ha expuesto, en realidad, normas dictadas exclusivamente para su desarrollo; son reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la Ley según se ha razonado. En síntesis, a diferencia de los reglamentos ejecutivos de leyes que para ser legales deben seguir estrictamente el espíritu y finalidad de la ley habilitante que les sirve de fundamento, los Estatutos se mueven en un ámbito de autonomía en que el contenido de la Ley no sirve sino como parámetro de control o límite de la legalidad del texto. Y, en consecuencia, sólo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, y como correlato lógico de lo anterior ha de considerarse válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal (SSTC 130/1991 y 55/1989).

Bien es cierto, además, que a este inicial empoderamiento realizado por las normas universitarias, habrá que añadir, como luego diremos habilitaciones y competencias más amplias de cada Universidad que se encuentran en la legislación de empleo público, sobre todo tras la aprobación del EBEP, y que complican, aún más si cabe, la situación hasta ahora aludida dada la anómala configuración de las unidades negociadoras en el ámbito universitario que en una situación ciertamente contradictoria atribuyen a ésta competencia en materias susceptibles de negociación colectiva, pero sorprendentemente no habilitan el espacio de negociación idóneo para hacerla efectiva. De todo ello, y de eventuales soluciones a los problemas planteados, trataremos de dar cuenta en las páginas que siguen.

I. LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL FUNCIONARIO AL SERVICIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

Como es suficientemente conocido en el ámbito funcionarial, y a diferencia del régimen jurídico que tiene el personal laboral, existe una disociación entre la legitimación negocial (que corresponde a las organizaciones sindicales con la representatividad que se establece en la Ley) y, de otro lado, la representación que viene establecida a través de las Juntas de Personal y los Delegados de Personal con funciones claramente detalladas que no alcanzan, sin embargo, a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo. A diferencia del caso anterior, en el caso del personal laboral al servicio de éstas, las Universidades son ámbito de representación al igual que en el caso del personal funcionario, pero también lo pueden ser de negociación colectiva lo que establece una notable diferencia entre ambos colectivos en el interno de cada Universidad.

Esa distinción, y por los inevitables efectos que tiene para el tema que se aborda, motiva el análisis separado de ambas cuestiones que han sido objeto de singulares modificaciones tras la aprobación del EBEP lo que motiva como ahora veremos, en el caso de las Universidades públicas, una especial problemática.

De todo ello resulta, una estructura negocial que, como ya se ha dicho, no está plenamente acabada y donde cuestiones, como la negociación conjunta entre personal laboral y funcionario que ahora permite el EBEP, se verán notoriamente dificultadas por las restricciones que dicho texto marca en cuanto a la posibilidad de que cada Universidad pueda ser también un ámbito de negociación para todo el personal al servicio de éstas. Pero vayamos ya a abordar lo previsto en cuanto a representación de los funcionarios públicos –de los distintos sectores existentes en la Universidad– en las normas vigentes.

Pues bien, cabe comenzar aclarando que, con independencia de la representación que se reconoce a los distintos sectores de personal en los artículos

13 y ss. de la Ley Orgánica de Universidades (Consejo Social, Claustro, etc...), está la representación, que es la que a nuestros efectos interesa, en Juntas de Personal y Comités de Empresa. En el sentido expresado, el establecimiento de unidades electorales para la elección de los representantes, con las funciones a ellos asignados que como ya se ha dicho no alcanza a la negociación colectiva en el ámbito funcional, se ha modificado sustancialmente tras el EBEP.

En efecto, frente al carácter detallado y tasado establecido en la anterior legislación de representación y participación en las condiciones de trabajo de los empleados públicos, ahora el EBEP remite a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, y lógicamente de lo establecido por éstas últimas respecto de las Universidades, el establecimiento de unidades electorales (artículo 39.4).

Pero, además, el párrafo in fine del artículo 39.4 establece una posibilidad nueva que ha de subrayarse especialmente a los efectos que se persiguen en este trabajo: *previo acuerdo con las Organizaciones Sindicales legitimadas en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán modificar o establecer unidades electorales en razón del número y peculiaridades de sus colectivos, adecuando la configuración de las mismas a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan.*

Es decir, con independencia de lo que establezca la Ley, y a salvo de prohibición expresa, la norma parece habilitar, eso sí previo acuerdo con las organizaciones sindicales, la posibilidad de constituir unidades electorales para los distintos colectivos que existen en la Universidad o entes instrumentales dependientes de ésta en su caso.

La representación, de esta forma y a salvo de lo ya expuesto, del personal funcionario docente e investigador (en adelante PDI) no plantea ninguna especialidad que, asimismo y como en el caso del personal funcionario de administración y servicios (en adelante PAS), tendrá un ámbito de representación –no de negociación colectiva, en principio, como luego veremos– en cada Universidad.

II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL FUNCIONARIO AL SERVICIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS⁶

El artículo 34.1 de EBEP, como asimismo se preveía en la legislación anterior, prevé que *a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos se*

⁶ Para la doctrina, fundamentalmente la laboral, la negociación colectiva de los empleados públicos, por lo que de novedad tenía en la década de los ochenta, fue un ámbito de estudio prioritario. Pueden verse, a este respecto, y con referencia a la LORAP, entre otros los siguientes trabajos: DEL REY

constituirá una mesa general ... **en cada una de las Comunidades Autónomas**. Y es que el legislador ha optado, a diferencia de lo que sucede en el ámbito laboral o como hemos visto en la representación de los funcionarios, por que no sean las partes negociadoras libremente quienes determinen las unidades de negociación sino la Ley. De esta forma, y en los tres ámbitos de Administración Territorial (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales), establece una mesa general de negociación. No así en las Universidades lo que tal vez encuentre su explicación en el carácter de Administración Institucional dependiente de las Comunidades Autónomas, a pesar de la autonomía de éstas reconocida constitucionalmente, a éstas atribuidas.

Como puede verse, e igual ocurre en la Administración del Estado y en las Entidades Locales, hay, en primer término, una opción legal: la negociación colectiva de carácter general le está vetada a los organismos instrumentales y solo le cabe realizarla a las Comunidades Autónomas globalmente consideradas. Las razones de dicha opción realizada por el legislador, a las que podrían añadirse consideraciones sobre los inconvenientes que plantea no entender la función pública de cada una de las Universidades Públicas como una función pública única en el ámbito autonómico para el PAS y con carácter estatal en el caso del PDI, son variadas y añadamos que, solo en parte, justificadas en el caso de las Universidades: la relativa homogeneidad de la legislación funcionarial en cada uno de esos niveles territoriales, la relativa, asimismo, homogeneidad en las funciones asignadas a los miembros de los distintos cuerpos y categorías funcionariales, la también relativa identidad en el tipo de trabajo a realizar en los diferentes centros de trabajo, departamentos, organismos autónomos y distintos servicios, la centralización de las competencias normativas en materia de personal, etc., son todos ellos factores que influyen decisivamente en esta opción legal⁷.

GUANTER, S., *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1988; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Madrid, 1994; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995; y RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J. y PÉREZ BORREGO, G., *Procedimiento de Elecciones a Representantes de Trabajadores y Funcionarios*, Pamplona, 1995; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, 1996; CRUZ VILLALÓN, J., «Juntas y Delegados de Personal: conceptos, ámbitos de actuación y competencias», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, 1990, págs. 93 y ss.; y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos*, Barcelona, 1996.

⁷ El art. 87.3 del Proyecto de EBFP de año 1999, en cambio, permitía también la constitución de mesas de negociación a nivel de organismos autónomos u «Organizaciones Administrativas». Se trataba, por consiguiente, de una opción distinta de la mantenida con anterioridad por la LORAP y ahora por el EBEP.

Aunque, ciertamente y como ya hemos advertido, estas razones, plenamente admisibles en el resto de los casos, se compadecen notoriamente mal con el régimen de las Universidades públicas que, si bien dependen orgánicamente en la mayoría de los casos de las Comunidades Autónomas que desempeñan relevantes funciones respecto de las mismas (a salvo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo que dependen de la Administración General del Estado), su posición institucional y el propio reconocimiento de la autonomía universitaria quizás hubiesen podido aconsejar otras soluciones. La interiorización del personal de administración y servicios dentro del empleo público de la Comunidad Autónoma, según lo dispuesto en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía, y el carácter nacional del personal docente e investigador parecerían avalar⁸, en principio, esta solución que, sin embargo, no deja de plantear notorias disfunciones.

Y es que, en efecto, el legislador estatal ha optado, y de esto no parece haber duda, por una cierta centralización y unificación en materia de negociación de las condiciones de trabajo del personal, y ha limitado la posibilidad de reconocer un determinado grado de autonomía en eventuales ámbitos inferiores de negociación. Bien es cierto que, a pesar de dicha afirmación, la libertad que la norma reconoce a la Mesa general de negociación en orden a determinar el ámbito aplicativo de los Acuerdos y Pactos permitía y permite alcanzar

⁸ En realidad el régimen del PDI funcionario de las Universidades públicas puede ser tachado, al menos, de singular. En efecto, el Tribunal Constitucional ya rechazó que este tipo de personal, a pesar de que fueran funcionarios de la Universidad en que habían sido nombrados, pudiera ser considerado funcionario autonómico ya que los mismos podrían prestar servicios en otras Universidades lo que avalaba la competencia del Estado para su regulación con el límite, eso sí, de las competencias de desarrollo legislativo de las CCAA y de la autonomía universitaria (SSTC 26/1987 146/1989, 235/1991, 131/1996, etc).

⁹ En cualquier caso, a nadie se le escapa que existe una sustancial diferencia entre ambas soluciones. En efecto, como ha puesto de relieve ROQUETA BUJ, lo normal es que “las negociaciones en el seno de la Mesa general se llevarán a cabo por sindicatos generales, quienes, por mucho que actúen en representación de un colectivo funcional determinado, siempre lo harán de acuerdo con una estrategia general, al servicio de un modelo de empleo público elaborado tomando en consideración los intereses y problemas de todos los que la componen. En cambio, la constitución de nuevas mesas de negociación, en los distintos entes instrumentales, podría suponer dar entrada en la negociación a sindicatos vertebrados sobre los organismos en los que los funcionarios prestan servicio, que tal vez guiados por sus intereses privativos podrían poner en peligro la homogeneización de las condiciones de trabajo de los funcionarios que, sin duda, ha aparecido hasta ahora como un objetivo de las organizaciones sindicales y de las propias Adminis-

el mismo resultado, esto es, negociar expresamente para los funcionarios de un organismo o ente administrativo determinado (artículo 38.4 EBEP)⁹.

Lo cierto, no obstante, es que ha habido un cambio respecto del diseño de modelo de negociación establecido en la Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (en adelante LORAP) y que afecta específicamente a las Universidades.

En efecto, el artículo 31.1 de la LORAP establecía que *«por decisión de la Mesa general podrán constituirse otras Mesas sectoriales, en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos»*¹⁰, esto es, a nivel de la Comunidad Autónoma y sectorialmente, pero como puede verse sin posibilidad para la negociación a nivel de centros de trabajo, departamentos con autonomía pero sin personalidad, organismos autónomos o servicios disgregados por el territorio.

La dicción establecida para las mesas sectoriales en el EBEP sin embargo ha sufrido una modificación de cierto interés. De esta forma, el artículo 34.4 establece que *“Dependiendo de la Mesas Generales de Negociación y por acuerdo de las mismas podrán constituirse Mesas Sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y su número.*

El cambio, como se ha expuesto, resulta pues de sumo interés para las Universidades públicas que no podrían en principio, ya se ha dicho, constituir Mesas Generales de Negociación, pero que ahora sí parece que pueden constituir, siempre que exista acuerdo de la Mesa General, Mesas Sectoriales dependientes de aquella que ya no, además, se limitan a tener un carácter residual sobre los temas que han de abordar sino también podrán abordar todas aquellas cuestiones que la Mesa General les reenvíe o delegue.

Y, en efecto, así ha sucedido en Andalucía donde dependiente de esa Mesa General de Negociación, se ha constituido una Mesa General de Universidades

traciones Públicas” (véase como los Convenios Colectivos tanto del Estado como de la mayor parte de las CCAA, e inclusive de las Universidades en que normalmente son de ámbito autonómico, son convenios únicos de la correspondiente Administración y de sus organismos autónomos).

¹⁰ La anterior distinción entre Mesa general y Mesas sectoriales no tenía la consideración de norma básica en la LORAP, lo cual quería decir que la ley estatal está dejando un amplio margen para que las CC.AA. fijasen en su respectivo ámbito la estructura negocial que considerasen más conveniente. Una excepción, sin embargo, venía dada por el art. 79.2 de la Ley 55/2003, que con el carácter de norma básica, prevé la constitución de una mesa sectorial de negociación «en el ámbito de cada servicio de salud.

—mal llamada general ya que, como se ha dicho, no puede tener ese carácter— y dos mesas dependientes de ésta para PAS y para PDI (notoriamente necesarias dado el distinto régimen jurídico de unos y de otros respecto de las materias centrales del empleo público: carrera, retribuciones, acceso, etc.). A estos ámbitos de negociación se une la Mesa Sectorial de Universidades constituida en el ámbito de la Administración General del Estado dependiente de la Mesa General de ésta ya que, lógicamente y sobre todo en el caso del PDI funcionario, la Administración General del Estado conserva importantes competencias.

Son esos, pues, los ámbitos llamados a negociar las materias relacionadas en el artículo 37 del EBEP respecto del personal que presta sus servicios en las Universidades públicas y no las propias Universidades donde, si bien hay representación con las funciones atribuidas a las Juntas de Personal (que, como se ha reiterado insistentemente, no son negociadoras), no se constituyen éstas en ámbitos de negociación por las razones expuestas con lo que se produce una divergencia entre el ámbito de representación y el de negociación. Y todo ello sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre la conveniencia de articular un espacio de negociación en el ámbito de cada Universidad.

En lo que se refiere, más específicamente, a la negociación colectiva del Personal funcionario Docente e Investigador no existe singularidad alguna respecto de este personal, a salvo de la especialidad de su régimen jurídico respecto de la vigencia del EBEP y su exclusión en determinadas materias de éste¹¹, a lo que hay que añadir lo ya aludido en el apartado anterior referido a la Mesa Sectorial de Universidades constituida en el ámbito de la Administración General del Estado.

¹¹ El Estatuto Básico del Empleado Público contiene una regulación general y uniforme del régimen del personal al servicio de las Administraciones públicas. Esa regulación general y uniforme puede convivir con regulaciones sectoriales anteriores como es el caso de la LOU respecto del personal docente e investigador. Así lo declara expresamente el artículo 2.3 del EBEP que establece que este personal se regirá por su legislación específica dictada por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III (derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, no así lo establecido respecto de la evaluación del desempeño que será plenamente aplicable), y los artículos 22.3 y 24 (retribuciones complementarias) y el artículo 84 (movilidad voluntarias entre Administraciones públicas). Como indica SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, 2008 pág. 63, aunque con una dicción más confusa que la recomendada por la Comisión, lo que ha querido decirse es que las especialidades de la legislación específica del personal docente, que permiten excepcionar o excluir la aplicación del EBEP, han de referirse a estos aspectos excluidos, cualquier otra peculiaridad que pueda contemplarse en la legislación específica no puede estar en contradicción con el EBEP.

Como se ve, sin embargo y como trataremos de explicar más detalladamente con posterioridad, no habría nada que oponer a este esquema sino fuera porque, dotada de autonomía cada Universidad lo que le confiere una posición singular en el ordenamiento jurídico, y reconociéndole a “cada” Universidad el ejercicio de competencias relevantes respecto del personal a su servicio (tanto PDI como PAS), la carencia de un espacio de negociación propio en cada una de éstas pueda suponer, a la postre, más inconvenientes que ventajas se derivan de la centralización de la negociación colectiva en este ámbito. Luego lo veremos, pero antes nos referiremos al personal laboral (tanto PDI como PAS) cuya existencia y la posibilidad de negociar de éstos en el ámbito de cada Universidad vuelve a plantear la oportunidad o no de excluir a cada Universidad como ámbito de negociación en el caso del personal funcionario.

III. RÉGIMEN DE REPRESENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS

El régimen de representación del personal laboral no ha cambiado tras el EBEP y se rige, como lo hacía con anterioridad, por el Estatuto de los Trabajadores, de forma tal que para éstos, y en los mismos términos e idéntico alcance, sigue rigiendo lo dispuesto en los artículos 62 a 76 del ET referido a los Delegados de Personal y Comité de Empresa. Que, estos sí, y junto a ser unidad de representación tienen capacidad negociadora plena a diferencia de las Juntas de Personal como ya se apuntó con anterioridad.

De esta forma, la LOU, tanto en su original versión como en la modificaciones operadas en ésta en virtud de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, hace especial hincapié en que el orden jerárquico de las fuentes viene presidido, en este concreto aspecto, por dicha Ley y sus disposiciones de desarrollo dictadas por las Comunidades Autónomas, por la legislación general de funcionarios (en su doble ámbito de legislación estatal y autonómica hay que entender), y por los estatutos de cada Universidad (artículo 56.2).

Como consecuencia de lo anterior, ciertamente, el EBEP y las disposiciones de desarrollo de éste serán de aplicación a este personal, pero lo serán siempre que la legislación universitaria no haya dispuesto previsiones específicas al respecto. La declaración del EBEP referida a su aplicación a las Universidades públicas ha de ser entendido en este marco (artículo 2.1), y así resueltas, también, las contradicciones que pudiese suscitar la aplicación de la normativa referida. Pero es que, además, solo así puede entenderse las modificaciones que haya introducido el EBEP, y ello a pesar de que en este concreto aspecto la LOU no tenga carácter de Ley Orgánica, aunque lo cierto es que dicha aseveración es más discutible respecto de la legislación de desarrollo de ésta dictada por las Comunidades Autónomas que, en opinión de SÁNCHEZ MORÓN, debe adaptarse a lo dispuesto en el EBEP, salvo en los aspectos referidos expresamente en el propio EBEP.

En cuanto al régimen de negociación ha de tenerse en cuenta que las unidades de negociación no vienen tasadas por la Ley, sino que las partes pueden establecerlas libremente (artículo 83.1 ET) por lo que ya cabía, como sucede en la actualidad, que el Convenio Colectivo alcance a todas las Universidades de una Comunidad Autónoma (solución óptima a nuestro entender y que, de alguna manera, vendría casi derivado por las disposiciones establecidas en la normativa autonómica) o¹², alternativamente, a cada Universidad de forma tal que cada Universidad tuviese su propio Convenio Colectivo. Lo cierto es que la tendencia común, en casi todas las Comunidades Autónomas (incluida Andalucía), ha sido realizar un único Convenio Colectivo para el caso del PAS y, más recientemente, el PDI laboral lo que presenta notorias ventajas dadas las características de este personal¹³.

¹² Bien es cierto que este ámbito autonómico se confunde este ámbito con el de empresa cuando la Universidad es de ámbito autonómico. Así acontece en aquellas cuyo territorio es el una Comunidad Autónoma cómo las Universidades de Castilla La Mancha, Extremadura, País Vasco o con la UPNA en Navarra. Este modelo universitario no plantea, sin embargo, problemas en lo que aquí nos estamos refiriendo ya que es ese, junto con el estatal, el ámbito de negociación tanto en personal laboral como en funcionarios públicos.

¹³ De cierto interés, a los efectos de determinar si es precisa o no la negociación conjunta de todas las Universidades de una Comunidad Autónoma una vez formulado un primer convenio colectivo conjunto, es la STS (Sala Social) de 20 de octubre de 1997. La misma razona del siguiente modo dicha cuestión: “Una vez hecha esta aclaración, es forzoso llegar a la desestimación de la concreta pretensión de la demanda sobre la que se centra este recurso, con base en las razones que se exponen seguidamente: 1).— En los convenios colectivos de empresa y en los de sector es indiscutible la plena operatividad y vigencia del deber de negociar que impone el art. 89-1 del Estatuto de los Trabajadores. En estas clases de convenios la unidad a que se extiende el ámbito de los mismos viene determinada por la propia naturaleza de las cosas, sin que en la creación de esa unidad haya tenido especial incidencia la voluntad de las partes negociadoras de los mismos. La empresa o el sector industrial existen antes de que se fije o delimite el ámbito de afectación del convenio, y existen con independencia de la voluntad de las partes que intervienen en éste. Las partes negociadoras podrán elegir, dentro de las facultades que la ley les otorga, que el convenio alcance al ámbito de la empresa de que se trate, o al ámbito del sector correspondiente (y dentro de éste el área geográfica que se considera pertinente), pero es indiscutible que la voluntad de esas partes no crea la empresa ni el sector. Por tanto, como la entidad afectada por el convenio, existe por sí misma y con independencia de la aquiescencia de quienes lo negociaban, no aparece en estos casos razón de ningún tipo para que quiebre el mandato que dispone el citado art. 89-1.

Pero existen convenios cuyo ámbito no es exactamente el de una empresa o de un sector industrial; así acontece cuando varias empresas diferentes, sin ningún vínculo legal que las una y cada una con plena autonomía de actuación y disposición, deciden unirse con el solo fin de ne-

Detengámonos, sin embargo, en este último por constituir la principal novedad acontecida en estos últimos años¹⁴.

gociar un sólo convenio que alcance a todas ellas. En este particular supuesto es la propia voluntad de las diferentes entidades la que crea la unidad a que el convenio afecta; cosa contraria a lo que sucedía en el supuesto anterior en el que esa unidad ya existía de antemano. Se puede por consiguiente afirmar que mientras en los casos antes mencionados el convenio actúa sobre una unidad natural, cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores del mismo, en cuanto tales, en los casos que ahora tratamos la unidad afectada es artificial, en tanto que se crea por la propia decisión de las partes que intervienen en el convenio y con la exclusiva finalidad de concertarlo. Por ello en estos supuestos sí concurren razones que impiden la aplicación del art. 89-1.

Ello es así, habida cuenta que, si en tales supuestos es la voluntad de los interesados la que crea y da vida a esa unidad, ésta mantendrá su existencia mientras perdure el plazo de vigencia del convenio colectivo pactado, y una vez vencido este plazo mientras persista la voluntad de todos y cada uno de tales interesados de mantener esa unión. Pero si cualquiera de las entidades que integran esa unidad, decide separarse del grupo en el momento de concluir la vigencia del convenio, es evidente que dicha unión deja de existir, con lo que desaparece la propia base en que se asentaba el convenio colectivo y el deber de negociar su revisión.

Entender que en virtud de este deber todas las empresas que se habían unido y, luego negociado el convenio precedente, siguen obligadas a mantenerse unidas para que así se pueda negociar el posterior convenio, es llevar el mandato del art. 89-1 mucho más lejos de lo que se ordena en él, por cuanto que este criterio supone mantener por la fuerza la existencia de la unión de empresas referida, cuando tal unión sólo puede subsistir cuando se cuenta con la aquiescencia y voluntad de todas y cada una de las entidades empresariales que la componen.

Lo que realmente sucede en estos casos es que, si una de las entidades que constituían la unión comentada, decide separarse de ella, esto supone la ruptura y desaparición de la unidad sobre la que estaba estructurado el convenio colectivo. Y si ha desaparecido esa unidad, ya no se puede pactar con respecto a ella ningún convenio colectivo, ni, consecuentemente, puede tener realidad y vigencia el deber de negociar del art. 89-1 del Estatuto de los Trabajadores.

2).- El Convenio Colectivo para el personal de las Universidades públicas de Galicia no es un convenio que afecte a una sola empresa, pues es in cuestionable que en su ámbito están comprendidas tres empleadoras distintas y autónomas, a saber la Universidad de Santiago de Compostela, la Universidad de La Coruña y la Universidad de Vigo.

Tampoco se trata de un Convenio de Sector, toda vez que aún cuando pudiera pensarse en un primer momento en que dicho Convenio atañe al sector de la docencia universitaria gallega, lo cierto es que tal suposición ha de ser totalmente descartada al analizar las pautas que se han seguido en la negociación del mismo e incluso algunos de los preceptos que en él se contienen, dado que en su art. 1º se dice que las partes que lo conciertan son la Universidad de Santiago, la de Vigo y la de La Coruña, sin que aparezca ninguna asociación patronal como interviniente en el convenio, como sería lo obligado en el caso de tratarse de un convenio de sector; en ese mismo art. 1º se hace referencia a los Comités de empresa, como representantes de los trabajadores, lo cual resulta impensable e incompatible con un convenio sectorial; el art. 10º párrafo segundo crea un Comité Intercentros de las Universidades Públicas gallegas, figura ésta que no puede existir en relación con un sector industrial.

Y es que, en efecto, la introducción del régimen jurídico laboral para el Personal Docente e Investigador de las Universidades públicas llevado a cabo por las últimas reformas legales, haciendo subsistir a la vez el personal funcionario, tiene como consecuencia directa el surgimiento de una nueva fuente en la regulación de este personal: el convenio colectivo que, curiosamente, no resulta citado en la propia Ley como forma de regulación de la relación laboral de los docentes e investigadores universitarios.

Cabe hacer referencia a que dicha cuestión no supone un tema menor. Ni mucho menos. Por de pronto principios como el de autonomía de la voluntad colectiva e individual serán de aplicación, así como del principio de norma mínima y condición más beneficiosa, junto con el principio pro operario a la ho-

Se ha de concluir, por todo ello, que se trata de un convenio colectivo que afecta o alcanza a tres empresas distintas, que se han unido para llevar a cabo la negociación del mismo, y por ende le es de plena aplicación todo lo que se deja expresado en el punto 1) anterior de este mismo fundamento de derecho, en relación con tal clase de convenios; de lo que se deduce que la Universidad de La Coruña no está obligada, en contra de su voluntad, a permanecer formando unión con las otras dos Universidades Gallegas, y que, por ello, no le alcanza el deber de negociar que establece el art. 89-1 del Estatuto de los Trabajadores”.

¹⁴ Quizás, por ello, la doctrina, especialmente la laboralista, ha dedicado una especial atención a este nuevo sector de personal en las Universidades públicas. Puede verse, a este respecto y entre otros, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La contratación laboral del profesorado en la Ley Orgánica de Universidades*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Laguna, 2002; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «La laboralización de determinadas categorías docentes en la Universidad: Análisis de un supuesto concreto», *La Ley*, núm. 5271, 2003; DEL REY GUANTER, S. y MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria», *Relaciones Laborales*, 2005-II; GENE MORENO, J., *El tratamiento del personal investigador contratado en la negociación colectiva de las Universidades*, *Aranzadi Social*, n.º 9, 2007; MOLINA NAVARRETE, C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. y OJEDA AVILÉS, A.: *Ordenación y gestión del personal docente e investigador contratado: problemas y soluciones*, Universidad de Jaén, 2003; MOLINA NAVARRETE, C.: «Improvisación» de la LOU, «perversión» de la práctica ¿sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004; MOLINA NAVARRETE, C.: «Una nueva e inaudita “relación laboral especial”: el régimen de contratación del personal docente e investigador tras la LOU», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 257-258, 2004; SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *El personal docente e investigador (PDI) laboral de centros universitarios*. Ediciones Laborum, Murcia, 2006; SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. y PALENCIA HERREJÓN, F.: *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades*. Editorial Comares, Granada, 2002.

ra de interpretar la norma, etc. En definitiva, principios concebidos para la garantía de los derechos de los trabajadores. A diferencia de éstos el personal funcionario, sujeto al Derecho administrativo, seguirá rigiéndose por los principios que guían el actuar administrativo que se fundamentan en bases notoriamente distintas, fundamentalmente la tutela y garantía de los intereses generales no los de los trabajadores, lo que determinará a buen seguro, con el paso del tiempo, el surgimiento en este sector del profesorado universitario de las disfunciones y desigualdades que ya se constataron desde hace algún tiempo en el resto del personal del sector público cuando, como es el caso, se trata de idénticas funciones las desempeñadas, pero dichos colectivos se rigen por una normativa distinta y tienen espacios de negociación distintos también.

Lo cierto es que la doctrina que se ha ocupado del tema ha sido muy crítica con la regulación, fundamentalmente en lo que se refiere al poder normativo de las Comunidades Autónomas en orden a la precisión y desarrollo del régimen legal de los tipos contractuales predeterminados en la norma, por contravenir el orden constitucional de competencias que reserva al Estado en el art. 149.1.7 en materia laboral la competencia exclusiva. Aunque también, y desde otro punto de vista, la doctrina ha puesto de manifiesto que esa regulación exhaustiva realizada por las Comunidades Autónomas es contradictoria con el ámbito natural de regulación colectiva de las relaciones laborales que se encomienda en nuestro sistema jurídico a la negociación colectiva.

Quizás por esas críticas generalizadas la nueva redacción del artículo 48.1 LOU, tras la reforma de 2007, precisa que *“las universidades podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral a través de las modalidades de contratación temporal específicas del ámbito universitario que se regulan en esta Ley o mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. También podrán contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica”*, con lo que ha recuperado, en cierta medida, la competencia estatal en la fijación de las modalidades de contratación laboral que pueden realizarse para el sector del PDI de forma tal que las normas autonómicas y la negociación colectiva solo podrá desarrollar lo establecido en estas normas sin poder crear figuras de contratación diferentes. Aunque, como es fácil de imaginar, si bien se resuelve esta cuestión queda abierta para el futuro la negociación colectiva de las condiciones de trabajo sujeta a los principios ya enunciados y que, a buen seguro dada la experiencia ya acumulada en otros sectores del empleo público, se puede augurar producirá disfunciones con el régimen jurídico del personal funcionario de cuerpos docentes e investigadores. Pero aún hay otras cuestiones que plantearán a buen seguro algunos problemas. Veamos de qué se trata.

IV. LAS MESAS DE NEGOCIACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO COMUNES AL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: CONSTITUCIÓN Y MATERIAS DE NEGOCIACIÓN

Dada la finalidad e intención del Estatuto Básico del Empleado Público de acercar las condiciones de trabajo del personal al servicio de las Administraciones públicas, con independencia del régimen jurídico en que presten sus servicios, el mismo prevé, como novedad destacable –aunque lo cierto es que ya era un hecho alegado en muchas Administraciones públicas–, la constitución de mesas para todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes entre personal funcionario y laboral (artículo 38.3 EBEP).

Las mismas plantean tres cuestiones importantes en cuanto al contenido del presente estudio: su número, su forma de constitución y las materias que, en el ámbito de éstas, sean susceptibles de negociación.

1. ¿Es posible constituir una mesa de negociación común para el personal laboral y funcional en las Universidades?

La norma parece ser taxativa en este aspecto y si, ya hemos visto, que en el caso de la Mesa General de Negociación establece la posibilidad de constitución de Mesas sectoriales para el caso de las Universidades, no sucede así en este supuesto en que del tenor legal parece desprenderse que se podrá constituir una única mesa de negociación para cada Comunidad Autónoma. Teniendo en cuenta que la competencia de la Mesa Sectorial está limitada a “los temas comunes al personal funcionario” no parece que, en principio, la Mesa constituida en Andalucía de Universidades pueda cumplir semejante función.

No obstante, y quizás porque dicha solución no parece del todo lógica y ni siquiera operativa en el marco de relaciones laborales actualmente vigente según ya se ha puesto de manifiesto, la STSJ de Extremadura nº 744/2007, de 29 de noviembre indica que, si bien no es obligatoria constituir la, ello no impide que, si se desea, pueda a juicio de la sentencia referida constituirse la misma¹⁵. En efecto, indica la sentencia antes aludida que:

“.....las mesas de negociación a que se refieren, antes la Ley 9/1987 y ahora la 7/2007 son obligatorias para el ámbito de la Administración General del Estado, así como

¹⁵ De interés también resulta la consulta, a este respecto, de la STS de 13 de noviembre de 2006 (Rec. Nº 5025/2001) dictada con anterioridad al EBEP.

en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales y, en lo que aquí nos interesa, aquellas que tengan por objeto la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá, según el artículo 36.3 de la vigente, en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales.

Por ello, no existe obligación de constituir en las Universidades Públicas tales mesas porque si así fuera, siendo tales leyes aplicables a ellas, según vimos, se hubiera previsto expresamente. Pero que no sea obligatorio constituir las, no quiere decir que las Universidades no puedan hacerlo”.

Ciertamente la conclusión a la que llega la sentencia es, cuando menos, discutible, amén de basarse en el anterior artículo 40 de la LORAP. Pero con independencia de ello lo que se pone de manifiesto con la conclusión alcanzada en la existencia de carencias que presentan los ámbitos de la negociación colectiva en las Universidades lo que obliga, vía fáctica, a buscar soluciones que den respuesta a esas fallas del sistema que, en el caso anterior, se han visto reafirmadas por el fallo del Tribunal¹⁶. Pero como seguidamente vamos a exponer la cuestión no es menor y, ahora lo detallaremos, pues el ámbito y función que estas mesas están llamadas a protagonizar puede, finalmente, convertirlas en el futuro en el espacio negociador por excelencia.

2. Las materias objeto de negociación en las mesas comunes.

Respecto de las materias que pueden ser susceptibles de negociación en dicho ámbito conviene recordar que el EBEP como ya se sabe, y con independencia del juicio crítico que nos merezca la regulación finalmente establecida respecto del personal laboral, aúna en su texto dos tipos de regulaciones que se amparan, sin embargo, en dos títulos competencialmente distintos. Por un lado, la legislación básica aplicable a los funcionarios públicos incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico en virtud del artículo 149.1.18 CE, pero también y en ciertos aspectos, según lo recomendado por la Comisión constituida a tales efectos, al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Estas últimas normas a las que nos hemos referido, no debe olvidarse,

¹⁶ Lo que no quiere decir que la constitución de mesas comunes de negociación no plantee determinados problemas. ROQUETA BUJ, R., *El derecho de negociación...*, op. cit., pág. 162 y sig. lo ha puesto de manifiesto en relación a la exigencia de un ámbito de representación acumulada en el sector funcional y laboral.

forman parte *stricto sensu* de la legislación laboral y, por ello, el título competencial de invocación no es aquí el artículo 149.1.18, sino el artículo 149.1.7, que es precisamente el que se invoca en la Disposición final primera de la Ley precisando que el EBEP se aprueba bajo la cobertura de ese título competencial “*por lo que se refiere a la legislación laboral*”.

El Informe de la Comisión de Expertos, que partía en su análisis de la dualidad de regímenes jurídicos de empleo público existente en nuestro país, y que, como es sabido tras la jurisprudencia constitucional dictada hasta estos momentos, no es contraria al texto constitucional apuntó, y justificó también ha de añadirse, la necesidad de elaborar un Estatuto Básico para todos los empleados públicos, ya se tratase de personal laboral o estatutario. Lo que, por otra parte, tampoco puede calificarse de absoluta novedad y si no repárese en la tendencia creciente, en numerosas normas de rango legal y acuerdos colectivos, de unificar el régimen jurídico aplicable a ambos colectivos, sin hacer, por ello, desaparecer la singularidad de cada relación de empleo público (prevención de riesgos laborales, conciliación de la vida familiar y laboral, incompatibilidades, etc...).

Pero esto no significa que, desde luego, la técnica empleada por el EBEP no deba ser calificada de novedosa y, desde luego, de mayor alcance que la utilizada hasta el momento en la legislación de empleo público, con independencia del éxito del resultado final que, como ya se ha expresado, es más discutible¹⁷. De esta forma, y a lo largo de su articulado, los preceptos del EBEP des-

¹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M. Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Lex Nova, 2007, pág. 45 señala que “Hasta ahora, la legislación general de la función pública se limitaba a reconocer la posibilidad de contratación de personal por las Administraciones Públicas “de acuerdo con la legislación laboral” (art. 7 LFCE), y a determinar qué funciones o puestos de trabajo podían ser desempeñados en ellas por personal laboral [art. 15.1.c) LMRFP, art. 92.2 LBRL y leyes de función pública de las Comunidades Autónomas, aparte de las normas legales referidas a organismos y entes públicos]. También, ciertamente, la legislación de función posterior a la Constitución, desmintiendo que la legislación laboral común fuera “plenamente aplicable” al personal laboral de las Administraciones Públicas, como pretendía el artículo 7.1 LFCE, fue incluyendo algunas reglas específicas para este personal. Así, la necesidad de seleccionarlo de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y procedimientos que garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, y el de publicidad (art. 19.1 LMRFP y legislación concordante), o su sometimiento a los planes de empleo de las Administraciones Públicas (art. 18 LMRFP). Por otra parte, algunas leyes especiales en materia de función pública extendieron también su ámbito de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas o del sector público. El ejemplo más señalado es el de la Ley 53/1984,

de este punto de vista pueden clasificarse en diversas categorías: una primera, de carácter común cuando se refiere a los empleados públicos en general, y que, por ello, ha de entenderse referida a funcionarios públicos y personal laboral; una segunda, de carácter exclusivo para los funcionarios públicos; y, por último, una última categoría, que establecería normas solamente referidas al personal sujeto al régimen laboral.

Ciertamente, es discutible, y preciso es reconocerlo, si se ha acertado o no en el alcance finalmente establecido de estas normas comunes, de menor alcance en todo caso que el sugerido por la Comisión, pero lo cierto es que el EBEP constituye un primer paso en la buena dirección de dotar de mayor cohesión y homogeneidad, en lo que es preciso, en el régimen del empleo público.

Por tanto, y en suma, por lo que se refiere al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas la normativa de desarrollo no podrá encontrarse en la legislación de las Comunidades Autónomas, sino en la legislación laboral. Ya se trate de la legislación laboral general, y muy especialmente el Estatuto de los Trabajadores, como en las normas establecidas en los correspondientes convenios colectivos (artículo 7 EBEP) que, sin embargo, y como ahora explicaremos más detenidamente pueden, dentro de los límites que marque la legislación laboral, remitirse a la regulación que opera en el ámbito funcional como de hecho sucede en numerosos Convenios Colectivos.

Y si admitimos la conclusión anterior, las leyes que afecten al empleo público universitario que se dicten las Comunidades Autónomas no podrán regular en sí misma la relación laboral que es una materia claramente reservada al Estado y al ámbito de la autonomía colectiva, como hemos visto aún más claro en el ámbito universitario tras la reforma de la LOU, pero si que también podrán establecer normas o referirse a aspectos no sustantivos o no propios de la relación laboral de empleo público¹⁸.

de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, Ley, por cierto, que sigue en vigor tras la aprobación del Estatuto Básico. Pero nunca se había aprobado una Ley que, de manera tendencialmente completa, regulara tanto las normas aplicables al personal funcionario como las peculiares del personal laboral al servicio de la Administración, esto es, las que definen lo que podemos denominar una relación laboral especial de empleo público”.

¹⁸ En este sentido SÁNCHEZ MORÓN M. op. cit., pág. 50 resalta que “*Tal es el caso de algunas normas de procedimiento, de organización y de competencia. Algunas, como ya sucede en la actualidad, regularán aspectos previos a la relación laboral en sentido estricto. Es el caso de las que disciplinan el procedimien-*”

Y, de esta forma, sólo a través de la negociación colectiva con los representantes de sus empleados podrán las Comunidades Autónomas (y las Universidades Públicas) participar en la adopción de normas (convencionales) que desarrollen el Estatuto Básico para el personal laboral también en el ámbito universitario.

En cuanto a los preceptos de carácter común, y que serían objeto de negociación en esta mesa, cabe referirse de forma principal a los derechos y deberes de los funcionarios públicos, a salvo de la inamovilidad característica de los funcionarios públicos, y que quedan prácticamente unificados si salvamos algunos aspectos, también numerosas normas referidas al acceso reciben igual tratamiento, como lo relativo al régimen disciplinario y otros aspectos referidos a la negociación, la ordenación de la actividad profesional, etc.

Pero a ese primer círculo de materias negociables en dicho ámbito ha de tenerse en cuenta que el EBEP, en numerosas materias, invita, permite o habilita a establecer un régimen jurídico único y uniforme para ambos colectivos (aunque no lo impone), por lo que de optarse por esta opción por las partes negociadoras en el ámbito laboral, tan frecuente por otra parte en muchas instituciones públicas, ese primer círculo mínimo se ampliaría a todas aquellas materias en que se hubiese adoptado dicha decisión dentro de los límites que impone necesariamente el artículo 37 del EBEP. Verbigracia estaríamos hablando de retribuciones siempre que se adoptase en el convenio colectivo una forma de retribución idéntica a los funcionarios públicos (artículo 27), jornada, permisos y vacaciones del personal laboral si se unificase con el funcionarial (artículo 51), provisión de puestos de trabajo y movilidad profesional (artículo 83), situaciones administrativas (artículo 92), etc....., es decir, ese primer círculo se vería netamente ampliado si se opta, como permite el EBEP si las partes negociadoras así lo establecen, por un segundo círculo de materias, comunes por permitirlo

to de selección, que culmina con un acto administrativo separable y previo al contrato de trabajo. Otras regularán instrumentos de ordenación del empleo público, de naturaleza orgánica, como, por ejemplo, los planes de empleo público, la oferta de empleo público, los Registros de Personal o las Relaciones de Puestos de Trabajo o instrumentos similares. Otras normas, en fin, las presupuestarias, podrán establecer limitaciones a los incrementos retributivos o fijarán directamente las cuantías globales del gasto de personal. Pero en todos estos casos, no se trata de legislación laboral en sentido propio, aunque afecte a quienes tienen (o pretendan firmar) un contrato de trabajo con una Administración o ente público. De la misma manera que no son legislación laboral (ni administrativa) los preceptos del Código Penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos, en el amplio sentido que esta expresión tiene en el Derecho penal, comprensiva de todo aquel que por disposición de la Ley, por elección o por nombramiento participe en el ejercicio de funciones públicas (art. 24.2 CP)".

o remitirse a éstas el Convenio Colectivo de aplicación, que si que constituyen en conjunto el auténtico núcleo negocial del artículo 37 del EBEP¹⁹.

3. La disposiciones estatutarias de las Universidades Públicas y las previsiones establecidas en el propio EBEP remitiendo a cada Administración Pública la regulación de materias atinentes a su empleo público: su alcance y aplicabilidad

Como ya sabemos el EBEP regula la materia de empleo público reforzando las potestades de autogobierno que deben disponer las entidades correspondientes (y, en particular según lo expuesto, las entidades universitarias). La propia exposición de motivos, es suficientemente reveladora, cuando expresamente indica lo siguiente *“De otra parte, la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran. Asistimos hoy, en efecto, a una gradual multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas dentro de cada nivel territorial de gobierno, que persigue responder adecuadamente a las exigencias que plantea, en cada caso, el servicio eficaz a los ciudadanos”*.

Como puede fácilmente deducirse, tras esa declaración de intenciones, es clara la vocación del EBEP de dotar de una mayor autonomía de gestión de los recursos humanos que deben tener todas las administraciones públicas y, lógicamente, también las universitarias. Estas opciones del legislador deberían proyectarse necesariamente sobre una serie de implicaciones que sumariamente se recogen aquí:

- a) La primera sería que el legislador autonómico de empleo público debería respetar la autonomía universitaria y las potestades de organización de estas entidades, de las que el empleo público es un elemento capital. Todo ello de conformidad con el principio constitucional de autonomía universitaria al que, sino exhaustivamente ya que no es el tema objeto de estudio, si hemos tenido ocasión de referirnos a propósito del papel de los Estatutos²⁰.

¹⁹ Ciertamente, y en el caso del PDI, esta reflexión se vería matizada en todas aquellas cuestiones en que el EBEP solo constituye norma supletoria de la legislación universitaria.

²⁰ Quiere decirse con ello que únicamente en aquellas materias que necesariamente se deban regular por ley (esto es, donde exista una auténtica “reserva material de Ley” según lo dispuesto en la Constitución y los Estatutos de Autonomía) los enunciados normativos deben ser exhausti-

- b) La segunda, contrapunto de lo anterior, es que el legislador autonómico debe permitir espacios de regulación complementaria a las manifestaciones de la potestad normativa universitaria, cuya vinculación a la Ley, recordémoslo, no es la misma que la que existe entre Ley y Reglamento con carácter ordinario. De esta forma, las manifestaciones de la potestad normativa universitaria pueden perfectamente desarrollar el EBEP, siempre y cuando una materia no esté reservada a la ley (ya sea por la Constitución o por un Estatuto de Autonomía) o regulada por esta (reserva formal, y mientras el legislador no prevea su modificación reglamentaria)²¹.
- c) La tercera es que la propia legislación universitaria habilita espacios de gestión de su personal a las propias Universidades, que no vienen cubiertos por la competencia del Estado o de la Comunidad Autónoma, lo que determina un ámbito material que sólo encuentra encaje en cada Universidad que, sin perjuicio de que como estamos poniendo de relieve es sólo en el ámbito funcional una unidad electoral de representación pero no de negociación, deberá habilitar para aquellas materias atribuidas a su competencia normativa un espacio de negociación adecuado²².

vos. Se ha de ser consciente, y esto es importante, que las llamadas que el EBEP realiza genéricamente a las “leyes de Función Pública” no actúan ni pueden hacerlo como una reserva de ley (para la que sólo está habilitada, según hemos expuesto la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía), y solo cabe entenderlas como una llamada a la regulación de desarrollo, que por lo común será la Ley de la Comunidad Autónoma respectiva, pero que nada impediría que fuera los Estatutos o un reglamento universitario.

²¹ El único problema que podría plantearse es que esa regulación mediante manifestaciones de la potestad normativa universitaria podría ser ulteriormente derogada por la Ley de la Comunidad Autónoma que regulara el empleo público autonómico e incluyese en su ámbito de aplicación, como debería hacerlo (no debe olvidarse, a este respecto, lo dispuesto en el artículo 76 Estatuto de Autonomía para Andalucía), al PAS al servicio de las Universidades. Pero, en principio, nada impide que los órganos universitarios competentes aprueben una norma que desarrolle directamente el EBEP, eso sí, con las limitaciones derivadas de lo establecido en la legislación universitaria específica como resulta ser tanto la LOU como la legislación andaluza de Universidades. De nuevo, ya lo hemos apuntado, hemos de recordar que la situación sería notoriamente distinta para el PDI en que, como sabemos, junto a las exclusiones de su aplicación en determinadas materias, la legislación de empleo público es meramente supletoria.

²² En el mismo sentido, pueden verse las reflexiones de ROQUETA BUJ, R., *El derecho de negociación...*, op. cit., pág. 176 y sig. quien, como se mantiene en este trabajo, explica que el or-

Pero es que, aún puede decirse más, y es que el EBEP no sólo permite ser desarrollado por las Administraciones universitarias en algunos casos, sino que es el propio EBEP el que en no pocas ocasiones llama expresamente a que sea cada Administración Pública la que regule o aplique un determinado ámbito de las relaciones de empleo público. De esta forma, un breve vistazo al contenido del EBEP pone de relieve como esta norma básica en no pocas ocasiones llama expresamente a que sean las “Administraciones Públicas” las que aborden la regulación de una determinada materia y cualquier referencia que haga el EBEP a “las Administraciones Públicas” es obvio que también es una referencia a “las Administraciones Universitarias”, pues aun cuando se trata de una Administración institucional dependiente de la Comunidad Autónoma, no dejan de ser Administración pública dotada, además, de autonomía. Por tanto, en lo que aquí importa es que el EBEP, en forma reiterada, llama a que sea la Administración universitaria la que deba regular o aplicar una determinada materia (definición del régimen jurídico del personal directivo, determinación del personal eventual, establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño, jornada, planes de ordenación de recursos humanos, etc...).

En cualquier caso, esas numerosas habilitaciones que realiza el legislador básico para reconocer espacios de gestión e intervención normativa en el campo del empleo público a todas las Administraciones Públicas incluidas, claro está, las Administraciones universitarias son ámbitos, además, comunes a ambas clases de personal y materias, también, de preceptiva negociación. ¿En qué ámbito negocial puede resolverse sino se habilita el mismo en cada Universidad?.

Por consiguiente, las Administraciones universitarias han ganado espacios considerables en la esfera de la intervención normativa y de la gestión de sus recursos humanos a través del Estatuto Básico del Empleado Público y de la propia legislación universitaria. Dicho esto tres salvedades han de realizarse para entender de aplicación, con referencia a las Administraciones universitarias, lo dispuesto por el EBEP. Y no son cuestiones menores.

De un lado, la legislación universitaria, es decir, la LOU, pero sobre todo la legislación autonómica dictada en materia universitaria que, como sucede

denamiento aplicable a los funcionarios universitarios procede de tres fuentes: Estado, Comunidad Autónoma y la propia Universidad en ejercicio de su autonomía. Por lo que, a juicio de la misma, la participación en el Claustro de los distintos sectores universitarios no es suficiente para garantizar la participación en la determinación de las condiciones de trabajo del personal universitario y habrá que habilitar un espacio negociador.

en el caso andaluz, regula por Ley determinadas materias (formal o materialmente) que impiden, en cada una de las mismas, que la Administración universitaria pueda hacer uso de las habilitaciones concedidas por el EBEP. La segunda salvedad deriva de que muchas de esas cuestiones han de ser objeto de negociación colectiva y mientras que las Universidades son un ámbito de representación no lo son de negociación en el caso del personal funcionario como ya dijimos. Por último, y en cualquier caso, hay ciertas cuestiones que requerirían de un tratamiento, lo antes posible, fundamentalmente por la legislación de empleo público de desarrollo del EBEP actualmente en trámite de elaboración en Andalucía. A este último aspecto dedicamos el siguiente epígrafe.

V. CRÓNICA Y RECAPITULACIÓN DE UNA SITUACIÓN CONTRADICTORIA Y ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU SOLUCIÓN

El ordenamiento universitario de empleo público viene constituido por tres fuentes de regulación: normas procedentes del Estado, de las Comunidades Autónomas y, también y como se ha expuesto, por las dictadas por cada Universidad en virtud de su autonomía. A cada uno de éstos ámbitos le corresponden distintas competencias, normativas y/o ejecutivas, con respecto del personal al servicio de las Universidades que, además, en una gran parte de los supuestos, directa o indirectamente, ha de ser objeto de negociación.

A fin de satisfacer el derecho del personal funcionario –recuérdese que la problemática no se plantea igual en el ámbito laboral dado que los derechos de representación y negociación son cualidades que confluyen en el Comité de Empresa– el EBEP prevé la posibilidad de constituir Mesas Sectoriales en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas con lo que, al menos, en aquellas competencias que respecto de estos funcionarios tienen dichas Administraciones territoriales el derecho de negociación colectiva se vé colmado según lo expuesto. Pero, en el propio ámbito de cada Universidad, se produce un vacío importante en el ejercicio del derecho de estos funcionarios a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo que, inclusive y ya se ha apuntado, pugna con las propias disposiciones normativas que reenvían a ese ámbito el ejercicio de ese derecho en diversas cuestiones.

Lo dicho hasta aquí ya permite concluir que se encuentran ciertas contradicciones entre la legislación universitaria y la legislación de empleo públi-

co que no parece haber tenido en cuenta la posición institucional peculiar de las Universidades públicas, a saber: si bien, de un lado, y conforme a la filosofía que lo inspira, el EBEP habilita a las Administraciones públicas a establecer regulaciones propias, estableciendo su propia política de personal, en numerosas materias de las que dábamos cuenta páginas atrás, sin embargo la mayoría de tales materias quedan incluidas dentro de las materias objeto de negociación establecidas en el artículo 37 del EBEP y, por ello, de necesaria discusión en las unidades de negociación establecidas a tal efecto en el EBEP, pero en el caso del personal funcionario de las Universidades públicas, sin embargo, cada Universidad es un ámbito de representación, pero no de negociación como veíamos páginas atrás, lo que no sucede, sin embargo, en el caso del personal laboral en que los Comités de Empresa si que tienen capacidad negociadora (aunque también, y como se ha dicho, la legislación autonómica universitaria invita más a la negociación en el ámbito regional dadas las competencias que en materia universitaria ostenta dicha Administración).

Como también se ha apuntado el artículo 37 del EBEP al establecer las materias objeto de negociación incide, en muchos casos, en competencias que necesariamente se ejercen, por disposición legal estatal o autonómica, por las propias Universidades (a título de ejemplo lo previsto en el artículo 37.2 de la Ley Andaluza de Universidades respecto de licencias y permisos). Y, además, por cada Universidad en singular. Piénsese, por ejemplo, en la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo que es una competencia de cada Universidad y, a su vez, y en lo que no afecte a la potestad de autoorganización, objeto de negociación sindical. O piénsese, por ejemplo, en la evaluación de méritos docentes –sistema de evaluación del desempeño que en Andalucía se ha plasmado en el Acuerdo de 14 de diciembre de 2009– que ha de ser desarrollado por cada Universidad. ¿Cómo hacerlo efectivo si, siendo cuestiones que han de ser objeto de negociación según lo prevenido en el artículo 37 del EBEP, no encuentra unidad de negociación en cada Universidad?

A la vista de este contradictorio panorama las preguntas a resolver son obvias: ¿Qué papel puede jugar la autonomía universitaria respecto de la cuestión en debate? ¿Puede constituirse una mesa general de negociación en el ámbito de las Universidades andaluzas al amparo de lo establecido en sus Estatutos? ¿Pueden éstas establecer un ámbito de negociación en cada Universidad o se puede mediante la negociación colectiva establecer una estructura de negociación en cada Universidad de Andalucía?

Desde un punto estrictamente formal la respuesta a dicha cuestión, en principio y a la vista de las disposiciones legales ya mencionadas a lo largo de

este trabajo, no parece ser favorable a dicha cuestión. En efecto, mientras la Universidad ha sido considerada unidad electoral y de representación, no ha sido considerada por el EBEP como unidad de negociación apropiada. Tal opción, derivada al parecer de su consideración a estos efectos como Administración institucional y no territorial (como acontece con la Administración General del Estado, las CCAA y las EELL), aunque dotada de autonomía, deriva, junto a consideraciones ya realizadas con anterioridad, de las competencias que sobre el personal al servicio de las mismas ostentan tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y que han conducido a establecer, en la mayor medida posible, ámbitos centralizados de negociación a nivel estatal y autonómico.

Ello, no obstante y aunque parezca ser la solución que ofrece formalmente el esquema legal hasta ahora vigente, debemos de repetir que puede plantear numerosos problemas en la gestión del personal universitario y situaciones claramente contradictorias y de una cierta inseguridad jurídica. Y los plantea porque, como ya reiteradamente se ha expuesto, a las Universidades les vienen atribuidas diversas competencias en materia de su personal (los propios Estatutos lo hacen así), tanto al Claustro, como al Consejo de Gobierno, como a los propios órganos unipersonales: relaciones de puestos de trabajo, normativa sobre concursos de acceso, aprobación y convocatoria de plazas, provisión de puestos de trabajo, etc..., competencias, en la mayoría de los supuestos, que habrían de ser objeto de negociación según lo dispuesto en el artículo 37 EBEP, pero que como se está exponiendo no encuentran unidad de negociación establecida en el marco de cada Universidad. Únase a lo dicho lo ya expuesto sobre materias atribuidas a las Administraciones públicas por parte del EBEP a las que nos referíamos con anterioridad o las establecidas en las propias disposiciones normativas como el propio proyecto de Estatuto de PDI, que aunque no se refiere en forma específica a la negociación colectiva, claramente establece, por ejemplo, que la jornada laboral de este tipo de personal será objeto de negociación sindical en cada Universidad ¿?.

Por tanto, no parece tampoco que dicha cuestión pueda resolverse, sin más, dejando vacío de contenido el derecho a la negociación colectiva que a todos los funcionarios públicos reconoce el EBEP y está implícito, en algunos casos, y expreso en otros, en la propia normativa universitaria. Como derecho básico de los empleados públicos (artículo 15 b) y 31.1 y 2 EBEP) estos tienen el derecho de negociar la condiciones de trabajo (véase también el artículo 6.1 t) del Proyecto de Estatuto del PDI), bien es cierto que a través de las organizaciones sindicales de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Libertad Sindical y en el EBEP, pero sin que ello pueda anular o dejar vacío de contenido dicho derecho por ninguna causa lo que obliga, por ello, a recon-

ducir la cuestión buscando una solución a las cuestiones planteadas a lo que dedicamos nuestras últimas reflexiones²³.

La solución a dicha disyuntiva, desde nuestro punto de vista, ha de ser resuelta a favor del derecho a la negociación por su relación con el derecho fundamental a la libertad sindical y como cauce para estructurar unas relaciones laborales en la que el conflicto encuentre vías de solución. Caben, en este sentido, varias soluciones.

Una primera propuesta de solución se antoja bien fácil: modificar las disposiciones legales que impiden la constitución de mesas negociadoras en las Universidades. Pero dicha posibilidad obvia es, a la vez, de difícil concreción ya que requeriría una modificación del artículo 34.1 del EBEP difícilmente imaginable por diversas y variadas razones, pero no imposible en cuanto a su desarrollo y, de hecho, el Acuerdo Administración–Sindicatos 2010–2012 preveía la posibilidad de desarrollar la estructura de la negociación colectiva prevista en el EBEP. Bien es cierto que, a pesar de lo expuesto, un criterio de oportunidad podría hacer desaconsejable la opción de establecer una mesa general en cada Universidad: la función pública de las Universidades no es, ya lo hemos visto en el caso del PDI funcionario, pero también podría mantenerse dicha opinión en el caso del PAS, una función pública propia y de cada Universidad. No sólo por el carácter de cuerpos nacionales del PDI funcionario, sino también porque la interiorización del empleo público correspondiente al PAS

²³ La jurisprudencia, además, en supuestos similares, ha negado la capacidad negocial cuando no existe sujeto interlocutor de la negociación. Así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de 2003, la cual a su vez se hace eco de la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional nº 98/1985, indica al respecto lo siguiente:

“...El Tribunal Constitucional ha matizado, – sentencia número 98/1985 el alcance de los criterios de representatividad atendiendo tanto a sus fines como a su ámbito de aplicación o al tipo de actividad sindical sobre el que se proyectan, de modo que, no resulta dable tomar en consideración, dice, a los efectos de constituir la Mesa General o Sectorial, los resultados electorales de diverso personal, dado que cada uno de ellos posee su respectivo ámbito de representación, en el que ha de desplegar sus efectos.”

“...Por último, y por lo que respecta al derecho a la negociación colectiva, la ausencia de Comité de Empresa ha impedido el sometimiento a negociación de la convocatoria de continua referencia relativa al personal laboral docente, habida cuenta la legitimación que en este orden de consideraciones se atribuye tanto a dicho Comité, en su caso, como a las representaciones sindicales elegidas al efecto, y de cuya designación tampoco existe constancia alguna en las actuaciones. En consecuencia, carente la Universidad apelante de una parte interlocutora con capacidad negociadora a fin de someter a debate la convocatoria referida, no cabe imputar a la misma la imposibilidad de dar cumplida satisfacción a los derechos sindicales que indudablemente asisten al colectivo mencionado, y ello, sin perjuicio de que los Estatutos de la Universidad omitan toda mención al respecto, pues dado su rango inferior al Estatuto de los Trabajadores –Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, ésta es la norma que ha de ser impuesta”.

en la función pública autonómica podría desaconsejar la opción de crear una Mesa General en cada Universidad (artículo 76 Estatuto de Autonomía de Andalucía y 48.2 de la Ley Andaluza de Universidades).

Una segunda propuesta podría ser la opción estatutaria²⁴. Es decir, resolver con los Estatutos de cada Universidad la cuestión planteada estableciendo un ámbito de negociación para aquellas materias en que, en forma indisponible, cada Universidad habrá de adoptar decisiones en materia de empleo público universitario. Ciertamente, en algunas Universidades, los propios Estatutos llaman a la constitución de mesas negociadoras basándose, precisamente, en la capacidad normativa de tales Estatutos. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la Universidad de Valencia (aprobados por Decreto 128/2004 de 30 de julio) cuyo artículo 196 prevé una mesa negociadora como órgano de negociación y participación. Lo cierto, sin embargo, en la mayoría de los supuestos es que los Estatutos de las Universidades, y este es el caso de la mayoría de las Universidades andaluzas, prevea disposiciones genéricas –básicamente remisión a la normativa establecida– sobre este punto que no resuelven la cuestión planteada y no cabe desconocer, a pesar de la autonomía universitaria, las dudas que suscita que los Estatutos de la Universidad sean una norma con capacidad de modificar lo establecido en una norma de rango legal que, ahora y tras el EBEP, además tiene carácter básico.

Una tercera vía de solución que, desde nuestro punto de vista puede considerarse como la más viable, es que, en el marco del ordenamiento jurídico existente y mucho mejor si así se desarrollase cuando se aborde la estructura de la negociación colectiva según en virtud del Acuerdo Administración–Sindicatos, se utilizase el mecanismo establecido por la propia Administración General del Estado en el caso de los distintos Acuerdos y Pactos a los que se llega periódicamente, es decir, dependiente de la Mesa Sectorial de Universidades en Andalucía establecer un ámbito descentralizado de negociación en cada una de las Universidades andaluzas a tenor de lo prevenido en el artículo 38.9

²⁴ Recordemos, a estos efectos, que la Universidad goza, en virtud de su autonomía universitaria, de un poder normativo propio, que si no de rango legal, tampoco pueden calificarse de meras normas dictadas en desarrollo de la legislación estatal y autonómica, pues son reglamentos autónomos en los que se plasma la potestad de autoorganización de la Universidad en los términos que permite la ley; por ello solamente puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuren la autonomía universitaria, siendo válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal.

EBEP²⁵ o la propia vía del artículo 34.4 EBEP mediante la creación de una mesa sectorial en cada Universidad dependiente de la Mesa General de Andalucía para aquellos temas que entran dentro del ámbito de competencias de cada Universidad. Así lo ha realizado en la primera de las soluciones apuntadas, a título de ejemplo, la Administración General del Estado que en diversos acuerdos (1991 o 1995), bien es cierto que bajo vigencia de la LORAP pero perfectamente admisible también en el caso del EBEP, ha establecido un ámbito descentralizado de negociación independiente de las Mesas Generales y Sectoriales que, en opinión de un importante sector doctrinal (OJEDA AVILÉS o DEL REY GUANTER), resultaría plenamente admisible siempre que se recondujese al plano operativo o ejecutivo de los acuerdos alcanzados a nivel estatal o autonómico en las correspondientes mesas sectoriales²⁶, pero no al ámbito normativo²⁷. Si bien, debemos añadir nosotros, nada habría que oponer tampoco en este último caso, si se admite dicho ámbito de negociación, para el ejercicio de las competencias en materia de empleo público atribuidas directamente a las Universidades por la propia legislación universitaria o de empleo público.

²⁵ De esta forma, hay Universidades, a título de ejemplo, la Universidad de Zaragoza (Acuerdo de 27 de junio de 2008), o ya vimos que la de Extremadura también, que han establecido mesas de negociación general y sectoriales para el PAS y el PDI basándose en la capacidad que el artículo 38.9 EBEP establece para que los Pactos y Acuerdos establezcan la estructura de la negociación colectiva. La opción apuntada no deja, sin embargo, de plantear algunas incógnitas. Y es que lo previsto en los artículos 38.4 y 38.9 EBEP, y en virtud de los cuales, según se ha expuesto, algunas Universidades están estableciendo unidades de negociación de carácter general en cada Universidad tan solo viene a reconocer la libertad de las partes negociadoras para fijar el ámbito aplicativo de los Pactos y Acuerdos, pero ha de suponerse que dentro de la unidad de negociación prefijada legalmente que, como se ha expresado, no puede ser otra sino la Mesa Sectorial establecida, en su caso, en la Administración General del Estado y en la Administración de la Comunidad Autónoma, pero que muy dudosamente alcanzan a que, en virtud de la negociación colectiva, se pueda establecer una estructura de negociación de carácter general distinta a la prefijada legalmente en el artículo 34 EBEP.

²⁶ DEL REY GUANTER, S.: “La ordenación de la negociación colectiva en el Acuerdo para modernizar la Administración pública de la Junta de Andalucía y mejorar las condiciones de trabajo”, *T.L.* n° 28, 1993.

²⁷ ROQUETA BUJ, R., *El derecho de negociación...*, op. cit., pág. 171.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿CRISIS DE GOBERNABILIDAD²⁸ O DE GOBERNANZA²⁹ EN EL EMPLEO PÚBLICO?

Hasta aquí la reflexión sobre las reglas y sus insuficiencias para dotar al empleo público universitario de un sistema de negociación eficiente y que responda a la estructura normativa establecida. Pero ¿es esto todo?. Bastará con estructurar un sistema de negociación más eficiente en el sistema de empleo público universitario para que éste responda a los retos que ha de afrontar en los próximos años que, sin temor a equivocarnos, pueden calificarse de históricos.

Me temo que no. El triple conflicto al que hemos hecho referencia insistentemente dista bastante de estar resuelto. Un sistema de empleo público, como el universitario, es excesivamente complejo para dar cabal respuesta a los retos con los que se enfrenta. Ciertamente no cabe simplificar, sin más, lo complejo, pero tampoco parece que debamos continuar en una línea de complejidad creciente con múltiples esferas de negociación, confusión de regímenes jurídicos para idénticas funciones y ausencia de normas claras y sencillas en un contexto, por demás, con periódicos procesos electorales en los que los electores son los destinatarios de las políticas de personal. Sencillamente las capacidades no están alineadas suficientemente con las necesidades del sistema³⁰, pe-

²⁸ La doctrina ha definido la gobernabilidad como “un atributo de las sociedades que se han estructurado sociopolíticamente de modo tal que todos los actores estratégicos se interrelacionan para tomar decisiones de autoridad y resolver sus conflictos conforme a un sistema de reglas y de procedimientos formales e informales (...) dentro del cual formulan sus expectativas y estrategias”, PRATS, J. “Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico”, *Instituciones y desarrollo*, N° 10, IIG/PNUD/Generalitat de Catalunya.

²⁹ La gobernanza es un marco teórico y analítico que apunta a la comprensión del cambio de los principios organizativos de los procesos de manejo (las reglas del juego) de una sociedad (local, nacional, internacional, global). Se refiere a la manera en la cual se toman y se implementan las decisiones, lo cual incluye los arreglos y actores formales e informales.

³⁰ Siguiendo a Kooiman, entendemos la gobernabilidad como la capacidad de un sistema sociopolítico para gobernarse a sí mismo en el contexto de otros sistemas más amplios de los que forma parte. De esta forma, la gobernabilidad se derivaría del alineamiento efectivo entre las necesidades y las capacidades de un sistema sociopolítico; es decir, de sus capacidades para autoreforzarse. El problema de la gobernabilidad se torna pues un problema de refuerzo (en-

ro ni siquiera, sospecho, solucionaremos los conflictos aludidos porque aumentemos las capacidades del sistema mediante la solución de sus problemas normativos como el que aquí ha sido expuesto. Ese debiera ser un primer paso, pero no el único.

Y es que, en efecto, los problemas del sistema de empleo público universitario no solo radican en mejorar su gobernabilidad, sino también ha de mejorarse su gobernanza³¹, es decir, los procesos de interacción entre los actores estratégicos que concurren en el sistema y que son determinantes para el éxito de las políticas públicas³². Y creo no estar muy equivocado si, también, cabe plantear que existe una crisis de gobernanza en este sistema que resulta determinante para el éxito de cualquier política de personal en el ámbito universitario.

forcement'), en cuanto es el alineamiento de necesidades y capacidades a través de las instituciones (o reglas del juego) lo que determina su nivel o grado. Este refuerzo implica a su vez un ciclo retroalimentado donde no sólo el grado de gobernabilidad dependerá de la calidad de reglas del juego y, en especial, de cómo éstas solucionan sus inevitables 'trade - offs' asociados (como el existente entre estabilidad y flexibilidad), sino que también la gobernabilidad influye sobre las reglas del juego reforzándolas de una manera o de otra según su grado. De esta forma, un nivel u otro de gobernabilidad se verá reflejado en el tipo de políticas públicas o regulaciones implementado. Por tanto, más gobernabilidad no sólo alineará mejor necesidades con capacidades conferidas institucionalmente, sino también necesidades y políticas. KOOIMAN, J. Jan "Governance and Governability" en *Modern Governance*. Gran Bretaña, SAGE Publications, 1993b.

³¹ En resumen, la diferencia entre gobernabilidad y gobernanza sería que el concepto de gobernabilidad entiende que se puede gobernar fortaleciendo las capacidades de los gobiernos, mejorando los instrumentos o desbloqueando las facultades gubernamentales. Sin embargo el término gobernanza, más actual, entiende que incluso dotando al gobierno y el estado de las capacidades no es suficiente para gobernar y dirigir la complejidad de la sociedad actual.

³² Los actores estratégicos o relevantes son aquellos que cuentan con recursos de poder suficientes para impedir o perturbar el funcionamiento de las reglas o procedimientos de toma de decisiones y de solución de conflictos colectivos; es decir, son actores con poder de veto sobre una determinada política. Los recursos de poder pueden proceder del control de determinados cargos o funciones públicas, o del control de factores de producción, o del control de la información y las ideas, o de la posibilidad de producir movilizaciones sociales desestabilizadoras, o de la pretendida autoridad moral (iglesias)... COPPEDGE, M. "El concepto de gobernabilidad. Modelos positivos y negativos". En Ecuador: un problema de gobernabilidad, CORDES-PNUD, Quito. 1996.

El nuevo marco de los Puertos deportivos: el régimen de las concesiones¹

María Zambonino Pulito

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cádiz.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– I. LOS PUERTOS DEPORTIVOS COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO DE TITULARIDAD AUTONÓMICA. 1. Régimen jurídico aplicable a las instalaciones náutico-deportivas. 2. La caracterización de los puertos deportivos como bienes de dominio público.– II. NATURALEZA Y OBJETO DE LA CONCESIÓN DE PUERTOS DEPORTIVOS. 1. Su naturaleza como contrato de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos. 2. El objeto de la concesión: construcción y explotación de puertos deportivos. Viabilidad de actividades complementarias.– III. NOTAS DE LAS CONCESIONES DE PUERTOS DEPORTIVOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS PLAZOS CONCESIONALES.– IV. EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN. ASPECTOS PROCEDIMENTALES E IMPLICACIONES URBANÍSTICAS Y AMBIENTALES DE LOS PROYECTOS.– V. EL CONTENIDO DE LA CONCESIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LOS AMARRES. 1. Potestades de la Administración, derechos y deberes del concesionario. 2. Régimen de los amarres.– VI. EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES.– ABREVIATURAS UTILIZADAS.

RESUMEN:

Los puertos deportivos cuentan con un nuevo marco fruto de una labor legislativa y jurisprudencial muy rica en los últimos veinte años. Uno de los aspectos más depurados es el relativo al régimen de las concesiones. En el trabajo se analiza dicho régimen, que se construye a partir de una aplicación integrada de la diversa normativa que confluye en la materia (puertos, costas, contratos, entre otras).

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “Litoral y desarrollo sostenible en el marco del Derecho Administrativo” (SEJ2007-66260), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Palabras clave:

Derecho Administrativo. Puertos y costas. Puertos deportivos.

ABSTRACT:

The marinas count a new frame fruit of a legislative and jurisprudential rich labor in the last twenty years. The regime of the dealership is one of the most refined aspects. In the paper there is analyzed the above mentioned regime, which is constructed from an integrated application of the diverse regulation that converges in the matter (ports, coasts, contracts).

Key words:

Administrative Law. Ports and coasts. Marinas.

I. INTRODUCCIÓN

Si hace veinte años la incertidumbre era una constante en el ejercicio de intentar despejar muchas de las cuestiones que suscitaba el régimen jurídico aplicable a los puertos deportivos, hoy podemos afirmar que el escenario es diametralmente distinto al haber sido aclarados aspectos esenciales de dicho régimen.

Se parte de una situación de asunción de competencias exclusivas en relación a los puertos deportivos por parte de las Comunidades Autónomas que, sin embargo, tardarán en legislar en esta materia. En un principio el vacío se resolvía mediante la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, acudiéndose pues a la Ley de Puertos Deportivos de 1969 y al Reglamento que la desarrollaba, de 1980. Esta legislación, con presentar muchas lagunas y en absoluto responder a las nuevas necesidades que plantea el Estado autonómico, al menos, cubría aspectos básicos mediante aquella aplicación supletoria. Sin embargo, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante derogó la Ley de Puertos Deportivos en 1992, fecha en la que, salvo en el caso de Andalucía, las Comunidades Autónomas no habían procedido todavía a dictar leyes que regularan los puertos de su competencia –y los deportivos lo son–. En el caso de la Comunidad Autónoma andaluza, la Ley de Puertos Deportivos de 1988 –actualmente derogada–, además de dejar aspectos importantes sin regular, ciniéndose prácticamente a los procedimentales, generó importantes conflictos competenciales que, en la otra cara de la moneda, han ofrecido la ventaja de contribuir al esclarecimiento de muchas cuestiones de gran interés, aunque no se compartan siempre los resultados. De ahí que tanto en Andalucía, como en el resto de Comunidades Autónomas, hubiera de acudir a la legislación su-

pletoria estatal, constituida, dada la derogación de la Ley de Puertos Deportivos, por el Reglamento de Puertos Deportivos de 1980 y la más general de puertos –que estaba pensada para unas instalaciones, los puertos de interés general, que representan una realidad bien distinta a la que comportan los puertos deportivos–. Construir el régimen jurídico aplicable a los puertos deportivos pasaba por un complejo ejercicio de integración de normas, a las que habían de sumarse la legislación de costas y, en lo que hace al régimen de gestión, la legislación básica estatal de contratos. El impacto de los puertos deportivos en el territorio, el urbanismo y el medio ambiente, por lo demás, hacía necesario tomar en consideración las determinaciones que la legislación aplicable a estas materias imponía a la hora de construir y/o explotar un puerto deportivo.

El panorama, en la actualidad, es, como apuntamos, distinto. Y lo es porque existen ya respuestas a la mayoría de cuestiones que plantea el régimen de los puertos deportivos. A esta labor de esclarecimiento se ha contribuido tanto desde el ordenamiento jurídico positivo –la mayoría de las Comunidades Autónomas costeras disponen de leyes de puertos– como desde la Jurisprudencia, constitucional y contencioso-administrativa, de modo que los esfuerzos conjuntos han supuesto un cambio radical en el contexto. Así, se han definido los principales aspectos sobre los que pivota el régimen de este tipo de instalaciones: régimen competencial –diversos en función del tipo de instalación náutico-deportiva de que se trate–, aspectos demaniales –no se cuestiona ya que sobre el objeto físico puedan existir titularidades demaniales distintas–; régimen de gestión, en especial, el régimen de las concesiones; incidencia en el territorio, en el medio ambiente y en el urbanismo.

Que se haya avanzado no significa, sin embargo, que esté todo el camino hecho. La complejidad de la materia, dada la diversidad de intereses que convergen en este tipo de infraestructuras, hace que sean aún muchas las cuestiones que queden por perfeccionar. Con todo, resulta conveniente revisar el marco a que se sujetan los puertos deportivos en la actualidad. En esta tarea, que por lo demás entiendo como un compromiso², parece justificado abordar en estos momentos uno de los aspectos probablemente más aquilatados, cual es el régimen de la concesión³.

² Continuando así con la investigación materializada en la publicación del trabajo *Puertos y costas: régimen de los puertos deportivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

³ Se continúa así con este compromiso de revisión emprendido con el análisis de los aspectos relacionados con la ordenación del territorio que se ha publicado recientemente en el trabajo *Los*

En las páginas que siguen se analiza el régimen concesional, partiendo de la determinación de la naturaleza y objeto de la concesión de puertos deportivos. Siendo este último la construcción y/o explotación del puerto, no se descarta la posibilidad de usos complementarios que suelen acompañar al principal, haciendo al puerto especialmente atractivo. Se examinarán igualmente las notas de la concesión, con especial detenimiento en la de la temporalidad y, en concreto, en la problemática de los plazos concesionales –no siempre ajustados a las determinaciones de la legislación de costas–. Por lo que hace a los aspectos procedimentales del otorgamiento de la concesión, prestaremos especial atención a aquellos trámites en los que se intentan articular la convergencia de los diversos intereses implicados, en especial, los de ordenación del territorio, los urbanísticos y los ambientales. De entre las cuestiones relativas al contenido de la concesión, conformado por el haz de potestades, obligaciones y derechos de las partes, es indiscutible la importancia del régimen de los amarres, en el que nos detendremos, para finalizar con una breve exposición del régimen de extinción de las concesiones. Como punto de partida y con carácter previo al tratamiento de cada una de las cuestiones enunciadas, resulta necesario explicar brevemente algunas nociones básicas sin cuyo conocimiento no es posible entender todo el entramado del régimen concesional. En tal sentido, determinarán el régimen jurídico de los puertos deportivos, por una parte, el reparto competencial en relación a las distintas instalaciones náutico-deportivas, pues no todas constituyen puertos deportivos propiamente dichos y, de otro lado, su consideración como bienes de dominio público de titularidad autonómica consumidores, además, de dominio público marítimo-terrestre de titularidad estatal.

puertos deportivos en el marco de la gestión integrada del litoral, en SANZ LARRUGA, F. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.), *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Observatorio del Litoral de la Universidad da Coruña y Fundación Pedro Barrié de la Maza, A Coruña, 2009. En este trabajo, precisamente, mantengo la necesidad de profundizar en los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico para integrar las infraestructuras portuarias a través de la ordenación del territorio, en la consecución de una auténtica gestión integrada del litoral.

I. LOS PUERTOS DEPORTIVOS COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO DE TITULARIDAD AUTONÓMICA

1. Régimen jurídico aplicable a las instalaciones náutico-deportivas

Los puertos marítimos cuyo destino, exclusivo o principal, es prestar servicios a la náutica deportiva o de recreo, deben distinguirse de otras figuras afines que, sin embargo, no constituyen puertos deportivos en sentido estricto. Esta diferenciación conviene tomarla en consideración, pues tiene implicaciones de índole competencial, de modo que las competencias sobre los distintos tipos de instalaciones corresponden al Estado o a las Comunidades Autónomas, según el caso. Y de ahí que sean de aplicación regímenes jurídicos diversos en función del tipo de instalación náutico-deportiva de que se trate, pues tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan, en relación a las instalaciones de su titularidad, competencias exclusivas, lo que supone la atribución de funciones tanto legislativas como ejecutivas. Por lo que al concreto objeto de este trabajo interesa, el régimen concesional es distinto para cada uno de los tipos de instalaciones y debe buscarse, igualmente, en una legislación diversa⁴.

Otro tipo de instalaciones náutico-deportivas a las que el ordenamiento jurídico da un tratamiento diferenciado son, de una parte, las que podríamos denominar *zonas deportivas*, o instalaciones destinadas al servicio de la náutica de recreo en un puerto con otro destino principal (*v.gr.*, dársenas deportivas en puertos comerciales) y, de otra, las *instalaciones menores*, o instalaciones marítimas que no llegan a reunir las condiciones que exige el ordenamiento para ser calificadas como puertos⁵. El reparto competencial en la materia es el que a continuación se esboza.

⁴ En general, sobre el régimen de los puertos, pueden verse los trabajos de ACERO IGLESIAS, P., *Organización y Régimen Jurídico de los Puertos Estatales*, Aranzadi, Pamplona, 2002; CARCELLER FERNÁNDEZ, A., “Legislación de puertos. Interés actual de este ordenamiento”, *RAP*, núms. 100–102, Vol. III, (1983); COSCULLUELA MONTANER, L., *Administración portuaria*, Tecnos, Madrid, 1973; ESCRIBANO COLLADO, P., “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Puertos”, *RAP* núms. 100–102, Vol. III, 1983; FERNÁNDEZ GUERRA FERNÁNDEZ, R., “Aspectos parciales de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992”, *RGD* núms. 592–593, 1994; NAVAJAS REBOLLAR, M., *Régimen jurídico-administrativo de los puertos*, Marcial Pons, 2000.

⁵ La STS 28 marzo 1990 aporta conceptos útiles para distinguir una instalación menor de un puerto deportivo: *El Plan no contempla la creación de un puerto deportivo sino de un embarcadero, y así lo*

De acuerdo con lo establecido en el art. 148.1.6 CE, todas las Comunidades Autónomas costeras han asumido en sus Estatutos la competencia relativa a los puertos deportivos. Habiendo surgido conflictos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación a los otros dos tipos de instalaciones, será la doctrina del Tribunal Constitucional la que haya sentado las soluciones en estos dos casos, a través de las Sentencias que resolvieron los recursos contra la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y su modificación por Ley 62/1997, de 26 de diciembre (en adelante LPEMM), contra la Ley 8/1988, de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos de Andalucía (en adelante LPDA, actualmente derogada y que declaraba la titularidad autonómica en relación a los tres tipos de instalaciones) y contra el otorgamiento de una concesión al Ayuntamiento de Gelves en relación a una zona deportiva dentro del puerto de interés general de Sevilla (SSTC 40/1998, de 19 de febrero; 193/1998, de 1 de octubre; 226/1998, de 26 de noviembre, respectivamente).

En relación a las zonas deportivas, cuya titularidad defenderá el Estado si se ubican en puertos de su competencia, la LPDA las consideraría de competencia autonómica, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre dos situaciones bien diferenciadas según que se encuentren en la zona de servicio portuario en sentido estricto o no, considerando que las primeras, en base al principio de unidad de gestión, deben ser gestionadas por la Autoridad Portuaria, correspondiendo la competencia a la Comunidad Autónoma en otro caso. El Tribunal se afanará en buscar un criterio objetivo definidor de esa zona de servicio en sentido estricto, identificándola con aquellos espacios bañados por aguas de la Zona I o interior⁶. De ahí que al Estado le corresponda la compe-

confirma el dictamen pericial, que considera esta instalación como obra infraestructural en tierra y mar, concebida como punto de transición de personas y objetos entre uno y otro medio; mientras que el puerto deportivo se define como una instalación náutica de obra marítima permanente con una infraestructura básica dotada de todos los servicios para embarcaciones deportivas y de recreo.

⁶ El Tribunal Constitucional utilizará, pues, la diferenciación de las aguas incluidas en la zona de servicio que se contenía en el art. 15.3 LPEMM, actualmente sustituido por el art. 96 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios en los Puertos de Interés General (en adelante LREP), que distingue entre la Zona I, o interior de las aguas portuarias, que abarcará las aguas abrigadas naturalmente que comprendan las dársenas destinadas a operaciones portuarias, incluyendo las zonas necesarias para maniobras de atraque y reviro, y los espacios de agua incluidos en los diques de abrigo, y la Zona II, o exterior, que comprenderá el resto de las aguas.

tencia en relación a las zonas deportivas situadas en el espacio portuario bañado por aguas de la Zona I y a las Comunidades Autónomas aquellas situadas en espacios bañados por aguas de la Zona II. Ahora bien, como el propio TC aclara, la asunción efectiva de la competencia por parte de la Comunidad Autónoma requiere de un acto formal mediante el que se reclame la titularidad de la zona deportiva, por lo que cabe mantener que, ante la falta de reclamación de la Comunidad Autónoma, las zonas náutico-deportivas en Zona II son de competencia del Estado, gestionándose por la Autoridad Portuaria⁷.

Por lo que hace a las instalaciones menores que no llegan a reunir las características físicas y de organización suficientes para que sean consideradas “puerto”, el Tribunal Constitucional, en la STC 193/1998, de 1 de octubre, declara la competencia estatal al no considerarlas de dentro de la categoría legal de puerto, añadiendo, sin embargo que, si la utilización náutico-deportiva *que en ella se realizare, fueran susceptibles, fácticamente de asimilarse a un puerto deportivo siempre será posible iniciar las actuaciones de cooperación interadministrativa que, en su caso, pudieran conducir al cambio de calificación de las instalaciones correspondientes, con el consiguiente cambio de titularidad de las mismas, tras su calificación como puerto deportivo.* Se trata, pues, a juicio del Alto Tribunal, de meras utilizaciones del dominio público marítimo-terrestre.

No obstante existen instalaciones menores que en su día se traspasaron a las Comunidades Autónomas. Estas son, de acuerdo con la STC 40/1998, de competencia autonómica. Admitiendo la tesis que se acaba de exponer⁸, que

⁷ A estas deben añadirse las zonas “segregadas” de acuerdo con el procedimiento incorporado por la disposición adicional decimoséptima creada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la LPEMM. Se trata de un mecanismo que permite la segregación, por acuerdo del Consejo de Ministros, de los espacios y dársenas pesqueras, así como los destinados a usos náutico-deportivos existentes en un puerto de interés general, siempre y cuando posean “infraestructuras portuarias independientes, espacios terrestres y marítimos diferenciados, no dividan o interrumpan la zona de servicio del puerto afectando a la explotación de éste, no existan usos alternativos previstos en el plan de utilización de los espacios portuarios para dichas zonas, se acredite que la segregación no puede ocasionar interferencia alguna en la gestión de los puertos de interés general y se garantice la reversión si se modifican las causas y circunstancias que den lugar a dicha segregación”.

⁸ Mantuvimos la competencia autonómica en torno a este tipo de instalaciones en el trabajo *Puertos y costas: régimen de los puertos deportivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

no deja de tener un punto de incoherencia en cuanto que no se aplica a las instalaciones marítimas menores que fueron transferidas, a la misma conclusión habría de llegarse al interpretar el art. 140 del Estatuto de Cataluña, recientemente reformado, en el que se incluye de manera expresa a las instalaciones marítimas menores entre las materias comprendidas en la competencia exclusiva en relación a los puertos que no tengan la calificación legal de interés general, de las instalaciones marítimas menores. Interpretado el art. 140.a) EA Cataluña de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional que se acaba de exponer, debe concluirse que únicamente atribuye competencias exclusivas en relación a las instalaciones menores que en su día fueron traspasadas. La contradicción es evidente en relación a las restantes instalaciones menores, pues en este caso, la competencia autonómica comprenderá únicamente la función de gestión de los títulos de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, sin que se entienda muy bien en base a qué criterio la consideración es diversa en uno u otro caso. Idéntica interpretación habría de darse a la referencia a los amarres que se hace en el art. 32.17 EA Baleares.

De todo lo dicho resulta un complejo sistema de distribución competencial en relación a la diversa tipología de instalaciones náutico-deportivas, y teniendo presente que en relación a cada una de ellas la competencia es exclusiva –y que por tanto abarca la función legislativa y la de ejecución–, resulta también que el régimen jurídico aplicable variará en función de que sea de competencia estatal o autonómica quedando, pues, la situación como en el siguiente esquema se indica:

- Puertos deportivos propiamente dichos: son de competencia autonómica, y por tanto la legislación aplicable es la autonómica.
- Zonas deportivas en Zona II: son de competencia autonómica –siempre que haya tenido lugar la declaración formal relativa a la titularidad autonómica–, y por tanto la legislación aplicable es la autonómica.
- Zonas deportivas en Zona I (y en Zona II si la titularidad autonómica no ha sido formalmente reclamada): son de competencia estatal, y por tanto, la legislación aplicable es la estatal de puertos (LPEMM).
- Instalaciones menores: la titularidad de estas instalaciones corresponde a la Administración del Estado, siéndoles de aplicación la legislación de costas (Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en adelante LC y Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en adelante RC).

Por lo que hace a la legislación autonómica, debe apuntarse que esta es escasa y dispersa. La única norma con rango legal específicamente dictada para regular los puertos deportivos fue la Ley 8/1988, de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos de Andalucía, derogada por la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, siguiéndose pues, en esta Comunidad Autónoma la pauta generalmente adoptada de dictar leyes con pretensión de regular genéricamente el régimen de los puertos de su competencia; Ley 3/1996, de 16 de mayo, de Puertos de Murcia, modificada por Ley 6/2005, de 1 de julio y por Ley 1/2007, de 1 de marzo; Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña, modificada por diversas leyes de medidas administrativas⁹; Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias, modificada por Ley 5/2007, de 16 de marzo, en la última modificación citada se da un especial tratamiento a los puertos deportivos¹⁰; Ley 5/2004, de 16 noviembre, de Puertos de Cantabria; Ley 10/2005, de 21 de junio, de Puertos de las Islas Baleares, modificada por Leyes 13/2005, de 27 de diciembre y 25/2006, de 27 de diciembre, ambas de medidas tributarias y administrativas¹¹.

En el resto Comunidades autónomas, la legislación es fragmentaria, y de carácter reglamentario, regulándose aspectos parciales del régimen de los puertos deportivos. Pero en estos casos existe una legislación supletoria estatal, pues la LPEMM sólo derogó la Ley de Puertos Deportivos 55/1969 de 26 de

⁹ Artículos 68.7 y 93 y Anexo I, modificados por Ley 4/2000, de 26 de mayo, de Medidas Fiscales y Administrativas; Anexo I (apdos. 4.1.4, 4.1.6, 4.2.4, 4.3.5 y 4.4), modificados por Ley 15/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. Artículos 12 (apdo. 2) y 14, modificados por Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. Anexo I (apdos. 3.5.2, punto 3.a y cuantías de los apdos. 3.1.4, 3.2.4, 3.3.4.a, 3.3.4.b, 3.5.4, 4.1.4, puntos 1, 2 y 3, 4.2.4, punto 1, y 4.4.4, letras a, b, c, d y e), modificado por Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas. Anexo I (apdo. 4.5), suprimido también por Ley 31/2002.

¹⁰ *Vid.*, Capítulo II del Título IV LP Canarias 2003.

¹¹ Arts. 3 y 5, modificados por Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas. Art. 11 (apdo. 4), añadido también por Ley 13/2005. Arts. 28 (apdo. 1.d), 30 (apdo. 2), 93 (apdos. 1 y 2.a), 94 (apdo. 1), 98 y 104; Disposiciones transitoria segunda y transitoria cuarta (apdo. 2.c), modificados por Ley 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas. Art. 93 (apdo. 2.k), añadido también por Ley 25/2006, que al propio tiempo derogó la Disposición adicional séptima.

abril (en adelante LPD). Esta última sería desarrollada por Reglamento de Puertos Deportivos, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1980 (en adelante RPD), que en la medida en que solo ha sido derogado parcialmente por el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, debe considerarse en vigor¹², y que resulta especial respecto a la también supletoria, en lo que sea posible, legislación estatal de puertos, constituida por las Leyes 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante —modificada por la 62/1997, de 26 de diciembre y por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios Portuarios de Puertos de Interés General¹³, ambas modificadas por la Ley 33/2010, de 5 de agosto. Por otra parte, y en materia de concesiones, debe tenerse presente la aplicación prevalente, en cuanto legislación básica, de la legislación de contratos del Estado, y en concreto, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en los términos que posteriormente se expondrán.

2. La caracterización de los puertos deportivos como bienes de dominio público

En función del tipo de instalación náutico-deportiva de que se trate, la titularidad corresponderá, pues, al Estado o a la Comunidad Autónoma. En cualquier caso, la normativa que los regula los califica como bienes de domi-

¹² Expresamente se remite a la Ley 55/1969, de 26 de abril, de Puertos Deportivos (debe tenerse presente la fecha de esta remisión, en la que aún no la Ley 55/1969 no había sido derogada) y al Reglamento de la Ley de puertos deportivos de 1980, en lo que hace a la tramitación de las concesiones, el art. 4 del Decreto 79/1989, de 30 mayo, por el que se aprueba definitivamente el Plan de Puertos e Instalaciones Náutico-Deportivas de la Comunidad.

¹³ En este sentido, la Disposición final tercera LP Canarias, a cuyo tenor, *supletoriamente, en lo relativo a la materia de puertos, será de aplicación lo establecido en la legislación estatal vigente*. En la misma línea, arts. 4.1 Art. Ley 5/1994, de 29 de noviembre, de creación del ente público Puertos de Galicia: legislación estatal de puertos y 5.4 Decreto 227/1995, de 20 julio, por el que se aprueba el reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 5/1994, de 29 de noviembre, de creación del ente público Puertos de Galicia.

¹⁴ Para los puertos estatales, *vid.*, El artículo 4.11 Ley de Costas así como los arts. 14 LPEMM y 93 LREPSI. Sobre la titularidad del dominio público me remito, *in totum*, al trabajo de GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La titularidad de los bienes del dominio público*, Marcial Pons, 1998.

nio público¹⁴. De este modo, corresponde a las Comunidades Autónomas la titularidad del dominio público de los puertos deportivos propiamente dichos así como de las zonas deportivas que se hallen en puertos de interés general y en espacios bañados por aguas de la Zona II o exterior, siempre que dicha titularidad haya sido debidamente reclamada en los términos señalados más atrás. La titularidad de las zonas deportivas en puertos de interés general en las que no se den las circunstancias anteriores, así como la de las instalaciones menores, corresponde al Estado.

La declaración demanial parte del entendimiento de la afectación de los puertos deportivo al servicio público¹⁵, y trae causa en la regulación tradicional de estas instalaciones¹⁶. En este sentido, algunas leyes autonómicas han declarado expresamente el carácter de servicio público del que se presta en los puertos de su competencia. Es el caso del art. 52.1 LP Cataluña 1998¹⁷ o del art. 41 LP Andalucía 2007¹⁸. En otros supuestos, sin llegar a emplearse la expresión “servicio público”, sí se utiliza, en la línea iniciada por la legislación estatal de puertos, la de “servicios portuarios”. Así, los arts. 5.2 LP Canarias 2003, 5.3 LP Cantabria, 5 LP Baleares 2005 basan la afectación del puerto al dominio público en la prestación que en el mismo se realiza de los servicios portuarios.

A la declaración de la titularidad autonómica no es obstáculo el que los puertos deportivos hayan de ocupar espacios que se integran en el dominio pú-

¹⁵ Los bienes de dominio público se definen como aquellos que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público (art. 5 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

¹⁶ El art. 12.1 RPD establecía su carácter de servicio público: *Todos los puertos y zonas deportivas construidas, tanto por el Estado como en virtud de concesiones otorgadas con arreglo a la Ley, serán instalaciones de servicio público, regulados por los Reglamentos de Explotación y Tarifas que se determinen, que en ningún caso contemplarán usos exclusivos de amarre, y sí derechos de uso preferente. El pago de la tarifa de atraque permitirá únicamente un uso preferente del mismo, pudiendo autorizarse amarras de tránsito en los períodos en que aquél no se utilizare, en la forma que se determine en el correspondiente Reglamento de Explotación y Tarifas.*

¹⁷ *Todos los puertos construidos en virtud de una concesión administrativa son instalaciones de servicio público y otorgan al concesionario el derecho a la ocupación del dominio público necesario para la ejecución y explotación de las obras.*

¹⁸ El art. 41.1.e) declara como tales los servicios a embarcaciones deportivas o de recreo.

blico marítimo-terrestre, de titularidad estatal, *ex art.* 132 CE, pudiendo afirmarse, a la luz de la doctrina constitucional anteriormente expuesta, que en los espacios marítimo-terrestres pueden convivir titularidades demaniales diversas. En el caso concreto que nos ocupa, debe tenerse presente que el puerto no es lo mismo que el demanio marítimo-terrestre que ocupa, son objetos jurídicos distintos, debiéndose distinguir entre el soporte físico –dominio público de titularidad estatal– y el bien afecto a la prestación de servicios portuarios –puerto de titularidad de la Comunidad Autónoma–¹⁹. La legislación autonómica de puertos, en esta línea, parte de la compatibilidad de la titularidad autonómica del puerto con la titularidad estatal del dominio público marítimo-terrestre que debe adscribirse a la Comunidad Autónoma para que esta pueda ejercitar sus competencias en materia de puertos²⁰.

En cuanto titular del dominio público marítimo-terrestre necesario para la construcción del puerto deportivo, el Estado dispone de un importante título de intervención que se articula mediante una técnica concreta: la adscripción, o puesta a disposición, por parte del Estado, del dominio público maríti-

¹⁹ Esta es, por lo demás, la doctrina que ha sentado el Tribunal Constitucional. En este sentido, ya la STC 149/1991, de 4 de julio, que resolviera los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la LC, reconocería la titularidad de la Comunidad Autónoma sobre obras e instalaciones, y sobre la franja dominio público marítimo-terrestre, la del Estado: *De ahí se sigue que las obras e instalaciones del puerto son creadas y gestionadas por la Comunidad Autónoma, que ostenta sobre ellas una titularidad plena, o diferida a la reversión tras la extinción de la concesión que pudiera existir sobre la obra o instalación. Ahora bien, la indudable titularidad autonómica de las obras e instalaciones portuarias no conlleva la plena titularidad demanial de aquella franja de terreno que es de titularidad estatal, por mandato expreso de la Constitución...* Esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia que resolviera el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 8/1998, de 2 noviembre, de Puertos Deportivos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, STC 193/1998, de 1 de octubre, declarando la posibilidad de que la titularidad del dominio público portuario correspondiera a la Comunidad Autónoma. Esta tesis es la que mantuve en mi trabajo *Puertos y costas: régimen de los puertos deportivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

²⁰ En las leyes cántabra y balear, se expresa claramente esta distinción entre bienes demaniales (arts. 5 LP Cantabria y 5 LP Baleares). Más confusa, sin embargo, es la redacción del art. 3 LP Murcia, de cuya lectura podría entenderse que todo el puerto es un bien de dominio público marítimo-terrestre (lectura que, a mi entender, debe ser no obstante interpretada de acuerdo con la tesis, constitucional, de la compatibilidad de titularidades demaniales sobre el mismo espacio físico). En fin, la LP Andalucía 2007 determina la integración en el dominio público portuario de *los bienes de dominio público marítimo terrestre adscritos por la Administración del Estado, sin perjuicio de la titularidad dominical del mismo* (art. 15.3).

mo-terrestre necesario para que las Comunidades Autónomas ejerciten sus competencias en materia de puertos y que se articula mediante la emisión de un informe favorable a la ocupación que se inserta dentro del procedimiento de aprobación del proyecto de construcción, ampliación o modificación de los puertos de competencia autonómica²¹. Así se pone de manifiesto en el art. 14.3 LPEMM, regulándose la adscripción en los arts. 49 y 50 LC y 103 a 107 RC. El título de intervención que comporta la titularidad del dominio público marítimo-terrestre necesario para construir, ampliar o modificar un puerto de titularidad autonómica va a modular el régimen de estos y, desde esta perspectiva, existen determinaciones de la legislación de costas de necesaria observancia en el régimen de los puertos autonómicos. Son de destacar, en este sentido, el límite de los plazos concesionales o la exigencia del canon demanial a favor del Estado en los supuestos de puertos creados a partir de la entrada en vigor de la LC, aspectos de los que se dará cumplida referencia al hilo del análisis del régimen de la concesión.

Por lo que al dominio público portuario respecta y en lo que hace a su delimitación, los puertos se conforman por una serie de terrenos, obras, instalaciones y espacios de agua que se destinan a las finalidades características de aquellos. La afectación de los concretos bienes que integran el demanio portuario tiene lugar a través de la delimitación de la zona de servicio portuario, que podría definirse como el conjunto de espacios, terrestres y de agua, que integran el puerto. El concepto de zona de servicio es tradicional en nuestra legislación de puertos²². En el ámbito autonómico, pueden encontrarse defini-

²¹ Del análisis de esta técnica nos hemos ocupado en el siguiente trabajo: ZAMBONINO PULITO, M., “La adscripción del dominio público marítimo-terrestre a las Comunidades Autónomas”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núms. 271/272, 1996, pp. 609 ss.

²² Para los deportivos, puede verse el art. 8 RPD, que la definiría como el espejo de agua en una o varias dársenas, más la superficie en tierra dedicada a los muelles, instalaciones y servicios. En el marco de la legislación reguladora de los puertos de competencia estatal, el art. 96.1 LREP, al definirla, incluye los espacios de tierra y de agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios, los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria y aquellos que puedan destinarse a usos no portuarios. Su determinación corresponde al Ministerio de Fomento a través de la aprobación de la “Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios” mediante un procedimiento complejo, en el que se da participación a las Administraciones con competencias en materia urbanística, pesca en aguas interiores, ordenación del sector pesquero y deportes y, en general, en aquellos ámbitos sectoriales sobre los que pueda incidir el plan (art. 96.3 LREP).

ciones diversas de la zona de servicio portuaria²³, variando la amplitud de los usos, portuarios o no, y la extensión que pueda tener dicha zona. De este modo, en algunos supuestos, se define la zona de servicio como el espacio destinado a la prestación de las actividades típicamente portuarias, de los servicios portuarios²⁴; en otros casos, la zona de servicio comprende espacios destinados a actividades complementarias a las portuarias²⁵ y espacios de reserva²⁶, previéndose también su destino a usos no portuarios²⁷. Por lo que hace a la delimitación de la zona de servicio, con carácter general se prevé que tenga lugar a través de una norma de carácter reglamentario –en algún caso denominada Plan de delimitación de la zona de servicio– que, aprobada por el órgano competente, viene llamada a definir los espacios, usos y actividades del puerto, en cuyo procedimiento de aprobación generalmente intervendrán los órganos de las Administraciones competentes en materias relacionadas²⁸.

²³ Aunque no la define, se parte del concepto de zona de servicio, aludiéndose a ella en el art. 2.3 de la Ley 5/1994, de 29 noviembre Creación del ente público «Puertos de Galicia».

²⁴ Decreto 61/1994, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Plan director de los puertos deportivos e instalaciones náuticas de la Comunidad Autónoma valenciana; art. 2.3 Ley 3/1996, de 16 mayo, de Puertos de Murcia.

²⁵ Art. 27 Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña. La ley catalana, en el art. 94 define también los elementos que constituyen la zona de servicio en el supuesto peculiar de las marinas.

²⁶ Arts. 6 LP Cantabria, 6 LP Canarias y 6 LP Baleares.

²⁷ Art. 28 Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña.

²⁸ *V.gr.*, pesca, medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo. *Vid.*, en este sentido art. 29 LP Cataluña, 6 LP Cantabria; 6.2 LP Canarias; 6 LP Baleares. El art. 9 LP Andalucía 2007, por su parte, distingue las situaciones de gestión directa e indirecta. En el primer caso, la ordenación funcional del puerto se delimita a través del Plan de Usos de los Espacios Portuarios, entre cuyos contenidos, habrá de incluirse la asignación de usos para los diferentes espacios incluidos en la zona de servicio, mientras que la ordenación funcional de los puertos en régimen de gestión indirecta forma parte del título concesional tomando como base el anteproyecto y el proyecto de obra pública aprobados.

II NATURALEZA Y OBJETO DE LA CONCESIÓN DE PUERTOS DEPORTIVOS

En la diversa legislación sectorial que en el ámbito autonómico se ha dictado en la materia que nos ocupa, el título que se prevé para la construcción y/o explotación de un puerto deportivo por terceros es la concesión. Siendo en algunos supuestos tal previsión expresa, en otros se hacen referencias implícitas, que traen causa en nuestra legislación tradicional de puertos deportivos, que establecía la concesión como título habilitante para la construcción y/o explotación de puertos deportivos²⁹. En el resto de Comunidades Autónomas en las que no existe una ley que con carácter general regule el régimen de los puertos de su competencia, se reconoce la concesión como fórmula de gestión indirecta en las diversas normas que regulan aspectos tangenciales de la materia³⁰.

1. Su naturaleza como contrato de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos

Siendo la concesión pues el título previsto para la gestión de los puertos deportivos, la naturaleza que pueda predicarse de la misma va a variar en fun-

²⁹ Arts. 5 y 6.1 LP Murcia, 38 y 40 LP Cataluña, 76.1 LP Baleares, 18 LP Andalucía.

³⁰ En el caso de Galicia, en el art. 11 de la Ley 5/1994, de 29 noviembre Creación del ente público «Puertos de Galicia», entre la relación de competencias de la Consellería competente en materia de puertos, se incluye la otorgar las concesiones y autorizaciones por ocupación de dominio público adscrito a la Comunidad Autónoma dentro del recinto portuario y aplicar los correspondientes cánones. En el caso del País Vasco, ha de estarse al art. 6 del Decreto 236/1986, de 21 octubre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades portuarias, en cuya virtud, *la ocupación del dominio público portuario con obras o instalaciones de carácter permanente que supongan uso privativo de la zona ocupada o condicionen de forma determinante el futuro portuario del espacio ocupado, estará sujeta a la oportuna concesión administrativa, que será tramitada de conformidad con la legislación vigente*. En la Comunidad Valenciana, el Decreto 79/1989, de 30 de mayo, por el que se aprueba definitivamente el Plan de Puertos e Instalaciones Náutico-Deportivas de la Comunidad Valenciana, parte de la concesión como título jurídico para la gestión indirecta de los puertos deportivos (art. 4), aprobándose el Pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia a través de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes. La concesión, por lo demás, es también el título que facultaría la construcción o gestión de una marina por terceros (en este sentido, arts. 96 LP Cataluña 1998, 64.2 LP Canarias 2003 y 52 LP Cantabria 2004).

ción de cuál sea su objeto, puesto que dicha gestión puede consistir exclusivamente en la explotación del puerto y, por tanto, en la prestación de los servicios a la navegación deportiva y de recreo, o en la construcción y posterior explotación del mismo. Por ello, si bien el régimen del dominio público va a determinar, como se ha apuntado, muchos de los caracteres de la concesión, la concreción de su naturaleza va a pivotar sobre otras dos instituciones típicas nuestra disciplina: la obra pública y el servicio público. De este modo, si el objeto de la concesión es la construcción y la explotación del puerto, su naturaleza, por expresa determinación de la LCSP, sería la de un contrato de concesión de obras públicas³¹. En los casos en los que el objeto de la concesión sea únicamente la explotación del puerto, el contrato sería el de gestión de servicios públicos, puesto que estaría comprendido en la definición que del mismo se recoge en el art. 8.1 LCSP: *el contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante*, estableciéndose, en el art. 253 LCSP las modalidades de contratación, entre las que se encuentra la concesión. Es esta una de las novedades de la LCSP con respecto al TRLCAP, pues de acuerdo con el art. 220 TRLCAP se conceptuaba como contrato de concesión de obras públicas la

³¹ En efecto, de acuerdo con la definición que del contrato de concesión de obras públicas proporciona el art. 7 LCSP, que se construye sobre el doble criterio del objeto y la contraprestación del contrato, entrarían en este concepto los supuestos de construcción y explotación de puertos deportivos. En este sentido, el precepto citado define al contrato de concesión de obras públicas como aquel que *tiene por objeto la realización de alguna de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*. De acuerdo con el art. 6.1 LCSP, son contratos de obras aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto. Por su parte, el segundo apartado del mismo precepto define el concepto de obra como *el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble*. Y aunque los puertos marítimos no se encuentran incluidos en el Anexo I LCSP, es claro que su construcción conlleva una *obra*, en el sentido expresado y que consistiría en la realización de trabajos especificados por la Administración. De lo anterior cabe concluir también que en aquellos supuestos en los que se encomienda por la Administración a un tercero simplemente la construcción del puerto, el título jurídico de cobertura sería el contrato de obras.

concesión mediante la que se otorgara únicamente la explotación del puerto deportivo³²—

La LCSP exige pues, para que un servicio se considere que debe ser contratado mediante esta figura, que su prestación haya sido asumida como propia de la competencia de la Administración contratante. Este requisito, aún con confusa redacción, es el que lleva a concluir que las concesiones cuyo objeto sea la explotación del puerto deportivo han de ser consideradas como contratos de gestión de servicios públicos, ya que la legislación autonómica de puertos, aún en términos distintos, efectivamente declara la gestión de los puertos deportivos como propia de la competencia de la Administración concesionaria. Tal declaración tiene lugar, en determinadas leyes autonómicas a través de la caracterización de los servicios que se prestan en los puertos deportivos como servicios públicos o como servicios portuarios. En este sentido, se partirá de la publicación de la actividad por el art. 12 RPD, que se reiterará en las algunas normas autonómicas. En cualquier caso, la asunción de estos servicios como “propios” de la Administración contratante tiene lugar mediante la declaración de la titularidad o de la competencia de las instalaciones en las que se prestan, sin perjuicio de que se gestionen directa o indirectamente³³, mediante la oportuna concesión.

³² El precepto definía al contrato de concesión de obras públicas como aquel *en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título.* Y entre las obras relacionadas en el art. 120 TRLCAP, se encontraban los puertos, a los que debían añadirse otras obras características en el ámbito que nos ocupa y que también se mencionaban en el último precepto citado: canales, defensa del litoral y señalización marítima, así como cualquier otra obra análoga de ingeniería civil; la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos.

³³ *Vid.*, arts. 1 LP Murcia; 1 LP Cataluña; 2 LP Canarias; 1 LP Cantabria; 1 LP Baleares; 1 LP Andalucía; 1 Ley 5/1994, de 29 de noviembre, de creación del ente público Puertos de Galicia; 1 Decreto 236/1986, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Portuarias del País Vasco.

De todo ello puede concluirse la doble naturaleza de la concesión de puertos deportivos, según que lo que se contrate sea la construcción y la explotación, o únicamente la explotación del puerto. Este es el sentido en el que deben reinterpretarse las leyes autonómicas que califican a las concesiones de puertos deportivos como de concesiones de obra pública –leyes cántabra y balear, aunque de la lectura de las leyes canarias y catalana, puede deducirse que de tal naturaleza se parte también³⁴– y el que se contiene ya en la legislación estatal de puertos, aplicable, como ya es sabido, a las que hemos denominado zonas deportivas³⁵. Esta doble naturaleza que, como puede preverse, tendrá

³⁴ Tal consideración es, por lo demás, lógica en las tres leyes sectoriales posteriores a la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que añadió el Título V, en el que se regula el contrato de concesión de obras públicas, al Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas. En este sentido, el art. 34.1 LP Cantabria habilita a la entidad pública empresarial Puertos de Cantabria para *otorgar en régimen de concesión de obra pública la construcción y explotación de puertos, instalaciones portuarias o infraestructuras portuarias de su competencia*, remitiéndose de manera expresa y en lo que hace a su régimen a lo establecido en *la legislación básica estatal para el contrato de concesión de obra pública con las especialidades previstas en la presente Ley* (art. 36 LP Cantabria). De forma similar, el art. 76.1 LP Baleares (denominado “Concesiones de obra pública portuaria”), determina que Puertos de las Illes Balears *podrá promover la construcción y la explotación o sólo la explotación de obras públicas portuarias en régimen de concesión administrativa*, delimitándose en el segundo apartado del mismo precepto el objeto de los contratos de concesión de obras públicas: la construcción y la explotación o sólo la explotación, siempre que se encuentren abiertas al uso público o al aprovechamiento general de: a) un puerto existente, un nuevo puerto o la ampliación de un puerto existente que sea susceptible de explotación totalmente independiente, b) infraestructuras portuarias e instalaciones náuticas deportivas. En cuanto al régimen jurídico aplicable, el art. 76.4 LP Baleares establece que *en materia de obras públicas portuarias será de aplicación la legislación general reguladora del contrato de concesión de obras públicas, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la presente Ley y de su régimen de utilización del dominio público portuario*. De la lectura del art. 54.1 LP Canarias, de la redacción utilizada, parece claro que se está pensando también en el contrato de concesión de obras públicas: *La construcción y explotación de obras e instalaciones destinadas a la prestación de los servicios portuario-deportivos podrá realizarse de forma directa por Puertos Canarias o por los cabildos insulares, o mediante concesión por personas naturales o jurídicas, públicas y privadas*. A idéntica conclusión, por lo demás, cabría llegar tras la lectura del art. 39.1 LP Cataluña, a cuyo tenor: La Generalidad, de acuerdo con la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones públicas, puede convocar concursos públicos con los objetos siguientes: a) La selección de proyectos de construcción de puertos y de dársenas. b) El otorgamiento de una concesión para la construcción o bien para la construcción y la explotación de un puerto o una dársena.

³⁵ La LREP, en el Título IV, en el que regula el dominio público portuario estatal, contiene un Capítulo (VIII) en el que se regula el contrato de concesión de obras públicas portuarias, que tiene por objeto la construcción y explotación de un nuevo puerto o una parte nueva de un puerto que sean susceptibles de explotación totalmente independiente siempre que se encuentren abiertas al público al aprovechamiento general.

como consecuencia la aplicación de un doble régimen, debe concluirse igualmente en relación a la concesión de marinas³⁶. Así lo ha entendido, por lo demás, la LP Andalucía 2007, en cuyo art. 35.1 se determina la aplicación de una u otra modalidad de contrato público en función del objeto de la concesión³⁷

El régimen de la concesión que se analizará en las páginas que siguen se regula en la legislación autonómica sectorial. Ahora bien, habrán de tenerse presentes las determinaciones de la legislación básica estatal de contratos que correspondan de acuerdo con la naturaleza de cada contrato contenidas en la LCSP. Por otra parte, en el supuesto de vacío normativo, habrá de estarse a la legislación estatal supletoria, constituida por la legislación estatal de puertos citada más atrás.

2. El objeto de la concesión: construcción y explotación de puertos deportivos. Viabilidad de actividades complementarias

En el ámbito de los puertos deportivos, el objeto de la concesión vendrá constituido por la construcción y la explotación del puerto, o únicamente su explotación, aspecto este último que ha de identificarse con la prestación de los servicios portuarios a las embarcaciones deportivas y de recreo, lo que comprende la gestión de los servicios y prestaciones, de las infraestructuras necesarias y de los espacios sobre los que el puerto se asienta, que no debe olvidarse

³⁶ Esta consideración está implícita en los arts. 96 LP Cataluña y 64 Ley Canarias 2003 al remitirse ambos preceptos, al régimen general previsto para las concesiones de puertos deportivos. El art. 52 LP Cantabria 2004, sin embargo, la califica como concesión de utilización del dominio público, calificación que, a mi juicio, debe entenderse desplazada por los arts. 220 y 120 TRLCAP, citados en nota anterior.

³⁷ *Se entiende por concesión de obra pública portuaria aquella en la que la persona concesionaria asume, en los términos de un contrato que se celebre con la Consejería competente en materia de puertos, la construcción, reparación, mantenimiento y explotación de la obra pública portuaria. La concesión que tenga por exclusivo objeto la mera explotación de un puerto se someterá al régimen de la concesión de gestión de servicio público, en los términos de la legislación de contratación administrativa.* El apartado cuarto del precepto citado añade, como posible objeto de la concesión de obra pública portuaria, las instalaciones portuarias de defensa, de abrigo, de accesos marítimos y obras de atraque de carácter fijo, siempre que sean susceptibles de explotación independiente.

se integran, al menos en parte, en el dominio público marítimo-terrestre³⁸. Cabe plantearse la posibilidad de que, junto a los servicios estrictamente necesarios para las embarcaciones náutico-deportivas, se desarrollen en el puerto otro tipo de actividades, cuestión esta que ha sido causa de tradicionales conflictos en los espacios portuarios –no solo en los puertos deportivos– y que ha sido resuelta por la legislación sectorial.

Los servicios portuarios que han de prestarse a las embarcaciones deportivas y de recreo vienen determinados por las actividades encaminadas a satisfacer las necesidades de dichas embarcaciones en puerto, tales como la puesta a disposición de las aguas, dársenas y canales de acceso; el atraque, el amarre, el fondeo; la puesta disposición de las vías de circulación y aparcamientos; el suministro de agua, de hielo, de energía eléctrica o de productos similares; la reparación y conservación de embarcaciones, etc.³⁹.

Ya se ha puesto de manifiesto la diferente categorización que en la legislación autonómica se lleva a cabo respecto a estos servicios, calificándose como servicios públicos o como servicios portuarios. Por lo que aquí interesa, en uno u otro caso, se trata de prestaciones que resultan objetivamente indispensables para los usuarios. Esta idea ha llevado a algunas leyes autonómicas a diseñar mecanismos tendentes a garantizar el servicio. Se acude así a instrumentos como la categorización de determinados servicios de obligatoria prestación –“servicios portuarios de uso público”⁴⁰ o “servicios portuarios básicos” – o a la habilitación para la imposición de “obligaciones de servicio público”⁴¹, esta-

³⁸ El art. 18.2 LP Andalucía 2007 define la explotación como la *puesta a disposición de los bienes que integran el dominio público portuario para su ocupación, utilización o aprovechamiento, así como la prestación de los servicios portuarios a las personas usuarias, a cambio de la correspondiente contraprestación económica.*

³⁹ En este sentido, pueden verse las definiciones que al efecto se realizan, en relación a los servicios que han de prestarse en los puertos, en los arts. 88 LP Cataluña; 38 LP Canarias; 25 LP Cantabria; 37 LP Baleares y, en especial, para los puertos deportivos en el art. 49 LP Baleares.

⁴⁰ *Vid.*, art. 59 LP Cataluña.

⁴¹ En este sentido, y en lo que hace a las prestaciones específicamente dirigidas a la náutica deportiva y de recreo, la continuidad y la regularidad del servicio se configuran en las leyes balear (art. 42 LP Baleares) y cántabra (art. 31.4 LP Cantabria) como obligaciones de servicio público, a las que este último precepto añade el libre acceso en condiciones de igualdad y no discriminación, la colaboración con la Administración portuaria y el sometimiento a la potestad tarifaria.

bleciéndose, asimismo, la obligatoriedad de la prestación de servicios concretos⁴². La garantía de la prestación del servicio, sea cual fuere la naturaleza, de servicio público o de servicio portuario, que le otorgue la legislación sectorial, obliga a que se aseguren la continuidad, la regularidad, la calidad y el precio asequible de la prestación. Y en este sentido, muchas leyes autonómicas han deparado en la necesidad de garantizar determinados servicios, como el amare –cuyo régimen se expondrá en páginas posteriores–, estableciendo la prohibición de derechos de uso exclusivos, aunque sí se determina la posibilidad de establecer derechos preferentes⁴³.

Los puertos deportivos son instalaciones en las que habitualmente se ofrecen otras prestaciones distintas a las estrictamente portuarias. Estas actividades, avaladas por nuestra legislación tradicional de puertos y también por la jurisprudencia que no obstante la someterá a determinados requisitos, han venido a dar respuesta a distintos planteamientos: en unos casos son complementos que se establecen para rentabilizar el puerto, en otros, se han utilizado como elementos dinamizadores de la vida local por parte de los municipios. La variedad de usos posibles puede considerarse desde perspectivas diversas: como zona de expansión –uso público, actividades culturales y recreativas del municipio– como zona de desarrollo comercial y como zona de desarrollo turístico, cuestión que va ligada a la posibilidad de urbanizaciones en los puertos deportivos. De acuerdo con la tradicional tipología de usos del dominio público y partiendo de que el uso normal del dominio público portuario es el de proporcionar las prestaciones, ya conocidas, que requieren las embarcaciones náuticas y de recreo, se trata en este lugar de determinar el alcance del uso anormal, distinto al destino principal del bien, y en este punto, habrán de examinarse las posibilidades de uso común general y especial y de uso privativo.

Estos usos, por lo demás, están previstos como posible objeto del contrato de concesión de obra pública en el art. 231 LCSP, que se refiere a las actividades complementarias, comerciales o industriales, citando a modo de enunciativo, los establecimientos de hostelería, las estaciones de servicio, las zonas de ocio, los estacionamientos, los locales comerciales y otros susceptibles de explotación. El precepto nos ofrece ya los primeros límites del alcance de tal posibilidad, al determinar, por una parte, que dichas actividades han de ser ne-

⁴² *Vid.*, arts. 53 LP Canarias y 49 LP Baleares.

⁴³ Siguiendo la línea ya iniciada por el art. 12 RPD, ya citado.

cesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y ser susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, sujetándola al principio de unidad de gestión, de modo que las zonas o espacios han de ser explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión. Finalmente, el precepto citado establece la necesidad de que la implantación de estas actividades tenga lugar de conformidad con los pliegos y, en su caso, con lo que determine el planeamiento urbanístico o la legislación que resulte de aplicación, a la que seguidamente me refiero.

La legislación autonómica recaída en materia de puertos también ha sido receptiva a la implantación de actividades en los puertos que van más allá de las que pueden definirse como estrictamente portuarias, admitiéndose, con carácter general, las actividades complementarias o instrumentales⁴⁴. Se exponen a continuación, de forma sistematizada, las diversas tipologías de usos susceptibles de darse en los puertos deportivos. Para ello, debe partirse del marco que a estos efectos ofrece la legislación de costas y en concreto del régimen de usos permitidos y excluidos en el dominio público marítimo-terrestre⁴⁵.

⁴⁴ En este sentido, arts. 6.3 LP Murcia 1996, 6.5 LP Canarias 2003 y 52 LP Baleares 2005.

⁴⁵ De acuerdo con el art. 25 LC, únicamente se permite la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación y quedan expresamente prohibidas las siguientes actividades (pudiéndose excepcionar las relacionadas en el apartado b), previa declaración de utilidad pública por el Consejo de Ministros, y el vertido de escombros utilizables en rellenos, debidamente autorizados): a) las edificaciones destinadas a residencia o habitación; b) la construcción o modificación de vías de transporte interurbanas y las de intensidad de tráfico superior a la que se determine reglamentariamente, así como de sus áreas de servicio; c) las actividades que impliquen la destrucción de yacimientos de áridos; d) el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión; e) el vertido de residuos sólidos, escombros y aguas residuales sin depuración; f) la publicidad a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales. Estas prohibiciones, tal y como determina el art. 61.2 RC, se han de aplicar a todos los bienes de dominio público marítimo-terrestre y a todos los regímenes de utilización del mismo, incluyendo reservas, **adscripciones**, concesiones y autorizaciones, cualquiera que sea la Administración competente. Por ello entiendo que la exclusión de las prohibiciones establecidas por la LC que hace el art. 30.6 LP Cataluña 1998 en relación al dominio público portuario, ha de ser interpretada en el sentido de que no afectan a aquella parte del dominio público portuario que forme parte del dominio público marítimo-terrestre. Por lo demás, han de tenerse presente las prohibiciones que se incluyen en el art. 53 LP Baleares 2005 (tendido aéreo de líneas eléctricas y telefónicas y vertidos contaminantes y aquéllos que no sean autorizados), así como la expresa permisión de la publicidad en los casos que se concretan, para el dominio público portuario, en los arts. 6.5 LP Murcia 1996 y 52 LP Baleares 2005.

a) Cabría plantearse la sujeción de los puertos deportivos, en cuanto que ocupan dominio público marítimo terrestre, al uso común general, o en los términos previstos en el art. 31 LC, a la utilización libre, pública y gratuita del puerto⁴⁶. La normativa especial ha previsto, en efecto, el acceso libre y gratuito a los puertos deportivos, supeditándolo –y en este sentido deben interpretarse las distintas posibilidades enunciadas en el art. 31 LC transcrito en nota anterior–, a la garantía del servicio portuario, de modo que se permite siempre y cuando no obstaculice la actividad principal del puerto, lo que supone en términos generales una prohibición de acceso a los muelles y zonas de operaciones⁴⁷.

b) Con las lógicas limitaciones que imponga la adecuada y correcta explotación del puerto, la legislación autonómica permite, con carácter general, los usos de recreativos, de ocio, deportivos, culturales, comerciales⁴⁸, siguiendo también la pauta introducida por nuestra tradicional legislación en materia de puertos deportivos y continuada en la vigente legislación estatal de puertos, avalada por una constante jurisprudencia⁴⁹.

⁴⁶ El precepto enuncia usos tales como *pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y que se realicen de acuerdo con las leyes y reglamentos o normas aprobadas* conforme a la propia LC.

⁴⁷ *Vid.*, art. 28.2 LP Cataluña 1998. Por su parte, el art. 17 LP Andalucía 2007 determina que los puertos destinados a usos náuticos deportivos son de acceso libre, *sin más limitaciones que las requeridas por razón de seguridad o explotación*. En contra, el Decreto 236/1986, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Portuarias del País Vasco, en el que se limita el acceso a las zonas portuarias a las personas y vehículos que intervengan en las operaciones que se desarrollan en las mismas. Sobre lo cuestionable de esta limitación genérica en unos espacios que son, al cabo, dominio público marítimo-terrestre, *vid.* ZAMBONINO PULITO, M., *Puertos y costas: régimen de los puertos deportivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 192 y 193.

⁴⁸ Arts. 6.4 LP Murcia 1996; 30 LP Cataluña 1998; 6.5 LP Canarias 2003; 52 LP Baleares 2005, 16.2 LP Andalucía 2007. Las tres últimas leyes citadas vinculan esta posibilidad a su carácter complementario a la actividad principal y al favorecimiento del equilibrio económico y social del puerto. Por otra parte, y sin profundizar en esta cuestión por lógicas razones de extensión, interesa señalar que estas actividades se encontrarían sujetas a licencia municipal previa, encontrándose únicamente exentas las obras o instalaciones propiamente portuarias, de acuerdo con la doctrina mantenida en la STC 40/1998, doctrina que, por otra parte, queda reflejada en el art. 30 LP Cataluña 1998.

⁴⁹ El art. 6 RPD, derogado por el RC, exigía, en los puertos de base, la existencia de edificios de servicios con establecimientos comerciales, oficinas bancarias si fueran solicitadas por en-

c) La concreción de cuáles sean los usos residenciales que pueden darse en un puerto deportivo viene determinada por las peculiaridades propias del bien que ocupa: el dominio público marítimo-terrestre. Y si bien nuestra legislación tradicional de puertos deportivos partiría no sólo del principio de permisividad del uso residencial, sino del de exigencia de existencia de unidades de habitación⁵⁰, en la actualidad se encuentran, si no absolutamente prohibidos, sí claramente limitados y ello en función del espacio del puerto en el que pretendan ubicarse. En el espacio de dominio público marítimo-terrestre que ocupen los puertos construidos tras la entrada en vigor de la LC, sea zona marítimo-terrestre u otros bienes demanializados *ex art. 4 LC* –*v.gr.*, terrenos ganados al mar⁵¹–, se encuentran prohibidos los usos residenciales, prohibición que se ex-

tidades bancarias. Por su parte, la legislación estatal de puertos permite la incorporación de equipamientos culturales y recreativos (art. 3.6 LPEMM) y actividades industriales y comerciales (art. 15.6 LPEMM). Pueden verse a este respecto y a título de ejemplo, las SSTs 24 febrero 1962, 9 abril 1966, 15 junio 1990 y la STSJ Andalucía 15 mayo 1991. Ahora bien, de acuerdo con la STS 17 noviembre 1999, las autorizaciones o concesiones de una utilización en el recinto concesional, debe compatibilizarse con el obligado respeto al contenido del pacto concesional y a la consecuente obligación de no agravar la posición del concesionario. La Sentencia citada declara por estos motivos la improcedencia de una autorización para un mercadillo ambulante en el Puerto Deportivo de Marbella.

⁵⁰ El art. 6 RPD, derogado por el RC, exigía, en los puertos de base, la existencia de unidades de habitación para uso de las tripulaciones en número no inferior al 5% del número de atraques.

⁵¹ Los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras se incluyen en el dominio público marítimo-terrestre por el art. 4.2 LC. Pero debe tenerse presente que, de conformidad con la legislación tradicional de puertos, podía ganarse la propiedad de los mismos, circunstancia que ha sido respetada por la disposición transitoria segunda, 2, LC, en cuya virtud se mantienen en su situación jurídica –siempre y cuando se ganaran al mar con título administrativo suficiente–, siendo, por tanto, de propiedad privada. En este caso, pues, son posibles las edificaciones residenciales en terrenos ganados al mar, por no formar parte del dominio público marítimo-terrestre. Sin embargo ha de distinguirse a su vez, dentro del espacio ganado al mar, entre sus playas y su zona marítimo-terrestre, que seguirán siendo de dominio público por expresa determinación de la disposición transitoria segunda, 2, LC, y el resto de dicho espacio, efectivamente de propiedad privada. La titularidad dominical de los terrenos ganados al mar, sin embargo, tampoco debe considerarse con carácter absoluto, pues está sometida a las limitaciones impuestas por la legislación de costas. En este sentido, la STS 17 enero 2002, declaró la improcedencia de indemnizar a los propietarios por las limitaciones que la legislación entonces vigente imponía en dichos terrenos. Sobre el régimen de los terrenos ganados al mar, *vid.*, LEGUINA VILLA, J., y DESDENTADO DAROCA, E., “El régimen jurídico de los terrenos ganados al mar y la preservación del demanio costero”, en *RAP* núm. 167 (2005), pp. 7 a 45.

tiende a la zona de servidumbre de protección⁵². En esta parte del puerto, esto es, en la zona de servicio portuaria que ocupe dominio público marítimo-terrestre o se incluya en la zona de servidumbre de protección, los usos residenciales, en principio, están prohibidos. En el resto del puerto, por tanto, dichos usos residenciales son susceptibles de darse siempre y cuando se adecuen a la legislación y al planeamiento urbanístico⁵³. En consonancia con lo anterior, la legislación autonómica ha previsto expresamente los usos residenciales. En particular, la ley canaria, en sentido muy similar al que se acaba de exponer⁵⁴. Por su parte, la legislación estatal de puertos, que debe aplicarse a las zonas deportivas, prohíbe las ocupaciones y utilizaciones del dominio público portuario que se destinen a edificaciones para residencia o habitación, aunque cabe la excepción, pues el propio precepto añade la posibilidad de que el Consejo de Ministros, por razones de interés general debidamente acreditadas y previo in-

⁵² *Vid.*, arts. 32.2 y 25.1 LC. Aunque cabe la excepción, cuando la edificación se pretenda levantar en la zona de servidumbre de protección, por acuerdo del Consejo de Ministros cuando sean de excepcional importancia y que, por razones económicas justificadas, sea conveniente su ubicación en el litoral, siempre que se localicen en zonas de servidumbre correspondientes a tramos de costa que no constituyan playa, ni zonas húmedas u otros ámbitos de especial protección.

⁵³ Ahora bien, respecto a los primeros 500 metros colindantes con la ribera del mar, como mínimo, que conforman la zona de influencia, la LC ha establecido también ciertas limitaciones en cuanto a las construcciones, como son su necesaria adaptación a la legislación urbanística, debiéndose, en todo momento, evitar la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, sin que, a estos efectos, la densidad de edificación pueda ser superior a la media del suelo urbanizable. Cuestión distinta y merecedora de un especial tratamiento sería la relativa a la titularidad de esas edificaciones que no puede ser privada si se encuentran en la zona de servicio y por ende en el dominio público portuario, que entiendo debe resolverse en este punto conforme a fórmulas jurídicas que garanticen la posesión pero que no transmitan la titularidad.

⁵⁴ El art. 6.5 LP Canarias 2003, efectivamente, permite los usos alojativos turísticos ubicados fuera de la zona de dominio público marítimo-terrestre de titularidad estatal y de la zona de servidumbre de protección, aunque los dota de un carácter excepcional. El art. 30 LP Cataluña 1998, tras permitir las ocupaciones y utilizaciones que se destinen a residencia o habitación, remite a la legislación estatal aplicable en lo que se refiere a los términos concretos de tal permisión. Finalmente, el art. 16.3 LP Andalucía 2007, admite los usos hoteleros con carácter excepcional, sujetándolos a autorización del Consejo de Gobierno, siempre que no se emplacen en los primeros 20 metros medidos a partir del límite interior de la ribera del mar o del canal del muelle.

forme de Puertos del Estado, levante la prohibición de instalaciones hoteleras en espacios destinados a zonas de actividades logísticas y a usos no portuarios, siempre que no se ubiquen en los primeros veinte metros medidos tierra adentro a partir del límite interior de la ribera del mar o del cantil del muelle⁵⁵.

III. NOTAS DE LAS CONCESIONES DE PUERTOS DEPORTIVOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS PLAZOS CONCESIONALES

La concesión de puertos deportivos viene caracterizada por determinadas notas, tales como que su otorgamiento tiene lugar sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos preexistentes⁵⁶; su transmisibilidad, que se sujeta a autorización de la Administración portuaria y que implica la subrogación del nuevo titular en todos los derechos y obligaciones del transmitente⁵⁷; la posibi-

⁵⁵ *Vid.*, art. 94. 3 y 4 LREP.

⁵⁶ *Vid.* arts. 17 LP Murcia 1996, 82.2 LP Cataluña 1998, 46.2 LP Canarias 2003 y 67.3 LP Baleares 2005.

⁵⁷ *Vid.*, art. 16 Decreto 236/1986, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Portuarias del País Vasco; Condición Segunda de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para otorgar concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia y arts. 21.1 LP Murcia 1996, 62 LP Cataluña 1998, 79 LP Baleares 2005 y 39 LP Andalucía 2007. En la normativa autonómica se ha establecido, además, el derecho de tanteo y retracto en favor de la Administración (art. 21.1 LP Murcia 1996⁵⁸, Condición Segunda de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para otorgar concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia; art. 62 LP Cataluña 1998; art. 45 LP Canarias 2003; art. 19 LP Andalucía 2007). Las leyes de Murcia y Andalucía prevén también la posibilidad de que los causahabientes de la persona concesionaria se subroguen *mortis causa* en el título, previa autorización administrativa en el plazo de un año, transcurrido el cual sin que se haya presentado la solicitud o sin manifestación expresa, se entiende que se renuncia a la subrogación en la concesión, produciéndose la extinción del título (arts. 21.4 LP Murcia 1996 y 28 LP Andalucía 2007). Por lo demás, el art. 209 LCS supedita la cesión de los derechos y obligaciones dimanantes de los contratos del sector público siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato y que se cumplan, a su vez, los siguientes requisitos: a) que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión; b) que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del

lidad de que sobre las mismas se constituyan hipotecas u otros de derechos de garantía, previa autorización administrativa⁵⁸; la realización de su ejecución a riesgo y ventura del concesionario, quien de esta manera, asume los riesgos económicos derivados de la explotación⁵⁹; su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad⁶⁰.

La indivisibilidad de las concesiones se establece expresamente en los arts. 55.3 LP Canarias 2003 y 39 LP Andalucía 2007⁶¹. En el resto de los supues-

contrato; c) que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar; d) que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública. En estos supuestos el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

⁵⁸ Arts. 21.2 LP Murcia 1996, 62 LP Cataluña 1998, 45 LP Canarias 2003, 45 LP Cantabria 2004, 79 LP Baleares 2005, 28 LP Andalucía 2007 y Condición Tercera de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para otorgar concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia. Para el contrato de concesión de obra pública, el art. 228.f) LCSP, por su parte, establece el derecho del concesionario a hipotecar la concesión en las condiciones establecidas en la Ley, previa autorización del órgano de contratación.

⁵⁹ Con carácter general para todos los contratos del sector público, *vid.*, art. 199 LCSP y en especial, para los contratos de concesión de obras públicas, arts. 214 y 225 LCSP (y en este sentido y para los contratos de concesión de obras públicas portuarias, art. 126 LREP). En la legislación autonómica, expresamente hacen mención al principio de riesgo y ventura los arts. 34.2 LP Cantabria 2004 y 76.3 LP Baleares 2005.

⁶⁰ En la legislación autonómica el tratamiento de la publicidad registral es diverso desde el punto de vista de la obligatoriedad de la inscripción de las concesiones en el Registro de la Propiedad. En este sentido, la establecen como obligatoria los arts. 20 LP Murcia 1996, 51.5 LP Cataluña 1998, 57 LP Canarias 2003, 41.5 LP Cantabria 2004; por el contrario, el art. 80 LP Baleares 2005, la contempla como mera posibilidad. El art. 38 LP Andalucía 2007 la ha previsto como obligatoria, si bien sólo hace referencia a la concesión de obra pública, lo que en mi opinión ha sido un olvido del legislador andaluz que si bien ha tenido presente la nueva Ley de Contratos del Sector Público en gran parte del contenido de la Ley reguladora de los puertos, en este aspecto concreto no la ha adaptado (lo demuestra el antecedente legislativo directo, puesto que el art. 20 de la Ley de Puertos Deportivos de Andalucía de 1988, establecía el carácter obligatorio de la inscripción de la concesión de puertos deportivos, por parte del titular de la misma, en el Registro de la Propiedad).

⁶¹ La Ley andaluza, nuevamente, restringe esta declaración a las concesiones de obra pública portuaria, olvidándose también en esta ocasión, de extenderla a las concesiones de servicio público, de acuerdo con el nuevo régimen de las concesiones de puertos deportivos que debe concluirse tras la nueva regulación introducida por la LCSP.

tos, de acuerdo con lo establecido en el art. 71.1 LC que a estos efectos es el único precepto que puede encontrarse en la legislación estatal supletoria, la divisibilidad es la regla general, siempre que la concesión se haya otorgado para una pluralidad de usos con instalaciones separables y previa la autorización de la Administración concedente. Es en este sentido es en el que parece deben interpretarse los arts. 15 LP Murcia 1996 y 100 LP Cataluña 1998 que, por otra parte y desde la perspectiva de la posible cesión de los elementos separables de la concesión, se ajusta a la posibilidad, contemplada en el art. 209 LCSP –ya citado en nota anterior–, de que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato se cedan por el adjudicatario en las condiciones igualmente señaladas⁶². De ahí que, en la diversa legislación autonómica se haya dispuesto la posibilidad –incluso compatible con el carácter indivisible de la concesión, en el caso de la Ley andaluza– de ceder elementos portuarios, cuestión que entra directamente en conexión con uno de los elementos clave en la realidad de las instalaciones náutico-deportivas: el régimen de los amarres y las posibilidades de ceder los derechos de uso sobre los mismos. Por el especial tratamiento que merece esta materia, y como se ha adelantado, le dedicaremos especial atención en páginas posteriores.

Dada la naturaleza de las concesiones que nos ocupan, en principio y en cuanto contratos de concesión de obras públicas o de gestión de servicios públicos, según corresponda, la regulación que de los mismos se haga en la legislación sectorial de puertos, habrá de estar a los plazos máximos fijados por la legislación básica estatal, que se establecen en los arts. 244 y 254, respectivamente, de la LCSP y que se concretan en el plazo máximo de cuarenta años para los contratos de concesión de obras públicas y de cincuenta o veinticinco

⁶² De acuerdo con el art. 15 LP Murcia 1996, *La celebración de contratos entre el concesionario y otra persona física o jurídica para la gestión de la concesión, o parte de ella, deberán ser sometidos a aprobación de la Consejería de Política Territorial y Obras Públicas, que los denegará si del perfeccionamiento pudiera derivarse la división (sic) efectiva de aquella o suponga menoscabo para la explotación.* Por su parte, el art. 100 LP Cataluña 1998 establece lo siguiente:

1. *El concesionario inscribirá la concesión en el Registro de la Propiedad, junto con el reglamento de explotación y el régimen jurídico de la comunidad de usuarios de la marina interior, con indicación de los elementos en que se divide, las zonas de instalaciones y de edificaciones, los puntos de amarre y la superficie de agua abrigada de cada una, distinguiendo, a estos efectos, los amarres destinados a la cesión de uso permanente de los que se reservan al tránsito y el coeficiente que corresponde a cada unidad de reparto de gastos, según los criterios establecidos en el reglamento.*
2. *Las transferencias de los derechos de uso de las diferentes unidades de reparto se formalizará mediante escritura pública, que será inscrita en el Registro de la Propiedad.*

para los de gestión de servicios públicos, según que el contrato comprenda, o no, respectivamente, la ejecución de obras. Ahora bien, la legislación sectorial en este punto viene también marcada por la naturaleza del espacio en el que se asientan los puertos. En este sentido, la legislación de costas limita a treinta años los plazos de las concesiones que se otorguen en el dominio público marítimo-terrestre adscrito⁶³, plazo al que inicialmente se estaba en la legislación sectorial de puertos.

Sin embargo, tanto en el ámbito estatal como autonómico, mediante la incorporación de los plazos máximos de los contratos de concesión de obra pública, la legislación sectorial, bien de forma expresa, bien mediante remisiones normativas, viene tomando como referente el plazo, mayor, establecido en la legislación básica de contratos, obviándose, no sin excepciones, los plazos limitados por la legislación de costas. En este punto debe señalarse que, a la luz del TRLCAP, las concesiones de puertos deportivos, ya tuvieran por objeto la construcción o explotación o únicamente la explotación del puerto, debían caracterizarse como contratos de concesión de obras públicas, por lo que el plazo que se ha tomado en los supuestos señalados como referencia es el máximo de cuarenta años establecido en el art. 263 TRLCAP –veinte en el caso de concesiones de explotación–.

En este sentido, la legislación estatal de puertos, en la reforma que supuso la LREP, fijó en cuarenta años el plazo máximo de la nueva figura de la concesión de obras públicas portuarias que introduce el art. 126 LREP. Esta regulación que, como puede apreciarse, supone la toma en consideración de un plazo distinto al establecido en la legislación de costas y no obstante el carácter de dominio público marítimo-terrestre de los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal expresado en el art. 4.11 LC, encuentra su justificación en la remisión que el propio precepto realiza en favor de la legislación específica de puertos, separando, por tanto, su régimen del que se establece en la LC. De ahí que el límite del plazo establecido en el art. 49 LC, citado, únicamente pueda predicarse en relación a los puertos de titularidad autonómica en tanto que consumidores de dominio público adscrito.

⁶³ De acuerdo con lo establecido en la LC, los plazos de las concesiones que se otorguen para la utilización del dominio público marítimo-terrestre no podrán exceder de treinta años, limitación de carácter general que expresamente se extiende en relación a las concesiones que se otorguen en los bienes adscritos (*vid.*, arts. 66.2 y 49.1 LC).

Cuestión distinta es la modificación implícita que, de la legislación de costas, pueda suponer la regulación introducida por leyes autonómicas. Por razonable que pueda parecerlos desde el punto de vista de la recuperación de las inversiones, entiendo que dicha regulación desconoce, con escaso sustento legal, el límite insoslayable que supone el plazo de treinta años a que sujeta el art. 49 LC las concesiones que se otorguen en los bienes adscritos. En la normativa autonómica pueden identificarse cuatro situaciones diferenciadas.

- a) Una primera línea parte de la limitación que a este respecto fija la legislación de costas, estableciendo, pues, como límite del plazo concesional, el de treinta años. Tras la derogación de la LPDA, que establecía este límite para las concesiones, por la LP Andalucía 2007, únicamente puede citarse en este primer grupo a la normativa valenciana⁶⁴.
- b) En una segunda dirección, el art. 52 LP Cataluña 1998 se remite a la *legislación aplicable al dominio público portuario* en lo que hace al plazo máximo de las concesiones de puertos que, para el contrato de concesión de obras portuarias, se fija en cuarenta años en el art. 126 LREP para el contrato de concesión de obras portuarias.
- c) Un tercer grupo, representado por las leyes de las Comunidades Autónomas de Murcia y Cantabria, toma como referencia el plazo máximo establecido en la legislación básica de contratos. El art. 36 LP Cantabria 2004 determina que el plazo de las concesiones no podrá exceder de cuarenta años, previa remisión del régimen jurídico de dichas concesiones al previsto en la legislación de contratos. Por su parte, el art. 12 LP Murcia 1996, sin expresarse el límite concreto, se remite, sin más, a la legislación básica estatal reguladora del contrato de concesión de obra pública. Estas remisiones deben reinterpretarse de acuerdo con la nueva regulación introducida por la LCSP, por lo que en el caso de que la concesión tuviera por objeto únicamente la explotación del puerto, habrá de estarse a los plazos máximos establecidos para el contrato de gestión de servicios públicos señalados más atrás.
- d) Finalmente, las leyes balear y andaluza, si bien se remiten a la legislación de contratos, lo hacen dejando a salvo las limitaciones impuestas por la legislación de costas, por lo que, en relación a las concesio-

⁶⁴ *Vid.*, Condición Primera de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para otorgar concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia.

nes de puertos deportivos, en cuanto dominio público estatal adscrito, se llega necesariamente a la conclusión de que su plazo máximo es el de treinta años determinado en el art. 49 LC. En este sentido, el art. 68.1 LP Baleares 2005, establece que *el plazo de las concesiones otorgadas en espacios de servicio portuario, no incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, se rige por la legislación de contratos de las administraciones públicas*. Por su parte, a idéntico resultado, cabe llegar de la lectura del art. 36.1 LP Andalucía 2007, a cuyo tenor, *las concesiones de construcción y explotación de obras públicas portuarias se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder del plazo máximo fijado en la legislación básica estatal para el contrato de concesión de obra pública, con las especialidades que resulten en materia de dominio público marítimo-terrestre portuario*. La referencia, en exclusiva, al contrato de concesión de obra pública, sin embargo, ha de ser interpretada de acuerdo con la legislación estatal básica, debiendo tenerse presente el límite establecido para los contratos de gestión de servicios públicos señalados más atrás.

En definitiva, como puede comprobarse, parte de la legislación sectorial, bajo la cobertura de la remisión a la legislación básica reguladora del contrato de obras públicas, ha determinado unos plazos que, a mi entender, no siempre son respetuosos con la legislación reguladora del dominio público marítimo-terrestre, especial respecto a la general de contratos, por lo que cabalmente al límite máximo permitido por esta última debe estarse. Cuestión distinta sería un posible replanteamiento de los plazos máximos previstos en la legislación de costas, que podría ser razonable desde la perspectiva de la recuperación de las inversiones realizadas –como parece haberse entendido en el ámbito de los puertos de titularidad estatal–. Ello, sin embargo, pasaría por una reconsideración de dichos plazos máximos por parte del legislador del Estado, en cuanto titular del dominio público marítimo-terrestre en el que necesariamente se asientan los puertos deportivos⁶⁵.

⁶⁵ En este sentido debe recordarse la STC 149/1991, de 4 de julio, recaída en relación a los recursos de inconstitucionalidad planteados contra la LC, en la que el Tribunal Constitucional rechaza la tacha de inconstitucionalidad realizada respecto al art. 49.1, en el que se limita el plazo de las concesiones otorgadas en los bienes adscritos *porque al establecer que el plazo de las concesiones que se otorguen en los bienes adscritos no podrá ser superior a treinta años, el precepto se limita a recordar la regla general que impone el art. 66.2 de la Ley de Costas que no ha sido impugnado, y que en cualquier caso refleja una determinación legislativa que corresponde a la competencia exclusiva del Estado para regular el régimen jurídico del dominio público marítimo-terrestre*.

Los plazos, con carácter general, pueden ser prorrogados hasta el límite del plazo máximo establecido. En el caso de la concesión de servicios públicos, la legislación básica de contratos no restringe esta posibilidad a requisitos especiales, más allá de su necesaria fijación en el pliego de cláusulas administrativas particulares⁶⁶. Por el contrario, en relación a los contratos de concesión de obras públicas, el art. 244.2 LCSP limita la posibilidad de prorrogar los plazos fijados en los pliegos a que concurran las causas previstas en los arts. 225 (supuestos de retraso en la ejecución de la obra debido a fuerza mayor o a causa imputable a la Administración concedente) y 241.3 LCSP (supuestos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato). La legislación autonómica, en algún caso –e igualmente la estatal reguladora de los puertos de interés general–, ha hecho referencia a la posibilidad de prórroga, respetando los límites de la legislación básica de contratos, bajo cuyos nuevos criterios debe interpretarse aquella legislación⁶⁷.

Junto a la prórroga, la legislación autonómica ha contemplado también la posibilidad de continuación de la explotación más allá del plazo establecido en el título concesional. Son en este sentido similares las previsiones contenidas en las leyes de puertos de Murcia, Cataluña, Canarias, Baleares y Andalucía, que permiten al concesionario que desee continuar la explotación que solicite a la Administración portuaria, una vez transcurridas las dos terceras partes del plazo concesional, la adjudicación de una nueva concesión administrativa, en cuyo caso y siempre que la Administración no opte por alguna forma de gestión directa, se anunciará en el Diario Oficial correspondiente la formalización de la solicitud, de modo que otros interesados puedan presentar la correspondiente solicitud, convocándose, en este supuesto, concurso entre los solicitantes en el que se otorgará derecho de tanteo al concesionario, siempre que no hu-

⁶⁶ Art. 254 LCSP.

⁶⁷ La LP Andalucía 2007, en lo que hace a los contratos de concesión de obras públicas, en el art. 36 se remite, de forma expresa, a la legislación de contratos. Desde esta perspectiva de la obligada observancia de la legislación básica estatal debe leerse el art. 26 LP Murcia 1996, que condiciona la posibilidad de prórroga a su previsión en el título de otorgamiento. Y en este sentido debe interpretarse también el art. 36 LP Cantabria que, de acuerdo con lo que establecía el art. 263 TRLCAP, determina la posibilidad de prorrogar el contrato de concesión de obra pública portuaria *hasta los sesenta años como máximo para restablecer el equilibrio económico del contrato, o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en el que los derechos de crédito del concesionario hubieran sido objeto de titulación*. En sentido similar, el art. 126.8 LREP.

biera incurrido en incumplimiento de las cláusulas concesionales, que hubiera gestionado satisfactoriamente la instalación durante el plazo de la concesión y se hubiera procedido a corregir, en su caso, las deficiencias observadas por la Administración, en la forma y en los plazos indicados por ésta⁶⁸.

IV. EL OTORGAMIENTO DE LA CONCESIÓN. ASPECTOS PROCEDIMENTALES E IMPLICACIONES URBANÍSTICAS Y AMBIENTALES DE LOS PROYECTOS

Con carácter general, la normativa autonómica ha regulado los procedimientos de preparación y adjudicación de la concesión de puertos deportivos, por lo que a este respecto debe estarse a lo establecido en dicha normativa que, no obstante ha de ser revisada a la luz de la nueva regulación de los contratos del sector público, y en concreto, de los contenidos de los Libros II (Preparación de los contratos) y III (Selección del contratista y adjudicación de los contratos) LCSP. La exposición del procedimiento de otorgamiento de la concesión resultaría excesivamente prolija y por las lógicas limitaciones de extensión, en el presente trabajo me ceñiré a exponer aquellos aspectos peculiares que afectan a las concesiones de puertos deportivos y que pueden merecer una especial consideración.

De acuerdo con ello, resulta de interés señalar que la iniciación del procedimiento, que puede tener lugar mediante solicitud del interesado, conlleva, en todo caso, la observancia del régimen de publicidad de los procedimientos de adjudicación previsto en la LCSP que, a estos efectos, permite que se sustituya la publicidad en el Boletín Oficial del Estado por la que se realice en el Diario Oficial autonómico⁶⁹. Ello implica pues, que si se presenta una solicitud, la Administración viene obligada a tramitar el correspondiente procedimiento de adjudicación, tal y como expresamente se prevé en algunas leyes autonómicas⁷⁰. En este sentido deben interpretarse algunas leyes autonómicas que han reducido, en los supuestos de presentación de solicitudes, la tramitación en régimen

⁶⁸ *Vid.*, arts. 26 LP Murcia 1996, 68 LP Cataluña 1998, 61 LP Canarias 2003, 83 LP Baleares 2005, 37 LP Andalucía 2007.

⁶⁹ *Vid.* art. 126 LCSP.

⁷⁰ Arts. 7.1 LP Murcia 1996 y 74 LP Baleares 2005.

de competencia a la circunstancia de que las solicitudes sean incompatibles entre sí⁷¹, o aquellas otras en las que simplemente se guarda silencio sobre esta cuestión o se alude, sin más, a la iniciación mediante solicitud del particular⁷².

Dada la confluencia de intereses jurídicamente protegibles que convergen en esta materia, en el procedimiento de otorgamiento de concesiones habrán de recabarse, en aras de la debida coordinación administrativa, los informes necesarios que hayan de emitir otros órganos y Administraciones que hayan de pronunciarse en virtud de las competencias que les corresponda. Es así que para los contratos de concesión de obras públicas, la LCSP establece, entre los contenidos del estudio de viabilidad previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, entre otros datos, análisis, informes o estudios, los que afectan al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico y el estudio de impacto ambiental, cuando sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente —en otro caso, se exige un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias—⁷³.

En esta línea, la normativa autonómica, en términos generales, ha previsto como trámites del procedimiento de otorgamiento de las concesiones, informes de los organismos competentes en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo. A estos informes deberán sumarse los de otros organismos con competencias en el espacio que vienen llamados a ocupar los puertos⁷⁴, en especial, el ya conocido informe por el que se adscribe el dominio público marítimo-terrestre y otros que la legislación autonómica, en general, expresamente hace referencia⁷⁵. En este sentido, la LP Murcia 1996 establece

⁷¹ *Vid.* arts. 50 LP Cataluña 1998 y 55.1 LP Canarias 2003.

⁷² Es el caso del art. 34.3 LP Cantabria 2004

⁷³ *Vid.*, art. 112 LCSP. Como posteriormente expondré, en esta materia es exigible la evaluación de impacto ambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos.

⁷⁴ En este sentido, la STS 19 febrero 1986 anuló el acto de otorgamiento de una concesión por separarse del informe desfavorable del órgano competente en materia de navegación.

⁷⁵ *Vid.*, arts.10 LP Murcia 1996, 5.2 LP Cantabria 2004, 44 LP Cataluña 1998, 56.2 LP Canarias 2003, 17 LP Baleares 2005.

la necesidad de informe de los siguientes organismos: Consejerías competentes en materia de medio ambiente, pesca y deportes, en sus respectivos casos, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Ayuntamiento en cuyo término se pretenda desarrollar el objeto de la concesión; órgano competente de la Administración del Estado en materia de navegación; Ministerio de Defensa, si se trata de usos y zonas concretas sobre las que previamente se haya establecido, por razones de seguridad o defensa nacional, la necesidad de informe previo; Cofradías de pescadores afectadas y en general, el informe de otros organismos cuando se estime conveniente⁷⁶. Por su parte, la LP Cataluña 1998 establece la necesidad de informe de los departamentos de la Generalidad de Cataluña competentes por razón de la materia, en función de las actividades a desarrollar en el puerto de nueva construcción, de los entes locales en cuyo ámbito territorial se prevé la construcción del puerto y de los órganos de la Administración del Estado competentes en materia de defensa y de marina mercante, en las cuestiones propias de su competencia⁷⁷. Más genéricamente, la LP Andalucía alude a los informes de las Administraciones afectadas⁷⁸.

A la necesidad de adecuación al planeamiento urbanístico de los proyectos de construcción o ampliación de puertos deportivos se ha dedicado una especial atención en la legislación autonómica que, en general, establece como trámite del procedimiento el informe preceptivo municipal y, en caso de que la construcción o ampliación del puerto no esté prevista en el planeamiento urbanístico, determina la consecuente modificación o revisión de este⁷⁹. Además, la legislación autonómica que ha previsto planes sectoriales de puertos, exige la necesaria adecuación a estos de los proyectos de puertos⁸⁰. Desde el punto de vista de la materia que en este momento nos ocupa, es también exigible la pre-

⁷⁶ Art. 9.2 LP Murcia 1996.

⁷⁷ Art. 43 LP Cataluña 1998.

⁷⁸ Art. 7.1 LP Andalucía 2007.

⁷⁹ Arts. 17 LP Baleares 2005, 42 LP Cataluña 1998, 16 a 18 LP Canarias 2003, 21 LP Cantabria y 7 LP Andalucía 2007.

⁸⁰ En términos variables, se concreta el principio de compatibilidad con la planificación sectorial los arts. 4 LP Murcia 1996, 42.1 LP Cataluña 1998, 8.1 LP Canarias 2003, 8 LP Cantabria 2004, 8 ss. LP Baleares 2005 y 9.6 LP Andalucía 2007.

ceptiva licencia urbanística una vez que el mar ha sido transformado físicamente en suelo⁸¹.

La protección del medio ambiente es también uno de los principios que van a verse reflejados en la regulación del procedimiento de otorgamiento de las concesiones de puertos deportivos, y no exclusivamente desde la perspectiva de la exigencia de la evaluación del impacto que pudieran causar que, como ya se ha apuntado, se impone desde la propia LCSP y así se ha reflejado también en la normativa autonómica. Las determinaciones por razones ambientales se han incluido en la legislación autonómica al hilo de la regulación del procedimiento de otorgamiento de la concesión. La ley más reciente, la LP Andalucía 2007, sin embargo, ha dedicado un Título V a los puertos y al medio ambiente, con vocación, por tanto, de proporcionar una regulación de carácter más general. Sin embargo, tras una atenta lectura de estos preceptos, se

⁸¹ La conflictividad en este punto ha sido tradición en nuestra costa. No sólo en el ámbito de los puertos deportivos, sino también en el de los puertos de interés general y en el del dominio público marítimo-terrestre. Justamente en relación a los puertos deportivos, se ha sentado una doctrina jurisprudencial que ha distinguido, desde perspectiva de la necesidad de la licencia municipal, una doble fase en la construcción del puerto, negando la competencia municipal para exigir licencia urbanística en los casos de terrenos a ganar al mar antes de que este sea transformado físicamente, entendiendo que la competencia municipal en relación tanto al planeamiento como a la ejecución de este y al otorgamiento de licencias de edificación, va referida exclusivamente a la edificación y uso del suelo. Y es claro que el mar litoral no es suelo antes de ser transformado físicamente, de ahí que puedan negarse las competencias municipales referidas a los actos de edificación y uso del suelo, cuando este no existe (por todas SSTS 20 noviembre 1984, 4 noviembre 1985, 28 febrero 1986, 19 de junio de 1987 4 abril 1990, 25 febrero 1992, 30 septiembre 1992, 24 enero 1997, 30 mayo 1997, 15 junio 1999 y SSTSJ País Vasco 18 enero 2002). En la doctrina, y en relación a los aspectos urbanísticos de los puertos, en general, pueden verse los trabajos de ALMENDROS MANZANO, A.M., “La consideración urbanística de los puertos estatales en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante”, *RAP* NÚM. 130, 1993; BOQUERA OLIVER, J.M., “La edificación en los puertos”, *REDA* núm. 80, 1993. Por lo que respecta a los puertos deportivos, es de obligada referencia el trabajo de ROMERO HERNÁNDEZ, F., “Régimen urbanístico de la construcción de Puertos Deportivos”, *RAP* núm. 120, 1989. En lo que concierne a los aspectos de ordenación territorial y sectorial, pueden verse los trabajos de GARRIDO ROSELLÓN, J.E., “La ordenación portuaria de la zona de servicio en los puertos del Estado. El Plan de utilización de los espacios portuarios”, *RDU* núm. 145 bis, 1995; JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., “Los puertos en el territorio: la constitucionalidad de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante”, *RDU* núm. 160, 1998 y “La ejecución de obras en la zona de servicio de los puertos de interés general”, *RDU* núm. 145 bis, 1995; RIVAS ANDRÉS, R., “En el interior de los puertos el “plan de utilización de espacios portuarios” no puede sustituir al “plan especial” urbanístico”, *RDU* NÚ. 196, 2002.

observa cómo, en su mayoría, realmente regulan exigencias ambientales a garantizar al hilo de la tramitación de este proyecto. No obstante, debe destacarse el principio general de desarrollo sostenible que según el art. 66 ha de informar la programación y construcción de nuevos puertos y la inclusión, en el art. 69, de las obligaciones del concesionario en relación con el medio ambiente, a las que haré cumplida referencia con posterioridad.

En este contexto, es exigible, en lo que se refiere a la construcción de puertos deportivos, la evaluación de impacto ambiental de acuerdo con el art. 3.1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. En el peculiar sector que nos ocupa, ha de tenerse presente que se sujetan a evaluación de impacto ambiental, además de los proyectos de puertos deportivos y según lo establecido en el Anexo I de dicho Real Decreto, los dragados marinos para la obtención de arena, cuando el volumen a extraer sea superior a 3.000.000 de metros cúbicos/año así como las *obras marítimas que puedan alterar la costa, por ejemplo, por la construcción de diques, malecones, espigones y otras obras de defensa contra el mar, excluidos el mantenimiento y la reconstrucción de tales obras, cuando estas estructuras alcancen una profundidad de, al menos, 12 metros con respecto a la bajamar máxima viva equinoccial*⁸².

Las previsiones de carácter ambiental de la legislación autonómica de puertos tienen que ver, en su mayor parte, con las técnicas de prevención ambiental. En este sentido, la Ley catalana, además de exigir, entre los contenidos del anteproyecto o del proyecto básico, que han de adjuntarse a la solicitud de concesión, un estudio de impacto medioambiental y un estudio de dinámica litoral, prevé la remisión del expediente al órgano ambiental competente para la elaboración de la declaración de impacto ambiental⁸³. Entre los contenidos del

⁸² La falta de Evaluación de Impacto Ambiental, en los supuestos legalmente exigidos y consiguientemente la falta de intervención de la autoridad medioambiental determinan de por sí, de acuerdo con la STSJ Baleares 21 diciembre 2001, la imposibilidad de conceder la autorización interesada. La evaluación es exigible también si se modificara el proyecto original (en este sentido, la STSJ Baleares 9 abril 2002 anuló el acto de aprobación de un proyecto modificado –para cumplir las prescripciones que se establecía en el informe estatal de adscripción– de ampliación un puerto deportivo por no haberse realizado un nuevo Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental, distinto al que acompañó al primer proyecto) y no es susceptible de ser sustituida por otra clase de estudio ambiental (STSJ Baleares 9 abril 1999).

⁸³ *Vid.* arts. 41.3 y 47 LP Cataluña 1998.

estudio de viabilidad previo a la decisión de construir y explotar un puerto que exige la Ley cántabra, por su parte, debe citarse el estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente, debiéndose realizar, en otro caso, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias⁸⁴. Más genéricamente, la Ley andaluza somete el proyecto de construcción o ampliación de un puerto al correspondiente procedimiento de prevención y control ambiental, *de acuerdo con la legislación aplicable*⁸⁵. En relación a las obras de dragados, se encuentran referencias a su sometimiento a técnicas de prevención ambiental en las leyes cántabra y andaluza⁸⁶.

Pero la legislación autonómica también ha pensado en la protección ambiental desde otras perspectivas. Así, las leyes de Murcia y Andalucía han previsto la posibilidad de que, por razones ambientales y también urbanísticas, se determinen en los instrumentos de ordenación territorial, urbanística y ambiental, zonas de exclusión, niveles de protección que deberán incorporar las obras e instalaciones nuevas al objeto de asegurar el uso racional de los recursos naturales, la debida conservación de los ecosistemas costeros, la integración de las obras e instalaciones en el medio físico, la armonización del paisaje y la compatibilidad con los sistemas generales, y demás determinaciones urbanísticas⁸⁷. Es de señalar el orden de prioridades con arreglo al que se han de desarrollar las iniciativas náutico-deportivas y turísticas que se establece en el art. 4.2 LP Murcia, inspirándose en el principio del fomento de aquellas iniciativas que menor impacto causan en el litoral⁸⁸. Este mismo principio será el que inspire el contenido del art. 40.2 LP Cataluña 1998, en cuya virtud, *las solicitudes*

⁸⁴ Art. 35 LP Cantabria 2004.

⁸⁵ Art. 7.1 LP Andalucía 2007.

⁸⁶ *Vid.*, arts. 20 LP Cantabria 2004 y 71 LP Andalucía 2007, en los que también se hace referencia a la intervención preceptiva del órgano competente de la Administración del Estado.

⁸⁷ Arts. 4.1 LP Murcia 1996 y 67 LP Andalucía 2007.

⁸⁸ El precepto señala el siguiente orden de prioridades:

1. *Zonas de uso náutico-deportivo en puertos existentes.*
2. *Instalaciones náutico-deportivas.*
3. *Puertos deportivos con abrigo natural.*
4. *Puertos deportivos con abrigo artificial.*

que se presenten deben justificar que la oferta y la demanda de puntos de amarre existentes en el tramo de costa donde se proyecte construir nuevos puertos es equilibrada, lo que hay que tener en cuenta a efectos de resolver las solicitudes de nuevas concesiones.

V. EL CONTENIDO DE LA CONCESIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LOS AMARRES

1. Potestades de la Administración, derechos y deberes del concesionario

El contenido de la concesión viene constituido por el haz de obligaciones, derechos y potestades de las partes del contrato, que han de definirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares⁸⁹ y reflejarse, al propio tiempo, en el título concesional⁹⁰.

En general, a la Administración corresponden las potestades enumeradas en el art. 194 LCSP en cuya virtud, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de *interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*. A las prerrogativas señaladas han de sumarse las que, para el contrato de concesión de obras públicas determina el art. 232 LCSP, entre las que interesa destacar las siguientes: restablecer el equilibrio económico de la concesión a favor del interés público⁹¹; acordar la resolución de los contratos; establecer las tarifas máximas por la utilización de la obra pública; vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, a cuyo efecto podrá inspeccionar el servicio, sus obras, instalaciones y locales, así como la documentación, relacionados con el objeto de la concesión⁹²; asumir la explota-

⁸⁹ Art. 99 LCSP.

⁹⁰ En este sentido, arts. 12 LP Murcia 1996, 53 LP Cataluña 1998, 56.3 LP Canarias 2003 y 77 LP Baleares 2005.

⁹¹ Para el contrato de gestión de servicios públicos, el régimen de esta prerrogativa se regula en el art. 258 LCSP.

⁹² La normativa autonómica de puertos se ha ocupado, en especial, de determinar el contenido de las facultades de inspección y policía que corresponden a la Administración, estableciéndose, en general, que comprende las atribuciones de acceso a las obras, construcciones, ins-

ción de la obra pública en los supuestos en que se produzca el secuestro de la concesión⁹³; imponer al concesionario las penalidades pertinentes por razón de los incumplimientos en que incurra; ejercer las funciones de policía en el uso y explotación de la obra pública en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica⁹⁴; imponer con carácter temporal las condiciones de utilización de la obra pública que sean necesarias para solucionar situaciones excepcionales de interés general, abonando la indemnización que en su caso proceda.

Por lo que respecta a las obligaciones del concesionario, ha de estarse a lo que al respecto dispone la LCSP en relación a los dos tipos de concesiones que nos ocupan, la de obra pública y la de gestión de servicios públicos. Al propio tiempo, la legislación sectorial añade una serie de obligaciones específicamente pensadas para las concesiones portuarias.

En este sentido, son obligaciones del concesionario de obra pública las que se establecen en los arts. 229 y 230 LCSP: ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato; explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el con-

talaciones, servicios, documentación (administrativa, financiera, contable, etc.); de acceso a los terrenos de propiedad privada donde deben hacerse las comprobaciones y actuaciones correspondientes; de comprobación del cumplimiento de las condiciones y la normativa aplicable; de levantamiento de actas de denuncia que se formulen en la materia. Deben verse a este respecto los arts. 32 y 34 LP Murcia 1996, 101 LP Cataluña 1998, 62 LP Cantabria 2004, 106 y 107 LP Baleares 2005, 72 LP Andalucía 2007, 15 Ley 5/1994, de 29 de noviembre, de creación del ente público Puertos de Galicia, 5 Decreto 236/1986, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Portuarias del País Vasco y Condición noventa de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para otorgar concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia.

⁹³ El secuestro de la concesión, previsto para aquellos supuestos en los que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación, se regula en el art. 234 LCSP, precepto al que, por motivos de extensión, me remito.

⁹⁴ La potestad de policía sobre el servicio se atribuye a la Administración en relación a la ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos en el art. 255 LCSP.

trato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación; admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa; cuidar del buen orden y de la calidad de la obra pública, y de su uso, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al órgano de contratación; indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables de acuerdo con el artículo 198 LCSP; proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo; cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de la obra pública.

En los supuestos en los que la concesión tenga por objeto únicamente la explotación del puerto, y por tanto, la concesión tenga naturaleza de contrato de gestión de servicios públicos, ha de estarse a las determinaciones de los arts. 255 y 256 LCSP, a cuyo tenor, el contratista viene obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación; a prestar el servicio con la continuidad convenida; a garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecida; a cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones; a indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración; a respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.

Por su parte, las obligaciones del concesionario contempladas en la legislación autonómica de puertos pueden sistematizarse como sigue: cumplir las condiciones del título concesional; gestionar y explotar el puerto; prestar los servicios portuarios de existencia obligatoria y los de existencia opcional que, en su caso, se determinen; realizar, en plazo y de acuerdo con el proyecto, las obras; satisfacer los cánones y tasas que se establezcan; realizar las obras de señalización marítima que correspondan y conservarlas en buen estado; depositar las garantías y fianzas que se establezcan; desarrollar las medidas de pro-

tección ambiental que se determinen⁹⁵; facilitar la información que resulte necesaria a la Administración; reintegrar, al término de la concesión, los terrenos, obras e instalaciones sujetos a reversión; reparar los daños que puedan causarse en la costa; establecer y de mantener los accesos adecuados para el uso público de las zonas de dominio público.

Finalmente, sin perjuicio de dispersas referencias en la legislación autonómica de puertos, el conjunto de derechos del concesionario vienen determinados en la LCSP. En este punto, deben distinguirse, nuevamente, los supuestos en los que la concesión tiene por objeto la construcción y explotación del puerto de aquellos otros en los que su objeto es únicamente la explotación. En el primer caso, ha de estarse a la relación de derechos establecida para el concesionario de obra pública: el derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión; al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 241 LCSP; a utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública; a recabar de la Administración la tramitación de los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten necesarios para la construcción, modificación y explotación de la obra pública, así como la realización de cuantas acciones sean necesarias para hacer viable el ejercicio de los derechos del concesionario, incorporándose los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión al dominio público; a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 209 LCSP y a hipotecar la misma en las condiciones establecidas en la Ley, previa autorización del órgano de contratación en ambos casos; a titularizar sus derechos de crédito; cualesquiera otros que le sean reconocidos por ésta u otras Leyes o por los pliegos de condiciones⁹⁶. En aquellos otros casos en los que el objeto de la concesión es la

⁹⁵ Las leyes catalana y andaluza han regulado obligaciones ambientales específicas, estableciendo la obligación del concesionario de adoptar a su cargo las medidas correctoras y de protección del medio natural y de aplicar el plan de vigilancia ambiental que se fije en la concesión así como la de establecer y mantener a su cargo las instalaciones y maquinaria necesarias para asegurar la calidad de las aguas marítimas en el interior del recinto portuario, de acuerdo con las prescripciones del pliego de condiciones y la legislación sectorial aplicable en materia de protección del medio ambiente (*vid.*, arts. 56 LP Cataluña 1998 y 69 LP Andalucía 2007, añadiendo el primer precepto citado la obligación de disponer de las instalaciones necesarias para la recepción de residuos y aguas de sentinas y la limpieza de aceites, grasas y otros productos contaminantes).

⁹⁶ Art. 228 LCSP.

explotación del servicio, deben tomarse en consideración los derechos del concesionario de servicios públicos: derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración⁹⁷.

En el específico régimen económico financiero de la concesión se inscriben algunos de los derechos y obligaciones del concesionario anteriormente señalados. Del lado de los derechos, compondrían este estatuto, el derecho a percibir la retribución económica prevista en el contrato, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión y el de percibir los ingresos, en su caso, procedentes de la zona comercial vinculada a la concesión. Como obligación económica específicamente prevista en la legislación sectorial, se encuentra la de satisfacer los cánones y tasas por utilización o aprovechamiento especial del dominio público portuario.

Por la utilización de la obra o la gestión del servicio, el concesionario tiene derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución⁹⁸. En este último caso, y para los contratos de concesión de obra pública, el art. 239 LCSP regula las aportaciones que las Administraciones Públicas pueden realizar a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación⁹⁹. Las ta-

⁹⁷ Art. 257 LCSP. Este derecho comprende, a su vez, el de la revisión de dichas prestaciones, que se realizará, de acuerdo con el segundo apartado del precepto citado, en la forma establecida en el contrato. Por lo demás, la contraprestación económica que se perciba de los usuarios, habrá de ajustarse a las tarifas máximas aprobadas por la Administración.

⁹⁸ Los supuestos en los que la Administración viene obligada a restablecer el equilibrio económico del contrato se contemplan en el art. 241 LCSP, al que, por motivos de extensión, me remito. Por lo que hace a la legislación autonómica, a tal derecho se hace referencia en el art. 37.2 LP Cantabria 2004, a cuyo tenor, *la entidad pública empresarial Puertos de Cantabria deberá mantener en todo momento el equilibrio financiero de la concesión en los términos en que fueron considerados para su adjudicación y de acuerdo con lo previsto en la legislación básica estatal*.

⁹⁹ Subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza y ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad. En los arts. 326 y 237 LCSP se regulan, respectivamente, el régimen de financiación de las obras así como las aportaciones públicas a la construcción. Por lo que hace a la legislación autonómica, las prestaciones públicas a la explotación se prevén en

rifas o retribuciones que se perciban de los usuarios, por su parte, también han sido objeto de especial tratamiento en el art. 238 LCSP para los contratos de concesión de obra pública, que dispone, en relación a su percepción, que se hará en la forma prevista en los pliegos particulares y, en cuanto a su fijación, que corresponderá al órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación, la determinación de las tarifas máximas, correspondiendo al concesionario la facultad de fijar tarifas inferiores¹⁰⁰. La mayor parte de las leyes autonómicas de puertos prevén, en efecto, que las tarifas máximas se fijen en el título de otorgamiento, con descomposición de sus factores constitutivos como base para futuras revisiones¹⁰¹.

La utilización o el aprovechamiento especial del dominio público portuario, como se ha señalado, generan la obligación de satisfacer el correspondiente canon, con naturaleza de tasa de la Administración autonómica, en cuanto titular de dicho demanio y que es compatible, en su caso, con el canon por ocupación del dominio público marítimo-terrestre establecido en la legislación de

el art. 37.3 LP Cantabria 2004, en cuya virtud, *la Comunidad Autónoma podrá otorgar al concesionario, a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra, subvenciones al precio, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación desde el inicio de la explotación de la obra, o en el transcurso de la misma, cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. También podrá aportar ayudas directas en los casos excepcionales en los que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.*

¹⁰⁰ El contrato establecerá, en su caso, la forma de revisión de las tarifas (*vid.*, art. 238.3, para los contratos de concesión de obra pública y 257 LCSP, para los de gestión de servicios públicos).

¹⁰¹ Arts. 12 LP Murcia 1996, 53 LP Cataluña 1998, 43 LP Canarias 2003 y 56 LP Baleares 2005. Un régimen más completo puede verse en los arts. 32 y 37 LP Cantabria 2004, en los que, además de establecerse la actualización anual de las tarifas máximas así como los conceptos que deben prever (costes totales de construcción y explotación, incluidos los gastos financieros, porcentaje contable de amortización de los activos y beneficio empresarial), se establece la posibilidad de que las tarifas máximas se recojan en el título concesional, en los pliegos particulares o aprobarse con posterioridad por la entidad pública empresarial Puertos de Cantabria, siempre que se justifiquen su necesidad y conveniencia, posibilidad que entiendo debe interpretarse de acuerdo con lo preceptuado en el art. 238 LCSP que, según se ha señalado, determina que su fijación corresponde al órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. A la potestad administrativa de modificación de las tarifas se hace referencia únicamente en la LP Baleares, en cuyo art. 77.2 se dispone que, en el título de otorgamiento, la Administración *tiene que reservarse la facultad de modificar, en su caso, las tarifas que puede percibir de los usuarios.*

costas. Con carácter general, la legislación autonómica ha regulado el canon de ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, debiéndose estar, en lo no previsto en la legislación sectorial, a la legislación de tasas de correspondiente Comunidad Autónoma¹⁰². La exigibilidad, por su parte, del canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, se deriva del art. 84.6 LC, en cuya virtud, *el canon de ocupación a favor de la Administración General del Estado que devengarán las concesiones que las Comunidades autónomas otorguen en dominio público marítimo-terrestre adscrito para la construcción de puertos deportivos o pesqueros, se calculará según lo previsto en esta Ley y en su normativa de desarrollo*¹⁰³. En todo caso, el art. 104.3 RC aclara que la adscripción de bienes de dominio público marítimo-terrestre a las Comunidades Autónomas no devenga canon a favor de la Administración del Estado y que el canon de ocupación que devenga, en favor de la Administración del Estado las concesiones que las Comunidades Autónomas otorguen en el dominio público marítimo-terrestre adscrito, lo es *sin perjuicio de los que sean exigibles por aquéllas*. No obstante, la exigencia del canon por ocupación del demanio marítimo es desigual, dado que, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional tercera RC, las concesiones que se otorguen en los puertos e instalaciones portuarias que fueron transferidos en su día y que figuren expresamente relacionados en los correspondientes Reales Decretos de traspasos en materia de puertos no devengan el canon de ocupación en favor de la Administración del Estado¹⁰⁴.

¹⁰² En concreto, se regulan elementos esenciales de las tasas, tales como los sujetos obligados, determinación de la cuantía (base imponible, tipo de gravamen), condiciones, devengo, régimen de actualización, exenciones, mejoras o reducciones. *Vid.*, arts. 16 LP Murcia 1996, 58 LP Cataluña 1998, 65 LP Canarias 2003, 44 LP Cantabria 2004, 89 LP Baleares 2005 y 63 LP Andalucía 2007.

¹⁰³ El precepto añade un límite específico para la determinación de la base imponible, disponiendo en tal sentido que a estimación del beneficio que se utilice para obtener la base imponible del canon, en ningún caso podrá ser inferior al 3,33 % del importe de la inversión a realizar por el solicitante.

¹⁰⁴ Discutida la constitucionalidad del art. 84.6 LC, la STC 149/1991, de 4 de julio mantendrá, por una parte que, el que se trate de dominio público adscrito no desnaturaliza la titularidad demanial del mismo, titularidad que es lo determinante para la exigencia del canon que, por otra parte, no supone una doble imposición, puesto que el *legislador puede seleccionar distintas circunstancias que den lugar a otros tantos hechos imponderables, determinantes a su vez de figuras tributarias diferentes*. Así pues, la *previsión de que el canon por ocupación del demanio costero puede coexistir con tasas u otros tributos exigibles por la Administración otorgante de la concesión o autorización no suscita en sí cuestión alguna*.

2. Régimen de los amarres

El derecho del concesionario a explotar la obra o el servicio, en su caso, comprende el de poner a disposición del usuario determinados elementos portuarios, cediendo temporalmente el uso de estos. Entre tales elementos, los amarres se configuran como esenciales en la explotación de los puertos deportivos –así el RPD dispensó a este servicio un tratamiento específico en el art. 12–, aunque el calado de su regulación es variable en la legislación autonómica de puertos. En este sentido, la generalidad de las leyes autonómicas, salvo las Leyes catalana y balear, hacen referencias tangenciales al régimen de los amarres. La LP Baleares dedica una Sección a la regulación del uso de puestos de amarre de embarcaciones de recreo¹⁰⁵.

Como regla general, en la mayoría de las leyes autonómicas se establece el principio de adecuación de la oferta y la demanda de puestos de amarre, principio que debe compatibilizarse, a su vez, con aquellos otros tendentes a brindar la máxima protección al litoral y al ambiente. En esta línea, el art. 63.1 LP Baleares 2005 establece y concreta, como principios que han de informar el régimen de uso de los puestos de amarres, los siguientes: la gestión unificada de la demanda de amarres; el establecimiento de regímenes específicos según el ti-

También se confirmaría la constitucionalidad de este precepto, en esta ocasión por la STC 198/1991, de 17 de octubre, que consideró que lo dispuesto en el art. 104.3 es ajustado a la regulación que sobre el canon de ocupación del dominio público establece el art. 84 LC. Sin embargo, en un supuesto al que le era aplicable la legislación de costas anterior a la LC, la STS 12 diciembre 1997 mantuvo que era a la Comunidad Autónoma a la que correspondía percibir el canon por una concesión de puertos deportivos.

¹⁰⁵ Sección II, del Capítulo III del Título IV (Arts. 63 a 65) LP Baleares 2005. Los preceptos de la Ley balear han de ser complementados con los que se contienen en el Decreto 61/2001, de 20 de abril, sobre procedimiento y régimen de autorizaciones temporales para las embarcaciones de recreo no profesionales en las instalaciones portuarias gestionadas directamente por la Administración de la Comunidad, que se regula, por tanto, el régimen de los amarres en los puertos de gestión directa. En esta misma línea deben citarse la Resolución de 29 de diciembre de 2003, de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras, por la que se hacen públicas y aprueban aprueba las normas para la asignación de amarres en los puertos cuya gestión corresponde a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y la Orden de 20 de abril de 2004, del Departamento de Transporte y Obras Públicas, por el que regula el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones temporales de uso de puestos de amarre por los titulares de embarcaciones de recreo no profesionales en los puertos e instalaciones portuarias titularidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi, a las que se hará cumplida referencia con posterioridad.

po de embarcación y los periodos de utilización efectiva de amarres; el favorecimiento de la utilización de las dársenas de dique seco; el fomento de los usos a tiempo compartido; la implantación efectiva de medidas de control medioambiental.

Y todo ello debe articularse desde la perspectiva, a su vez, de la garantía del servicio, pues la puesta a disposición de los amarres constituye una prestación de necesaria recepción por parte de los usuarios del puerto, de ahí su doble naturaleza de derecho-obligación del concesionario que al tiempo se corresponde con un derecho del usuario del servicio. Esta idea es la que ha hecho, como se expuso en páginas anteriores, que la legislación tradicional de puertos deportivos y actualmente la legislación autonómica de puertos, busque mecanismos tendentes a garantizar la prestación del servicio.

En este sentido, el art. 12.1 RPD, anteriormente transcrito, prohíbe los usos exclusivos de amarre, determinando su naturaleza de derecho de uso preferente, precedente que ha sido seguido por la legislación autonómica¹⁰⁶ que, al tiempo, exige la reserva de puestos de amarre para embarcaciones transeúntes¹⁰⁷, siguiendo la pauta establecida en el art. 12.2 RPD que a estos efectos, distingue entre amarras de tránsito y amarras de base, determinando el porcentaje mínimo de cada una en función del tipo de puerto, de base o de escala, de que se trate¹⁰⁸. En términos más genéricos, la legislación autonómica,

¹⁰⁶ De acuerdo con el art. 60 LP Cataluña 1998 los amarres otorgan un derecho de uso preferente, prohibiéndose expresamente los usos exclusivos de amarre en los arts. 56.3 LP Canarias 2003 y 16 LP Andalucía 2007.

¹⁰⁷ Un diez por ciento en el caso de Cataluña (art. 60 LP Cataluña 1998), del quince en el de Canarias (art. 53 LP Canarias 2003) y del veinte por ciento en el Valencia, que podrá reducirse hasta un mínimo del diez por ciento en el año 2008 (art. 1, tercer párrafo Decreto 123/2004, de 23 julio, por el que se establecen medidas para el desarrollo de actuaciones en materia de puertos e instalaciones náutico-deportivas). Sin concretar porcentajes, la obligada garantía de los amarres para embarcaciones transeúntes se establece encomendando a la Administración portuaria la fijación del número de puestos de amarre en cada puerto en el art. 63 LP Baleares 2005.

¹⁰⁸ El art. 12.2 RPD define como amarras de tránsito aquellas a las que es aplicable una tarifa de atraque por período máximo de dos meses desde 1 de octubre a 31 de mayo, o de medio mes el resto del año, y como amarras de base todas las demás, habilitando la modificación de las fechas señaladas previa justificación. Determina, por lo demás, las siguientes porcentajes de reserva: en los puertos de invernada o puerto base, las amarras de tránsito no serán menos del 25 por 100 de la capacidad del puerto; en los puertos de invernada o puerto base, sólo podrán es-

en este punto, habilita a determinados órganos de la Administración portuaria para la adopción de medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de puntos de amarre¹⁰⁹.

Los elementos portuarios como los amarres se ponen a disposición de terceros, a los que temporalmente se cede el uso y disfrute. El régimen de estas cesiones depende del tipo de gestión que se utilice para la explotación del puerto. Siendo la gestión directa, el régimen es de Derecho público, habilitándose el amarre a través de una autorización administrativa¹¹⁰. En otro caso, el ama-

tar sujetas a tarifa de atraque por el total del plazo concesional, un máximo del 50 por 100 de la capacidad del puerto; en los puertos de escala, el 50 por 100 de su capacidad como mínimo, se destinará a amarras de tránsito; en los puertos de escala sólo podrán estar sujetos a tarifa de atraque, por el total del plazo concesional, un máximo del 25 por 100 de la capacidad del puerto.

¹⁰⁹ Arts. 82 LP Canarias 2003 y 63 LP Cantabria 2004. Junto a ello, llama la atención la previsión del art. 63.4 LP Baleares 2005, que encomienda a Puertos de las Illes Balears la garantía de un porcentaje mínimo de amarres públicos para las embarcaciones tradicionales con valor histórico y patrimonial que hayan sido declaradas Bien de Interés Cultural.

¹¹⁰ En este sentido, la LP Baleares 2005 sujeta a autorización los amarres en los puertos de gestión directa, determinando su intransmisibilidad y su plazo máximo de vigencia, que fija en tres años (arts. 63 y 64). Estas determinaciones tienen su desarrollo reglamentario en el Decreto 61/2001, de 20 de abril, citado, que tiene por objeto la regulación del procedimiento y del régimen de las autorizaciones temporales de uso de puesto de amarre en base, por los titulares de embarcaciones de recreo no profesionales, de eslora máxima igual o inferior a 12 metros, en las instalaciones portuarias de las Illes Balears gestionadas directamente por la Administración Autónoma. De acuerdo con el Preámbulo, se trata de autorizar la ocupación de los puestos de amarre vacantes disponibles preferentemente a quien resida habitualmente en la isla donde se ubique la instalación portuaria solicitada, lo contrario significaría la autorización a un usuario potencial con pocas posibilidades de hacer efectiva la misma y, por lo tanto, una ineficiente utilización del dominio público portuario. A tal efecto, el art. 7.2.b) determina, entre los criterios de valoración, el de residencia habitual en la isla donde se ubique el puerto solicitado. Por lo demás, el Decreto 61/2001 regula las causas de extinción, los supuestos de extinción, establece el carácter revocable de las autorizaciones y detalla el régimen de las listas de espera, determinando, finalmente, la incompatibilidad de autorizaciones de uso. Por su parte, la también citada Resolución de 29 de diciembre de 2003, de la Consejería de Medio Ambiente del Principado de Asturias establece los requisitos, el procedimiento y las obligaciones derivadas de la primera asignación de amarres deportivos, introduciendo un procedimiento en concurrencia, en un intento por objetivar el proceso de la primera asignación, bajo los principios de publicidad y concurrencia, estableciendo las pautas a seguir en la adjudicación de las plazas existentes. Respecto a la asignación, se establece la preferencia, en igualdad de esloras de aquellas embarcaciones cuyo titular tenga su residencia habitual en el municipio donde se encuentran ubicados los panta-

re se cede mediante un contrato privado. En caso de gestión indirecta, pues, las relaciones entre las partes se rigen por el Derecho privado¹¹¹, aunque tienen un marcado carácter reglamentario porque, además de sujetarse a las estipulaciones contractuales, habrán de observarse las cláusulas concesionales, el reglamento del puerto, el reglamento general de la Administración titular en relación al servicio y policía del puerto, si existe, y la normativa de puertos¹¹². De ahí que las leyes catalana y cántabra, hayan previsto la presentación, por parte del concesionario a la Administración y con carácter previo al otorgamiento de los contratos, de un contrato tipo, para su conformidad, quedando aquella facultada para imponer clausulados mínimos que garanticen los legítimos intereses de los cesionarios¹¹³. Las previsiones respecto de los contratos de cesión del uso de los amarres son muy variables en la legislación autonómica de puertos, estableciéndose determinaciones como el carácter personal¹¹⁴, inscribible en el Registro de la Propiedad¹¹⁵ y temporal de las cesiones¹¹⁶ o los re-

lanes, añadiendo la imposibilidad de que una persona sea titular de más de un amarre. La Resolución de 29 de diciembre de 2003, finalmente, regula el régimen de las listas de espera; establece el carácter personal e intransferible del puesto asignado y el plazo máximo de vigencia de la asignación, que fija en tres años, prorrogable por igual período; determina las obligaciones de los adjudicatarios, el régimen de la extinción del uso y las tarifas del servicio. En tercer lugar, la Orden de 20 de abril de 2004, del Departamento de Transporte y Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, tiene por objeto la regulación del procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones temporales de uso de puestos de amarre por los titulares de embarcaciones de recreo no profesionales en los puertos e instalaciones portuarias titularidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de gestión directa centralizada por la propia Administración autonómica, estableciendo la publicidad del proceso selectivo y la preferencia, para la adjudicación, de los usuarios presentes en el puerto a la fecha de la publicación de la convocatoria, manteniéndoles el tipo de amarre del que vinieran disfrutando; regula, en detalle, el régimen de las listas de espera y crea el registro de embarcaciones de recreo.

¹¹¹ *Vid.*, arts. 60.1 LP Cataluña 1998, 41.4 LP Cantabria 2004 y 39.4 LP Andalucía 2007.

¹¹² En este sentido, arts. 60.1 LP Cataluña 1998, 41.4, segundo párrafo LP Cantabria 2004 y 39 LP Andalucía 2007.

¹¹³ Arts. 60.2 LP Cataluña 1998 y 41.4, tercer párrafo LP Cantabria 2004.

¹¹⁴ Artículo 65.1 LP Baleares 2005.

¹¹⁵ Art. 60.1 LP Cataluña 1998.

¹¹⁶ Su plazo máximo de vigencia se fija en el de la propia concesión en los arts. 65.2 LP Baleares 2005 y 39.7 LP Andalucía 2007.

quisitos a que se condicionan¹¹⁷. Como medida de intervención administrativa se diseña en el art. 66 LP Baleares el denominado Registro General de usuarios de amarres, que se define como *el instrumento de publicidad para la gestión de los amarres en las instalaciones portuarias sujetas a concesión administrativa*¹¹⁸. La Ley catalana, finalmente, ha contemplado el supuesto especial de las marinas¹¹⁹.

VI. EXTINCIÓN DE LAS CONCESIONES

La legislación autonómica presenta pocas novedades respecto de la regulación contenida en la legislación de contratos del sector público. En algunos casos no se llega a tratar de manera específica la extinción de las concesiones y, cuando se hace¹²⁰, se ajusta a aquella legislación básica, sin perjuicio de la adaptación a la realidad específica que suponen los puertos. Por todo ello, y para evitar extendernos en exceso, esbozaremos a modo de síntesis el régimen de extinción de las concesiones, teniendo presente, una vez más, que existirán variaciones en función de que la concesión tenga por objeto la construcción y la explo-

¹¹⁷ De acuerdo con el art. 65.3 LP Baleares 2005, las cesiones quedan condicionadas al cumplimiento de los requisitos siguientes: la cesión tiene que instrumentarse en documento público o privado y debe comunicarse a Puertos de las Illes Balears, con copia cotejada del contrato, a efectos de registro; el cedente tiene que estar inscrito previamente en el Registro de usuarios de amarres de embarcaciones de recreo; tienen que liquidarse con carácter previo los impuestos correspondientes ante la hacienda de la comunidad autónoma. El art. 39.5 LP Andalucía 2007, condiciona la cesión al deber de comunicación previa a la Administración, estableciendo que ésta podrá denegar la autorización en el plazo de tres meses si estimara que el contrato pudiera implicar un deterioro del dominio público, un menoscabo en la prestación de los servicios portuarios o un incumplimiento del título concesional.

¹¹⁸ Añade el precepto citado que *la inscripción de los usuarios es preceptiva y los protege frente a terceros*.

¹¹⁹ A tal efecto, el art. 97 distingue entre los amarres de uso privativo, vinculados o no a una parcela colindante, y los de uso público tarifado y establece el derecho preferente de los propietarios de las parcelas colindantes con la red de canales a la cesión del uso y disfrute de los puntos de amarre vinculados a las parcelas mencionadas según el proyecto de construcción, en los términos que reglamentariamente se determinen. El precepto, en todo caso, respecta el principio de garantía del uso público del amarre, estableciendo que *los amarres de uso público no pueden ser inferiores al porcentaje que sobre el total de los existentes en la marina interior se determine reglamentariamente*.

¹²⁰ Es el caso de la LP Murcia 1996, la LP Cataluña 1998 y la LP Canarias 2003.

tación del puerto o únicamente la explotación. En cualquier caso, la extinción de las concesiones de puertos deportivos puede tener lugar, como en el caso de cualquier contrato del sector público, por cumplimiento y resolución¹²¹.

Ya se trate de una concesión de obra pública o de una concesión de servicio público, la extinción por cumplimiento de la concesión se produce por el transcurso del plazo de otorgamiento o, en su caso, el resultante de las prórrogas acordadas¹²². Es de interés señalar que, de acuerdo con lo establecido en el art. 243.2 LCSP, quedan extinguidos igualmente, todos los contratos vinculados a la concesión y a la explotación de sus zonas comerciales. Las cesiones de uso de puestos de amarre, *v.gr.*, quedan, por tanto, extinguidas al vencimiento del plazo concesional.

La extinción por resolución del contrato, por su parte, tiene lugar por las causas previstas, para todos los contratos, en el art. 206 LCSP y, específicamente para los contratos de concesión de obra pública y de gestión de servicios públicos, en los arts. 245 y 262 LCSP, respectivamente¹²³. La regulación autonómica que establece las causas de resolución de las concesiones de puertos deportivos ha de integrarse con los preceptos citados de la legislación básica estatal, de modo que, por una parte, son aplicables las causas establecidas en esta legislación básica, aunque no estén previstas en la legislación autonómica de puertos y, por otra, las causas que se prevén en la legislación de puertos son concreción, para este específico sector que nos ocupa, de las previstas en la legislación básica.

En términos similares se expresan los arts. 64 LP Cataluña 1998 y 82 Baleares 2005, que determinan como causas de resolución el rescate de la concesión por la Administración; la declaración de quiebra o la extinción del concesionario; la suspensión de pagos del concesionario cuando ello imposibilita la

¹²¹ Art. 204 LCSP.

¹²² Para los contratos en general, *vid.*, art. 205 LCSP; para los de concesión de obras públicas ha de estarse al art. 243 LCSP. En la legislación autonómica expresamente se hace mención a la extinción por vencimiento del plazo en los arts. 23 LP Murcia 1996, 64 LP Cataluña 1998, 47 LP Cantabria 2004, 82 LP Baleares 2005.

¹²³ Análogamente, los arts. 207, 246 y 263 LCSP establecen la manera en que han de aplicarse las causas de resolución de los contratos en general, de los contratos de concesión de obras públicas y de los de gestión de servicios públicos.

realización de las obras previstas o la prestación de los servicios portuarios (en la redacción de la Ley catalana) o la declaración de un concurso de acreedores del concesionario, cuando ello imposibilite la realización de las obras previstas o la prestación de los servicios portuarios (en la redacción de la Ley balear), pudiendo, en ambos casos, la Administración portuaria permitir la continuidad de la concesión si considera que el concesionario ofrece las garantías suficientes para su ejecución, salvo que la Administración no se reserve la gestión directa; el mutuo acuerdo entre la Administración portuaria y el concesionario; la revocación de la concesión por incumplimiento imputable al concesionario de las cláusulas o de las condiciones establecidas en el pliego; las otras causas que de acuerdo con la legislación de contratos se determinen y las que se establezcan en el pliego de condiciones. También coincide, en lo esencial, la redacción de las causas determinantes de la resolución en los arts. 23 LP Murcia 1996 y LP Cantabria 2004 estableciéndose las siguientes: revisión de oficio; revocación¹²⁴; renuncia del adjudicatario aceptada por la Administración; mutuo acuerdo; caducidad¹²⁵; rescate¹²⁶. La Ley cántabra añade, a las anteriores, la disolución o extinción de la sociedad titular de la concesión o autorización.

En cuanto a los efectos de la resolución, nuevamente ha de estarse a lo previsto en la LCSP y distinguir los supuestos en los que la concesión tenga por

¹²⁴ El precepto citado de la LP Murcia 1996 especifica que la revocación tendrá lugar por alteración de los supuestos físicos existentes en el momento del otorgamiento, cuando no sea posible la modificación del título. Por su parte, el art. 48 LP Cantabria 2004 prevé la revocación unilateral en cualquier momento y sin derecho a obtener indemnización, cuando las concesiones resulten incompatibles con obras o planes aprobados con posterioridad, o cuando perturben o entorpezcan las actividades portuarias y la optimización de la gestión.

¹²⁵ A la caducidad, como causa de resolución por incumplimiento del contratista, se presta especial atención en algunas de las normas autonómicas que regulan las concesiones de puertos, especificándose los posibles incumplimientos que pueden dar lugar a la declaración de caducidad así como el procedimiento para dictar tal declaración. *Vid.*, arts. 24 LP Murcia 1996, 59 LP Canarias 2003, 49 LP Cantabria 2004 y Condición Diecinueve de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para otorgar concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia.

¹²⁶ Sobre el rescate y su valoración, *vid.*, arts. 28 LP Murcia 1996, 50 LP Cantabria 2004 y Condición Quinta de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para otorgar concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia.

objeto la construcción y explotación del puerto o únicamente esta última¹²⁷. La legislación autonómica de puertos se ha ocupado, principalmente, del destino de las obras e instalaciones a la extinción de la concesión y, concretamente, del régimen de reversión de los bienes, en concordancia con lo establecido en los arts. 248 y 259 LCSP, en cuya virtud, el concesionario queda obligado, cuando se extinga la concesión, a entregar a la Administración las obras e instalaciones en buen estado de conservación y funcionamiento¹²⁸.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CE: Constitución Española
- EA: Estatuto de Autonomía.
- LC: Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.
- LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
- LP Andalucía 2007: Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía.
- LP Baleares 2005: Ley 10/2005, de 21 de junio, de Puertos de las Islas Baleares.
- LP Canarias 2003: Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias.
- LP Cantabria 2004: Ley 5/2004, de 16 noviembre, de Puertos de Cantabria

¹²⁷ *Íbid.*, arts. 208 LCSP para los contratos en general, 247 para los contratos de concesión de obra pública y 264 para los contratos de gestión de servicios públicos.

¹²⁸ El art. 248.2 LCSP permite, para los contratos de concesión de obras públicas, que los pliegos prevean que, a la extinción de la concesión, estas obras, bienes e instalaciones, o algunos de ellos, deban ser demolidos por el concesionario, reponiendo los bienes sobre los que se asientan al estado en que se encontraban antes de su construcción. Respecto a la reversión y sus efectos en la legislación autonómica, *íbid.*, arts. 27 LP Murcia 1996, 67 LP Cataluña 1998, 62 LP Canarias 2003, 51 LP Cantabria 2004, 84 LP Baleares 2004 y Condición Dieciséis de la Orden de 1 de agosto de 1996, de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para otorgar concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de la Comunidad de Valencia. Debe señalarse que en la Ley catalana se regulan, con carácter general, los efectos de la extinción de la concesión, distinguiendo los supuestos en los que la extinción se produce por causa imputable al concesionario de aquellos otros en los que tiene lugar por mutuo acuerdo (arts. 65 y 66 LP Cataluña 1998).

- LP Cataluña 1998: Ley 5/1998, de 17 de abril, de Puertos de Cataluña
- LP Murcia 1996: Ley 3/1996, de 16 de mayo, de Puertos de Murcia.
- LPD: Ley de Puertos Deportivos 55/1969 de 26 de abril (derogada).
- LPDA: Ley 8/1988, de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos de Andalucía (derogada).
- LPEMM: ley 62/1997, de 26 de diciembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
- LREP: Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios en los Puertos de Interés General.
- RC: Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas 22/1988, de 28 de julio, de Costas.
- RPD: Reglamento de Puertos Deportivos, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1980
- TRLCAP: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas.

El medio ambiente como objeto de protección en el derecho sancionador y en el derecho penal: el problema de la concurrencia de medidas punitivas y sancionadoras

Lourdes Yolanda Montañés Castillo

Profesora Dra. Derecho Administrativo
Universidad Jaén

SUMARIO: I-. EL MEDIO AMBIENTE COMO OBJETO PROPIO Y AUTÓNOMO DE TUTELA JURÍDICA. II. LAS SANCIONES COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL. 1. Las sanciones ambientales: además de represivas; preventivas y reparadoras. 2. Subsidiariedad de la tutela penal del medio ambiente frente a la protección administrativa. III. LA RESERVA DE LEY Y LA TIPIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES MEDIO AMBIENTALES. 1. El mandato de reserva de ley en materia ambiental. 2. La *lex certa* en las infracciones medio ambientales. 3.- Colaboración reglamentaria en la definición de los ilícitos y en la determinación de las sanciones medio ambientales. 4. El problema de las denominadas leyes penales en blanco en el ámbito medioambiental. IV. NON BIS IN IDEM: SUS MANIFESTACIONES EN EL ÁMBITO AMBIENTAL. 1 Planteamiento. 2. El principio *non bis idem*, referido al conflicto entre el Derecho Sancionador penal y el Derecho Sancionador Administrativo. A. La vertiente sustantiva del *non bis in idem*. B. La vertiente procesal del *non bis in idem*.

RESUMEN:

En el terreno del medio ambiente es frecuente encontrar distintas normas que, con la finalidad de reforzar su protección jurídica o de ejercer un mayor control social, se superponen o solapan al contemplar como sancionables conductas idénticas o cuasi idénticas que no es fácil deslindar. En este artículo se trata de analizar algunas cuestiones surgidas en torno a las sanciones ambientales, con especial referencia al principio *non bis in idem* (prohibición de la doble sanción por un mismo hecho ilícito) referido al conflicto entre el Derecho Sancionador penal y Derecho Sancionador Administrativo, por ser la mate-

ria ambiental muy propicia para su aplicación, al haberse configurado el delito ecológico como una norma penal en blanco (consecuencia de la accesoriadad del derecho penal del medio ambiente respecto del derecho administrativo), que exige la previa vulneración de la legislación administrativa ambiental, lo que va a ser uno de los elementos del tipo penal. Ciertamente, en materia de medio ambiente el legislador ha mostrado su más absoluta incapacidad para eliminar la superposición de sanciones, trasladando el problema a los Tribunales y a la propia Administración para que sean éstos quienes lo solventen.

Palabras claves:

Derecho Ambiental.

Protección Administrativa del Medio Ambiente

Las sanciones administrativas ambientales: además de represivas, preventivas y reparadoras.

Accesoriadad del Derecho Penal del Medio Ambiente respecto del Derecho Administrativo.

Conflicto entre el Derecho Sancionador penal y Derecho Sancionador Administrativo: principio *Nom Bis In Ídem*.

ABSTRACT:

In the field of environment is common to find different rules, in order to strengthen legal protection or to exercise greater social control, overlap seen as punishable by the same or near identical behavior is not easy to delimit. This article attempts to analyze some questions have arisen regarding the environmental sanctions, with particular reference to the principle of "*Ne Bis In Ídem*" (prohibition of double punishment for the same wrongful act) referred to the conflict between the Law Punish and Administrative Penalty Law, as the matter very conducive environment for application to be configured environment crime as criminal standard in white (due to the incidental nature of environmental criminal law in respect of administrative law), which require prior administrative violation of environmental legislation, which will be one of the elements of the crime. Certainly in the environment the legislature has shown its utter inability to eliminate duplication of sanctions, transferring the problem to the Courts and the Administration for what it is they who solvent.

Key words:

Environmental Law

Environmental Protection Administration

Environmental administrative penalties: In addition to enforcement, preventive and remedial.

Incidental nature of the criminal law regarding the Environmental Administrative Law.

Conflict Between Criminal Law and Law Sanctioning Administrative Penalty: Principle *Nom Bis In Idem*.

I. EL MEDIO AMBIENTE COMO OBJETO PROPIO Y AUTÓNOMO DE TUTELA JURÍDICA

El medio ambiente es, sin duda, uno de los objetos de protección del Derecho Administrativo más relevantes hoy en día. La sociedad es consciente de que las agresiones que aquél recibe las sufrimos todos, por eso la Administración Pública se ha erigido en su principal defensora.

La consolidación del medio ambiente como objeto propio y autónomo de tutela jurídica tiene lugar en la segunda mitad del siglo XX y determina el surgimiento de un entramado normativo que conforma lo que se ha dado en llamar doctrinalmente Derecho Ambiental¹, de inspiración esencialmente administrativa: prácticamente todas las normas protectoras del medio ambiente son de naturaleza administrativa.

La idea que rige todo este entramado normativo se resume muy bien en la STC 113/1994, con estas palabras:

“no se puede considerar como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de vida”

En definitiva se está hablando de *desarrollo sostenible*, un concepto acuñado en el Informe Brundtland de 1987, elaborado con el Título “Nuestro futuro Común”.

La Constitución española recoge, en su artículo 45 entre los principios rectores de la política social y económica, el derecho de todos “*a disfrutar*

¹ Sobre la evolución histórica del Derecho Ambiental ver LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental administrativo*, Dykison, Madrid, 2004, págs. 29 y ss.

de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”.

Es importante saber que el concepto de medio ambiente que emplea nuestra Constitución es estrictamente naturalista, del que se excluyen otras condiciones de desarrollo social o tecnológico, psíquico, intelectual o moral, como educación, vivienda digna, etc; lejos, pues, de otros enfoques que coexisten en la doctrina, que llegan a distinguir hasta tres niveles conceptuales en la noción de medio ambiente: el medio ambiente natural, el medio ambiente en su dimensión social y el medio ambiente como hábitat². Para la Constitución no existe, pues, una relación teleológica entre *medio ambiente* y *calidad de vida*. Todo lo contrario. Ambos conceptos representan intereses distintos, que es necesario equilibrar para el correcto e integral desarrollo humano y, habida cuenta de que en ese tándem recursos naturales– calidad de vida, el factor más débil es el medio ambiente, el constituyente por un lado impone a los poderes la obligación de velar por “*la utilización racional de todos los recursos naturales...*”, que es lo que establece el art. 45 en su apartado segundo, y, por otro, prevé la posibilidad de protegerlo de forma autónoma, penal o administrativamente, que es a lo que se refiere en su apartado tercero cuando señala que:

“para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior (utilización racional de todos los recursos naturales), en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

Por tanto, frente a los abusos que se puedan cometer contra el medio ambiente, tendentes a potenciar esos otros factores económicos–sociales–culturales, cabe emplear no sólo remedios penales, sino también sanciones administrativas. Pero, ¿qué es una sanción administrativa? La STC 132/2001 la ha definido diciendo que es «*una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta*» de un sujeto a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento vigente (STC 132/2001). Pues bien, a la luz de esta definición cabría afirmar que el derecho administrativo sancionador tiene idéntica finalidad punitiva que el derecho penal. Ambos son expresión del «*ius puniendi*» del Estado³. La diferencia está en que la sanción penal es im-

² Una exposición sintética de las diversas posiciones doctrinales en la materia puede verse en CONDE ANTEQUERA, J.; *El deber jurídico de restauración ambiental*. Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 10 y ss.

³ Históricamente, el derecho administrativo sancionador fue desconocido por la mayor parte de los países europeos del siglo XIX, con contadas excepciones (Austria, España); y, cuando se

puesta por un órgano judicial a través de un procedimiento jurisdiccional, mientras que las sanciones administrativas se imponen por una Administración pública a través de un procedimiento administrativo⁴.

En cualquier caso, sea cual sea el ámbito, penal o administrativo, en que se mueva la actividad punitiva del Estado, viene sujeta a unos mismos principios, cuyo respeto legitima la imposición de sanciones. Y, por ello y aunque hasta la aparición de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ y PAC) no existía plasmación positiva alguna en el Derecho Administrativo respecto a los principios rectores de la potestad sancionadora de la Administración, ello no impidió que la labor jurisprudencial⁵ extrajera del texto constitucional, y fundamentalmente de su art.

ha expandido ya en el siglo XX, se ha debido básicamente a razones de eficacia: el aumento del intervencionismo regulador del Estado y la consiguiente sobrecarga de la Administración de Justicia han terminado por conducir a políticas de “despenalización”, tendentes a transformar conductas criminales en simples infracciones administrativas (DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M.: “El principio de legalidad penal en la Constitución Española”. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3/2001 (Estudio). Editorial Aranzadi, S.A. Pamplona, 2001.

⁴ Las normas ambientales se limitan a establecer el procedimiento a seguir, remitiéndose normalmente a lo dispuesto en la LRJAP-PAC, el RPSan y las normas autonómicas, a determinar los órganos competentes para sancionar y a prever la posibilidad de adoptar medidas provisionales en el seno del procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, el contenido de las leyes estatales y autonómicas presenta algunas variaciones. Mientras que las primeras sólo suelen ocuparse de las medidas provisionales y, en algunos casos, de la competencia para sancionar, las autonómicas contienen una regulación más prolija de los órganos competentes para sancionar y del procedimiento que para ello ha de seguirse. En cuanto a la competencia para sancionar, suele atribuirse a la Administración autonómica y a la local (art. 35 Ley 1/2005 sobre Derechos de Emisión, arts. 5.3 y 37 Ley 24/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, art. 25 Ley 3/2005 de Protección del Medio Nocturno de Baleares, art. 90 Ley 2/2006 de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental de Valencia, art. 159.3 Ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía). Y, dentro de la autonómica, a sus diversos órganos (director general, consejero, consejo de gobierno) en función de la gravedad de la infracción (art. 90 de la Ley 4/2006 de Conservación de la Naturaleza de Cantabria; art. 33 Ley 10/2006 de Energías Renovables de Murcia, art. 159.1 Ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía. La imposición de algunas sanciones también puede corresponder a la Administración General del Estado [art. 30.1.c) Ley 37/2003 del Ruido, art. 35 Ley 1/2005 sobre Derechos de Emisión, art. 77.3 Ley 42/2007 sobre Patrimonio Natural y de la Biodiversidad).

⁵ Vid STC 10 de febrero de 1986, STS 13 de junio de 1990 y SSTEDH de 8 de junio de 1976 (asunto Engel y otros) o 22 de mayo de 1990 (asunto Weber).

25, los principios básicos que posteriormente han sido asimilados por la citada LRJ y PAC. Estos principios son bien conocidos: reserva de ley, tipicidad, irretroactividad, responsabilidad o culpabilidad, proporcionalidad, prescripción y, finalmente, el principio *non bis in idem*. De todos ellos es objeto de este estudio el principio *non bis in idem* por ser la materia ambiental uno de los ámbitos más propicios en donde se desarrolla su aplicación, en primer lugar, por haberse configurado el delito ecológico como una norma penal en blanco que exige la previa vulneración de la legislación administrativa ambiental y, segundo, porque en el terreno del medio ambiente es frecuente encontrar distintas normas que, con la finalidad de reforzar su protección jurídica o de ejercer un mayor control social, se superponen o solapan al contemplar como sancionables conductas idénticas o cuasi idénticas que no es fácil deslindar, circunstancia que, por cierto, ha sido objeto de crítica por algún autor: el más expresivo, Alejandro NIETO, que reprocha al legislador su incapacidad para eliminar la superposición de sanciones, trasladando el problema a los Tribunales y a la propia Administración para que sean éstos quienes lo solventen⁶.

II. LAS SANCIONES COMO INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL

1. Las sanciones ambientales: además de represivas; preventivas y reparadoras

En el ámbito ambiental, como en otros muchos sectores (urbanismo, industria, sanidad, comercio, etc.), el ordenamiento jurídico atribuye a las Administraciones Públicas una serie de potestades dirigidas, de un lado, a comprobar que se cumple la normativa ambiental a través de una serie de mecanismos preventivos y, de otro, potestades dirigidas a reaccionar ante su eventual incumplimiento a través de diversos mecanismos represivos⁷.

⁶ NIETO, A. critica la incapacidad del legislador para razionalizar el Ordenamiento represor y eliminar la superposición de sanciones (*Derecho Administrativo sancionador*, 4ª edición, Editorial Tecnos, 2005).

⁷ Puede hablarse, así, de *disciplina medio ambiental*⁸, llámese de esta manera – como de hecho lo hace, por ejemplo, la Ley estatal 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación o la Ley autonómica 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía –, o llámese *inspección y régimen sancionador* (Ley 37/2003, del Ruido), *Inspección y vigilancia. Responsabilidad administrativa y régimen sancionador* (Ley 10/1998, de Residuos) o *Régimen sancionador y potestad de inspección y control* (Ley 3/2005, de Protección del Medio Nocturno de Baleares).

Hay que reconocer, no obstante, que el Derecho Ambiental nace con una vocación preventiva y reparadora. Prácticamente todos los expertos coinciden en declarar que en materia de medio ambiente debe primar la prevención sobre la represión puesto que en la mayoría de las ocasiones el daño causado resulta irreparable, al menos a corto y medio plazo, dada la lentitud de los procesos naturales. Por ello cobra especial importancia el régimen de las autorizaciones o licencias, además de otras formas de intervención preventiva incorporadas a nuestro ordenamiento en gran medida por imperativo de las disposiciones comunitarias, tal como la evaluación de impacto ambiental, la ecoetiqueta, derecho de acceso a la información ambiental, el control integrado de la contaminación o la auditoría ambiental⁸, instrumentos, todos éstos,

⁸ Algunos de los instrumentos transversales u horizontales de protección ambiental regulados en nuestro Ordenamiento jurídico son:

a) El derecho de acceso de todas las personas a la información disponible por las Administraciones referida al estado de las aguas, el aire, el suelo y las tierras, la fauna, la flora y los espacios naturales, incluidas sus interacciones recíprocas; a las actividades y medidas que hayan afectado o puedan afectar al estado del medio ambiente, así como a los planes y programas de gestión del medio ambiente, regulado en La Ley 27/2006, de 18 de julio de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

b) La evaluación de impacto ambiental de determinados proyectos públicos y privados, regulada en el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero; el Reglamento para la ejecución aprobado por el Real Decreto 1131/1998, de 30 de septiembre; y la Ley 9/2006, de 28 de abril sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

c) El sistema de auditoría ambiental introducido por el Reglamento 761/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo, que está abierto a cualquier organización que se proponga mejorar su comportamiento medioambiental global y cumpla con una serie de requisitos que, en esencia, se refieren al análisis ambiental de sus propias actividades y productos de la organización, la realización de auditorías ambientales y la declaración ambiental (información ambiental de la empresa que debe ser objeto de publicidad). La sujeción a esos requisitos legítima a la organización correspondiente para el uso de un logotipo identificativo.

d) La ecoetiqueta, un sistema regulado en el Reglamento (CEE) núm. 880/1992, de 23 de marzo, del Consejo (recogido en el Real Decreto 598/1994, de 8 de abril), que pretende promover productos que puedan reducir los efectos ambientales adversos, en comparación con otros productos de la misma categoría, determinando los requisitos para la concesión de la etiqueta ecológica europea.

e) El control integrado de la contaminación, regulado en la Ley 16/2002, de 1 de julio, que transpone en el Derecho español de la Directiva 96/61/CE, y sujeta a una autorización ambiental constitutiva y de funcionamiento la puesta en marcha de determinadas instalaciones, para cuya concesión intervienen coordinadamente todas las Administraciones públicas, tratando de integrar en un solo acto autorizador todas las autorizaciones ambientales existentes en materia de producción y gestión de residuos, vertidos y de contaminación atmosférica.

con los que se trata de actuar con anterioridad a que el entorno resulte dañado.

Pero, con todo, el éxito de éstas y otras medidas preventivas de control ambiental no puede justificar el rechazo de los instrumentos fundamentalmente represivos de las conductas que vulneren los mandatos y prohibiciones legales, como son las sanciones ambientales, sobre todo porque también este tipo de medidas puede cumplir una función preventiva: se trata de amenazar con la imposición de sanciones de cuantía ciertamente elevada para persuadir a los que intencional o negligentemente están próximos a la infracción y terminen por no culminarla. Para comprobar la veracidad de este aserto basta con comprobar los tipos de sanciones que fijan las distintas leyes de protección ambiental. Todas ellas establecen como principal una sanción pecuniaria, consistente en el pago de una cantidad de dinero predeterminada y graduada según la gravedad de la infracción, que puede llegar a ser muy cuantiosa, hasta 2.000.000 de euros para las infracciones muy graves en prácticamente todas las leyes medio ambientales⁹. Más aún, para evitar la rentabilidad de la infracción, las leyes suelen incluir como criterio de graduación *el beneficio obtenido por el infractor*,¹⁰ permitiendo en muchos casos incluso elevar la multa en hasta (o como mínimo hasta) el doble de dicho beneficio, lo que ciertamente resulta coherente con la función preventiva de las sanciones. Es lo que hace, por ejemplo, la Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, que en su art. 32.2 dispone que:

«Cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio ilícito obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada, como mínimo, hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor»¹¹

⁹ Vid, por ejemplo, el art. 31 de la Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera que prevé una multa de 200.000 hasta 2.000.000 de euros para las infracciones muy graves, multa de 20.001 hasta 200.000 euros para las infracciones graves y multa de hasta 20.000 euros para las infracciones leves (art. 31 de la Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera). Y en algunas leyes autonómicas exceden ligeramente de esa cifra de los 2.000.000 euros (2.500.000 euros, art. 56.1 Ley 5/2002 de Protección del Medio Ambiente de La Rioja; 2.404.000 euros, art. 131.2 Ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía, etc.).

¹⁰ La regla de “la eliminación del beneficio ilícito obtenido”, tradicional en el Derecho urbanístico (art. 231 TRLS/1976) y sancionado en el art. 131.2 de la LRJ y PAC (*«el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas»*), también comienza a serlo en el Derecho ambiental.

¹¹ Vid también el art. 31.2 Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera o el art. 36.3 Ley 2/2007 de Fomento de las Energías renovables y del Ahorro y Eficiencia Energética de Andalucía.

Pero en la imposición de la sanción correspondiente no se agota la medida a tomar por la Administración, pues junto a ella se encuentra como medida nada desdeñable *la obligación de reparar el daño causado* a que expresamente se refiere el art. 45.3 in fine CE. Reparación que debe ser una medida accesoria de la sanción pecuniaria y que debe consistir siempre y en todo caso en la obligación de restaurar la naturaleza afectada, o en caso de resultar imposible, de indemnizar en metálico los daños y perjuicios causados. Unas medidas añadidas a la sanción pecuniaria con las que se pretende dar cumplimiento al principio de que *quien contamina paga* (o repara). Los términos con los que suelen explicitar tales medidas de restablecimiento de la legalidad son éstos:

«Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la reposición o restauración de las cosas al estado anterior a la infracción cometida, así como, en su caso, a abonar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados»¹²;

Incluso la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Ambiental, que contiene la regulación más novedosa, certera y detallada, no habla ya de reposición de los recursos naturales a su estado originario, sino a su «estado básico», entendiendo por tal el estado:

«(aquél) en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y los servicios de los recursos naturales en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible» (arts. 2.19, 17 a 23 y 41 a 49)».

Constituyen igualmente medidas de restablecimiento de la legalidad lo que, de forma inapropiada, casi todas las leyes ambientales denominan *Medidas provisionales*, pero que son propiamente sanciones funcionales, complementarias de la multa. Son de muy diversos tipos: la suspensión o revocación de autorizaciones, licencias y concesiones; la prohibición de contratar con la Administración y otras inhabilidades (para ser titular de autorizaciones o concesio-

¹² Vid. art. 36 Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; art. 36 de la Ley 34/2007, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera; art. 36 Ley 10/1998, de Residuos; art. 24.1 Ley 3/2005, de Protección del Medio Nocturno de Baleares; art. 94 Ley 4/2006, de Conservación de la Naturaleza de Cantabria; art. 89 Ley 2/2006, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental de Valencia).

nes, para recibir ayudas y subvenciones, pérdida de la condición de entidad colaboradora de la Administración, etc.); el comiso de los instrumentos utilizados; o la publicidad de las sanciones, etc.¹³.

Así las cosas, difícilmente puede discutirse la finalidad preventiva que tienen también las sanciones administrativas: ciertamente, sumando algunas de las sanciones no económicas, que hemos mencionado, con los baremos pecuniarios actuales se terminan estableciendo unas medidas más que disuasorias.

2. Subsidiariedad de la tutela penal del medio ambiente frente a la administrativa

Del propio texto constitucional se desprende, como quedó dicho más arriba, que la potestad sancionadora de la Administración no es el único respaldo punitivo con que cuenta la tutela del medio ambiente. Junto a él también se sitúa la reacción penal, la amenaza de una pena judicial cuando se cometen determinados comportamientos constitutivos de delito (arts. 325 a 340 del Código Penal).

El Derecho Penal, no obstante, como se sabe, tiene un «carácter fragmentario», que impide que se destine a proteger cualesquiera intereses. Es lo que viene a confirmar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 199/1996, de 3 de diciembre cuando declara que:

“El Derecho Penal del medio ambiente constituye la respuesta primaria o básica del Ordenamiento Jurídico a las más graves vulneraciones contra el equilibrio de la naturaleza” (y añade, “sin perjuicio del importante papel que en este asunto desempeña el Derecho Administrativo Sancionador ambiental”).

Por lo tanto, sólo los bienes jurídicos más valiosos son susceptibles de protección penal y, aun así, únicamente cabe su aplicación frente a los ataques más

¹³ Vid art. 39 Ley 10/1998, de Residuos; art. 35 Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; art. 31 Ley 37/2003, del Ruido; art. 34 Ley 1/2005, de Derechos de Emisión; art. 35 Ley 34/2007, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera; arts. 38 y 39 Ley 2/2007, de Energías Renovables de Andalucía; art. 60 Ley 5/2009, del Ruido de Castilla y León.

graves a los mismos, razón por la cual sólo en este ámbito pueden imponerse castigos que priven —directa o subsidiariamente— del derecho fundamental a la libertad (art. 25.3 CE)¹⁴. La sanción penal, además, comporta un reproche social mayor que la sanción administrativa y unas consecuencias más graves desde el punto de vista de los antecedentes.

Qué duda cabe que una las cuestiones más interesantes en el terreno práctico es delimitar correctamente los campos de la sanción penal y de la administrativa en materia medioambiental. Para ello, si de acuerdo con lo que se acaba de decir, el Derecho Penal sólo debe destinarse a proteger el medio ambiente frente a las modalidades de ataque más graves, parece razonable que sea el criterio de la gravedad el que se haya de utilizar para deslindar lo penal de lo administrativo.

Y así es, habiéndose configurado el tipo básico del delito ecológico como un delito de resultado, de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales, podría establecerse en ese resultado la diferencia cualitativa —y no meramente cuantitativa— entre el ilícito administrativo y el delito. Mientras que el ilícito administrativo ambiental quedaría restringido a las irregularidades formales y, en su caso, a la superación de los límites permitidos, el delito ambiental exigiría, además, la potencialidad lesiva grave para el equilibrio de los sistemas naturales¹⁵. Un ejemplo de lo que se dice lo tenemos en el delito de contaminación ambiental —art. 325 y 326 CP—: pues bien, la sola superación de los límites de contaminación permitidos no es suficiente para fundar la imputación penal del tipo, se requiere además ese *plus de lesividad*, esa potencialidad lesiva *grave* para el equilibrio de los sistemas naturales.

En el delito ecológico, por tanto, el elemento del tipo que determina la gran línea divisoria entre la mera infracción y el ilícito penal, y que habrá de

¹⁴ El último apartado del artículo 25 CE hace una precisión específica sobre el posible contenido de las sanciones administrativas y dispone que: «*La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*». Ello significa que las sanciones administrativas habrán de consistir en la privación de bienes distintos de la libertad (expulsión del cuerpo de funcionarios, suspensión del ejercicio profesional, revocación de la autorización, etc.), siendo la más normal la multa. En todo caso, la privación de libertad no cabe siquiera en caso de impago de la multa.

¹⁵ ALENZA GARCÍA, J.F. «Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental: funciones y problemas de articulación», en el vol. col. dirigido por M. CORCOY BIDASOLO, *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, ed. Universidad Pública de Navarra, 2002, págs. 610 y ss.

ser interpretado y valorado por los Tribunales para distinguir el delito de la mera infracción administrativa será *la especial gravedad* del daño. Por ello, la prueba reina en este tipo de procesos es el llamado peritaje de impacto ambiental, puesto que si no se demuestra la concurrencia de un grave peligro para los recursos naturales, no habrá delito (SAP Sevilla, sec. 3ª, de 25 de febrero de 2004, nº 126/2004).

En resumidas cuentas, el derecho Penal, reservado para los atentados más graves a los recursos naturales, sólo ha de actuar de manera subsidiaria al ordenamiento administrativo, al que corresponde la protección ordinaria, lo que explica que pueda hablarse de la *accesoriedad del derecho penal del medio ambiente respecto del derecho administrativo*, que, por otro lado, no es más que la manifestación expresa del principio de *intervención mínima* del Derecho penal –en el sentido de tipificar lo menos posible_ y de definir el uso de la potestad punitiva como la “última ratio” del entero ordenamiento jurídico, que sólo debe intervenir cuando han fracasado los demás mecanismo jurídicos esenciales que tutela los valores fundamentales de la vida en comunidad (SSTS 7/2002, de 19 de enero [RJ 2002, 1315]m 96/2002, de 30 de enero [TJ 2002, 3065] y STS de 7 de febrero de 2007 [RJ 2007, 801].

Se entiende así, que sea, o deba ser, la normativa administrativa la que de modo principal y directo regula y ampara la realidad ambiental. Con ello, no se trata de no penar los ilícitos ambientales, sino más bien que cada jurisdicción ejerza correctamente las competencias que constitucionalmente tiene establecidas.

El problema está en que hoy en día, la inferior gravedad de las penas pecuniarias impuestas por los delitos ecológicos, con respecto a muchas sanciones administrativas, está llevando a la curiosa situación de que los reos prefieren ser condenados en sede penal antes que sede administrativa. Esto es, se están judicializando las infracciones administrativas, dando traslado de las mismas al Ministerio Fiscal o a los Juzgados de instrucción con la finalidad de que se abran las Diligencias Previas. Un hecho que desde luego no es positivo: si se nos acostumbramos a remitir todas las infracciones ambientales a los tribunales penales, nos terminaremos encontrando con la absolución de los acusados, por no haber quedado acreditado que los vertidos, o cualquier otra acción contaminante imputada a los mismos, tuvieran la entidad suficiente como para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

III. LA RESERVA DE LEY Y LA TIPIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES MEDIO AMBIENTALES

Del principio de legalidad sancionadora derivan distintas reglas entre las cuales están el mandato de reserva de ley y el de tipicidad.

1. El mandato de reserva de ley en materia ambiental

Los comportamientos antijurídicos y reprochables en materia ambiental, como en el resto de materias, no pueden estar previstos en cualquier tipo norma, sino que, por imperativo constitucional (art. 25.1 CE), sólo pueden estarlo en las de rango legal (reserva de ley).

Con carácter general, puede afirmarse que la legislación ambiental, tanto la estatal, que es a la que le corresponde la legislación básica, como la autonómica, a la que le corresponde la legislación de desarrollo, cumple la reserva de ley existente en la materia, pues son las propias leyes ambientales las que proceden a tipificar las infracciones y a determinar las sanciones. También son tales normas las que clasifican las infracciones y las sanciones por su gravedad y las que determinan los sujetos responsables¹⁶. Pero, mientras que en materia penal existe una *reserva absoluta* de ley, en el Derecho Administrativo sancionador, la reserva de ley tiene una eficacia *relativa o limitada* (SSTC 177/1992, 52/2003, 242/2005, 162/2008, FJ 1) y más aún si el ámbito sancionador es municipal o si de lo que hablamos es de sanciones disciplinarias, oscuramente denominadas de “sujeción especial”, impuestas a personas que, de algún modo, están insertas en la organización administrativa (funcionarios, concesionarios...).

2. La *lex certa* en las infracciones medio ambientales

Las normas sancionadoras ambientales también están sujetas a la exigencia de tipicidad, lo que se conoce como *lex certa*, pues son las propias leyes las que, sin perjuicio del recurso a conceptos jurídicos indeterminados y a la tipificación indirecta o por remisión (que el TC también ha admitido, han de establecer un preciso y completo elenco de infracciones y sanciones, disponiendo de forma generalmente clara y precisa los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer.

¹⁶ La reserva de ley, en cambio, que rige en materia sancionadora no significa que todos los aspectos relacionados con el procedimiento sancionador estén sujetos a reserva de ley, en particular, no existe tal reserva para la regulación del plazo de prescripción de las sanciones administrativas (STC29/1989), sin perjuicio de lo establecido en el art. 132 de la Ley 30/1992.

3. Colaboración reglamentaria en la definición de los ilícitos y en la determinación de las sanciones medio ambientales

En cualquier caso, y puesto que en el Derecho Administrativo sancionador, la reserva de ley, como hemos dicho, tiene una eficacia *relativa*, en este ámbito punitivo la reserva de ley formal no excluye la posibilidad de que las Leyes sancionadoras ambientales contengan remisiones a normas reglamentarias, tal y como reconoce el art. 129.3 LRJ y PAC, siempre que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. Una circunstancia –la remisión a la norma reglamentaria– que, por lo demás, es bastante usual por el elevado componente técnico de las normas que regulan las actividades relacionadas con el medio ambiente y su vinculación a una coyuntura cambiante que las hace refractarias a un tratamiento legal exhaustivo¹⁷.

De hecho, el empleo de la técnica remisiva puede verse en numerosas normas ambientales, como por ejemplo, el art. 31.2.d), 3.h) y 4.b) Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; art. 28.2.a) y c), d) Ley 37/2003 del Ruido; o art. 30.2.b), c), d), e), g), de la Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera.

Claro que la jurisprudencia ha sujetado la utilización de los Reglamentos, como instrumentos colaboradores de la Ley, a ciertos límites. En primer lugar, el reenvío o remisión ha de ser expreso y estar justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma, siendo necesario además que contenga, no sólo la sanción, sino también el núcleo esencial de la prohibición (SSTC 127/1990, 93/1992). La jurisprudencia tolera cierta cuota de flexibilidad en la actividad reglamentaria de desarrollo, pero siempre que la Ley de cobertura aborde el núcleo esencial del régimen sancionador (SSTS de 10 de noviembre de 1986 (RA 6647) y de 21 de marzo de 1991 [2888(1991)]). Se han de evitar, por tanto, las remisiones abstractas y vagas. Y, en segundo lugar, no cabe una remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (SSTC 83/1984, 52/2003. En consecuencia, no es constitucionalmente admisible la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la ti-

¹⁷ El límite de la quiebra del principio de legalidad en estos casos descansa en la imposibilidad de que la Administración posea un arbitrio desmedido en la elección de la respuesta sancionadora. Vid TOMÁS R. FERNÁNDEZ: *De la Arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 2002.

pificación de los ilícitos administrativos y para el esclarecimiento de las correspondientes consecuencias sancionadoras (SSTC 42/1987, 101/1988, 29/1989; también, entre muchas otras, STS 25 septiembre 1989, RJ 1989/6368). En síntesis es necesario que la ley prevea los elementos esenciales de la infracción y sanción y que el reglamento este claramente subordinado a la Ley.

Estos requisitos se relativizan, sin embargo, cuando la sanción se inscribe en el ámbito de las denominadas relaciones de especial sujeción¹⁸, respecto a las cuales “*la habilitación legal [...] puede otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación*” (STC 162/2008, FJ). La razón por la que aquí se permite la relajación de la garantía formal de legalidad tiene que ver con “*la capacidad administrativa de autoordenación*” (SSTC 2/1987, FJ 2; 42/1987, FJ 2; 162/2008, FJ 3) y con la mayor cognoscibilidad de la normativa sancionadora por la vinculación especial de sus destinatarios con la Administración. Aunque, obviamente “relativización” no significa “supresión del principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución” Como aclara la STC 162/2008, FJ 3, las llamadas relaciones de sujeción especial no son un ámbito “*en el que los sujetos queden despejados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal*”.

Bastante más preciso ha sido el Tribunal en torno a los “criterios de flexibilidad” que deben presidir la reserva de ley respecto a las normas sancionadoras municipales. En relación con estos se plantea un asunto especialmente espinoso, cual es, el de la posible ilegalidad de las sanciones previstas en Ordenanzas Locales en materia ambiental.

Aunque son perfectamente posibles Ordenanzas de desarrollo de una previa tipificación de sanciones realizadas por el Estado, las CCAA, o incluso en

¹⁸ Las sanciones administrativas pueden ser de dos clases: generales y disciplinarias. Las primeras corresponden a infracciones de la legalidad general y, por tanto, pueden serle impuestas a cualquier personas; las segundas, en cambio, protegen la organización administrativa, por lo que sólo pueden ser impuestas a personas que, de algún modo, están insertas en ella, como por ejemplo, los funcionarios, militares, etc. Suele decirse que estas categorías, en su condición de tales, quedan vinculadas a la Administración por una relación de sujeción especial, distinta de la relación de sujeción general a que están sometidos todos los ciudadano. La existencia de relaciones de sujeción especial serviría de justificación a facultades más incisivas e intensas en manos de la Administración, entre las cuales estaría la potestad disciplinaria.

normativa de Derecho Comunitario, lo cierto es que es relativamente fácil encontrar Ordenanzas que, con el pretexto de que el art. 25.2, f de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local configura la protección del medio ambiente como materia de competencia propia de los Municipios, regulan las infracciones y sanciones ambientales al margen de la preceptiva habilitación legal. Pues bien, estas Ordenanzas, por mucho que se quiera flexibilizar con relación a ellas la reserva, quiebran el principio de legalidad y, por tanto, son nulas de pleno derecho.

Es lo que explica el TC en sus Sentencias 132/2001, 25/2004: la exigencia de ley para la tipificación de las infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Ahora bien, tal flexibilidad no puede excluir de forma tajante la exigencia de ley, porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios –conforme a la exigencia el art. 25.2 LBRL– no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia.

Del art. 25.1 CE se derivan dos exigencias mínimas en primer término, el TC considera que corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, sin que ello implique la definición de tipos –ni siquiera la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE se deriva la exigencia, al menos, de que la Ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las Ordenanzas Municipales; aunque tampoco se exige aquí que la Ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica¹⁹

¹⁹ Vid. GALLARDO CASTILLO, M.J.: “Las Ordenanzas municipales y su deficiente cobertura legal tras el pacto local”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 144, 2009, págs. 589 a 622.

No se dieron estas condiciones en la infracción contemplada en la Ordenanza sobre protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones del Ayuntamiento de Santander, cuestionada en la STC 25/2004, declarando el TC que, ni la norma municipal que calificaba como grave el ejercicio de actividades industriales con puertas o ventanas abiertas, ni tampoco las sanciones allí previstas, podían encontrar cobertura legal en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

4. El problema de las denominadas leyes penales en blanco en el ámbito medioambiental

También son frecuentes en materia de medio ambiente las normas penales de remisión, denominadas, con poco acierto, normas penales en blanco: normas penales incompletas para cuya integración ha de acudir a otra norma distinta. Y es que hay ocasiones en las que no cabe más remedio que acudir a esta técnica, que ciertamente consigue adaptarse a un contexto cambiante, como lo es el medio ambiente, y dispensa seguridad jurídica al destinatario de la norma, que sólo por integración de normas muy específicas va a poder conocer los límites de lo penalmente prohibido en un ámbito complejo de riesgo permitido, como también lo es el medio ambiente (vid. los arts. 325.1, 334.1, 335 del CP).

Piénsese que en materia de medio ambiente la regulación básica de la protección ambiental corresponde al Derecho Administrativo (es la “*accesoriedad del derecho penal del medio ambiente respecto del derecho administrativo*”, a que se ha hecho referencia), de ahí que el Derecho Penal se vea obligado a recurrir a estas formas de reenvío para su más correcta aplicación.

Esto nos lleva a la necesidad hacer un pequeño apunte acerca de las cuestiones prejudiciales administrativas planteadas dentro de un procedimiento penal ambiental. El Tribunal Constitucional en Sentencia 212/1991, de 11 de noviembre ha establecido que el tribunal penal sólo debe examinar aquel comportamiento que sea delictivo y dejar a la jurisdicción contencioso-administrativa la interpretación de conceptos y normas ambientales. El TC admite que el juez penal sobresea provisionalmente una causa hasta que el tribunal contencioso-administrativo resuelva la cuestión prejudicial, pues la especialización de las normas de Derecho Ambiental requiere también una especialización en su interpretación, que puede sin duda ser más residenciable en la jurisdicción contencioso-administrativa que en la penal.

IV. NON BIS IN ÍDEM: SUS MANIFESTACIONES EN EL ÁMBITO AMBIENTAL

1. Planteamiento

El *non bis in idem* determina la prohibición de sancionar más de una vez a un mismo sujeto, por un mismo hecho ilícito y con el mismo fundamento.

Se trata de uno de los principios básicos del garantismo punitivo; pero lo sorprendente es que, a pesar de su innegable importancia para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, la prohibición de doble sanción por un mismo hecho no está expresamente consagrada en la Constitución. Aun así, el TC, en su temprana Sentencia 2/1981 se encargó desde el primer momento de entenderlo implícitamente incluido en el art. 25.1 CE, afirmando que el principio *non bis in idem* estaba íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad²⁰. Y, en concreto, en materia de medio ambiente se le ha encontrado acomodo expreso en el art. 45.3. CE, que, como vimos, se refiere a la posibilidad de establecer “*sanciones penales o, en su caso, administrativas...*”, entendiendo la doctrina que, al emplear en su redacción la disyuntiva “o” en lugar de la copulativa “y”, el precepto indica que la voluntad del constituyente fue la de impedir la acumulación de sanciones penales y administrativas²¹.

En realidad, el principio *non bis in idem* presenta una doble significación. Constituye una regla compleja con dos vertientes distintas: a) una vertiente material, por la que se prohíbe que una persona pueda ser sancionada dos veces por la misma infracción; y b) una vertiente formal o procesal, por la que se prohíbe que un sujeto sea objeto de enjuiciamiento en dos ocasiones por un mismo hecho. Dos aspectos, una doble faz de un mismo principio que ha tenido su plasmación en la doctrina del TC. En lo que se refiere al aspecto estrictamente material, la STC 2/1981 (F. 4º) ya vino a destacar que su observancia supone la imposibilidad de imponer dos o más sanciones por una misma conducta cuando se aprecie identidad de hechos, sujetos y fundamento. Y, paralelamente, también el TC vino a reconocer la vertiente formal del principio, se-

²⁰ Ya en esta STC 2/1981, de 30 de enero (EJ cuarto), quedó clara la posición del Alto Tribunal: “Si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución. (...) no por ello cabe silenciar que (...) va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución”.

²¹ CALVO CHARRO, M.: *Sanciones medioambientales*, 1ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1999.

ñalando en la Sentencia 77/1983 (F. 4º) que su vigencia impide que unos mismos hechos puedan ser juzgados en diferentes procedimientos, aun cuando el Ordenamiento así lo permita por la aplicación de normativas diferentes. Como expresivamente se destaca en esta STC 77/1983, la razón de ello estriba en evitar que unos mismos hechos existan o puedan dejar de existir al mismo tiempo para los órganos del Estado. Por ello se establece como regla la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la de los Tribunales de Justicia.

La prohibición de la doble sanción se encuentra positivizada en el art. 133 de la LRJ y PAC, aunque lo está de forma excesivamente simple. Dispone que

“en ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”.

Pero como bien ha afirmado GALLARDO CASTILLO²², en el precepto nada se dice de la suspensión del procedimiento administrativo cuando los mismos hechos han dado lugar a la iniciación de un procedimiento penal; ni de los efectos de la Sentencia absolutoria; ni del momento procesal en que el particular que está siendo sancionado por la autoridad administrativa debe comunicar, a los efectos oportunos, a la autoridad judicial esta circunstancia; ni las consecuencias del incumplimiento del deber de paralización del procedimiento administrativo por parte de la Administración actuante. Problemas a los que, en parte, y sólo en parte, como veremos, se da respuesta en los artículos 5.1 y art 7 del Real Decreto 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad sancionadora de la Administración (en adelante, RPSan).

También algunas normas sectoriales ambientales reconocen el principio dentro de su articulado, como por ejemplo la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad. En concreto en su art. 75.5 señala que:

“en ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos, si bien deberán exigirse

²² GALLARDO CASTILLO, M^a J. “*Los principios de la potestad sancionadora*” *Teoría y práctica*”, Justel, Madrid,, 2008, págs. 289 a 320.

las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”.

Pues bien, la duplicidad de sanciones puede producirse por distintas razones: a) bien por un concurso de leyes sancionadoras administrativas; b) bien por una concurrencia de Administraciones sancionadoras; c) bien por un concurso de normas penales; o bien d) por un concurso de normas penales y administrativas, siendo en este ámbito donde se están produciendo ciertas oscilaciones en la jurisprudencia constitucional.

Un ejemplo de la dualidad punitiva se puede encontrar al comparar la conducta tipificada como infracción muy grave en el art. 34.2 c) de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, que habla de “*el abandono, vertido o eliminación incontrolado de cualquier otro tipo de residuos, siempre que se haya puesto en peligro grave la salud de las personas*”, con lo establecido en el delito del art. 325 del Código Penal, que se refiere a “*provocación o reacción de emisiones, vertidos, ... que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior*”). Las conductas descritas son idénticas. En este caso concurren dos normas, una administrativa y otra penal.

Pero son también frecuentes los supuestos de concurso de normas administrativas sancionadoras distintas, incluso de dos preceptos de la misma ley, lo que, ciertamente constituye, como ya adelanté, un problema de política legislativa debido, generalmente, a la descoordinación del legislador en materia de medio ambiente. En estos casos, *el non bis in idem* no resuelve cuál de las normas en concurso debe prevalecer, ya que sólo señala que hay que elegir una. El problema está en cuál habremos de elegir. Sólo algunas de las leyes sancionadoras administrativas ambientales prevén reglas de resolución del conflicto, estableciendo una concreta solución para evitar el *bis in idem*. Lo hace, por ejemplo, la Ley 16/2002 de Prevención y Control integrados de la Contaminación, que en su art. 34 dispone que:

«cuando por unos mismos hechos y fundamentos jurídicos, el infractor pudiese ser sancionado con arreglo a esta Ley y a otra u otras leyes que fueran de aplicación, de las posibles sanciones se impondrá la de mayor gravedad».

En parecidos términos se pronuncia el art. 34 de la Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, el art. 33 de la Ley 1/2005 sobre Derechos de Emisión o el art. 87 de la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental de Valencia.

Sin embargo, la regla de la alternatividad, dando prevalencia a la norma que impone la sanción de mayor gravedad, que es lo que hacen estas leyes, no está exenta de dificultades, puesto que como pudimos comprobar, lo normal es que se prevean distintos tipos de sanciones acumulables (pecuniarias y funcionales, además de la obligación de reparar los daños) lo que hace difícil, por no decir imposible, determinar a priori cuál es la más grave. En cualquier caso, lo habitual es aplicar las reglas establecidas para el concurso de normas penales en el art. 8 del CP, aplicables también al Derecho administrativo sancionador. Son, por este orden: 1. El de especialidad, que hace prevalecer el precepto que contempla más específicamente el hecho; 2. El de subsidiariedad, aplicable cuando uno de los preceptos reconoce su aplicación subsidiaria; y 3. El de concurrencia, cuando un precepto integra en su tipo el desvalor del otro al que desplaza.

Como último recurso, cuando no puedan utilizarse estos criterios, siempre se podrá acudir al principio de prioridad temporal, que parece consagrar el art. 5 del RPSan, de acuerdo con el cual, va a ser el procedimiento sancionador que se inicie antes el que determine la sanción que finalmente se imponga, paralizándose el procedimiento comenzado en segundo lugar, por aplicación del *bis in idem*. Prevalece, pues, la norma que tipifique la sanción administrativa que primero se imponga²³.

También va a ser el criterio cronológico, salvo la deseable cooperación interadministrativa, la que resuelva la concurrencia de Administraciones sancionadoras, dando prioridad a la Administración que primero inicie el procedimiento sancionador. Un ejemplo de lo que digo lo tenemos en las infracciones relacionadas con vertidos a cuencas intercomunitarias, en las que tienen competencia tanto la Administración hidrológica estatal, como la Administración autonómica, sin que la Ley de prevención y control integrados de la contaminación contemple expresamente a cuál de las dos Administraciones haya de darse preferencia.

Distinto del concurso de normas, es el concurso de infracciones. El concurso de infracciones, a diferencia del de normas, parte de una pluralidad de ilícitos como consecuencia, bien de una pluralidad de acciones (concurso real),

²³ Este criterio cronológico es consecuencia del principio de oportunidad que rige el ejercicio de la potestad sancionadora, el cual deja en manos de la Administración la decisión de iniciar el correspondiente expediente sancionador (Alejandro NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit. pág. 444).

bien de una sola acción que vulnere dos bienes jurídicos distintos o el mismo dos veces diferentes (concurso ideal), bien de una infracción que es medio para cometer otra (concurso medial). En los concursos de infracciones, el *non bis in idem* no prohíbe la imposición de las sanciones previstas para cada una de las infracciones cometidas, aunque para el concurso ideal y el medial se suele acudir a la solución que ofrece el Derecho Penal e imponer una sola sanción en su grado máximo, pero no por aplicación del *non bis in idem*, sino por otras razones, como la salvaguarda del principio de proporcionalidad.

2. El principio *non bis in idem*, referido al conflicto entre el Derecho sancionador penal y el Derecho sancionador administrativo

Aquí nos interesa profundizar sobre el tradicional conflicto entre el derecho sancionador penal y el derecho sancionador administrativo, que cobra especial virulencia en el terreno de los delitos ecológicos e infracciones administrativas, teniendo en cuenta que, por la propia naturaleza de algunos delitos ecológicos, muchos tipos penales ambientales, como ya hemos adelantado, se remiten a las leyes administrativas²⁴, lo que, sin duda, contribuye a que sea una circunstancia habitual que un mismo hecho sea a la vez infracción administrativa y delito.

Como establece GARCÍA DE ENTERRÍA, durante toda la vida del contencioso– administrativo hasta la Constitución de 1978, la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideró que tratándose de dos ordenamientos distintos, el penal y el contencioso administrativo, las sanciones administrativas eran perfectamente compatibles con las penales frente a unos mismos hechos. Ahora con el orden constitucional, son dos los principios que rigen las relaciones de interferencia entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal, a saber: uno sustantivo, la prohibición de la doble sanción; y otro procesal, la prohibición del doble enjuiciamiento y preferencia del orden jurisdiccional penal sobre el administrativo sancionador²⁵. Esto es, respectivamente, la vertien-

²⁴ De hecho, se dará el tipo genérico del delito ecológico del art. 325 del Código Penal, sólo si existen conjuntamente sus tres elementos del tipo, a saber: 1) se ha de provocar o realizar, directa o indirectamente la conducta típica, es decir las acciones en tal artículo enumeradas (emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, etc.); 2) se ha de contravenir o dar la previa vulneración de la legislación administrativa ambiental (el llamado tipo penal en blanco), y 3) que, dichas acciones puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

²⁵ Vid GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 1982.

te sustantiva y procesal de la regla *non bis in idem*, de que antes se hablaba. Una regla que, referida al conflicto Derecho Penal–Derecho Administrativo Sancionador, ha sido modelada, corregida y matizada por la jurisprudencia constitucional desde su creación y todavía sigue siéndolo.

A. La vertiente sustantiva del principio *non bis in idem*

El aspecto estrictamente material del *non bis in idem*, como vimos, supone la imposibilidad de la doble sanción cuando se hubiera apreciado identidad de hechos, sujetos y fundamento. Por tanto, atendiendo a su vertiente material el principio se considerará vulnerado cuando exista la triple identidad de hecho, sujeto y fundamento entre las dos sanciones impuestas, penal y administrativa.

Nadie pueda ser castigado dos veces por el mismo hecho y por idéntico fundamento, por lo que ante una concurrencia de normas sancionadoras, penal y administrativa, que tipifiquen el mismo ilícito; o ante una sola vulneración del ordenamiento jurídico subsumible tanto en la norma penal como administrativa, sólo se aplicará una de ellas. En síntesis, la imposición de una sanción excluirá a la otra.

Claro que, dada la incertidumbre que genera la simplicidad con que se encuentra regulado el principio, basta con echar mano de un concepto tan poco perfilado, como es el distinto “fundamento” de varias reacciones punitivas con que es susceptible de sancionarse una determinada conducta, para que terminen imponiéndose dos sanciones por el mismo hecho. Así ocurre en los supuestos de las relaciones especiales de sujeción, que pueden legitimar la concurrencia de la sanción penal con las sanciones disciplinarias en materia de medio ambiente (ej. las impuestas a los funcionarios, miembros de colegios profesionales y contratistas–concesionarios, entre otros) y las de policía demanial referidas a aguas, costas, etc. –en la mayor parte de los casos bienes de naturaleza ambiental–²⁶.

²⁶ La jurisprudencia constitucional admite la concurrencia de la sanción penal con la sanción administrativa de índole disciplinaria (SSTC 94/1986 [RTC 1986, 94], 98/1989 [RTC 1989, 98], 234/1991 [RTC 1991, 234], etc.). La justificación es que los bienes jurídicos protegidos por cada tipo de sanción son distintos: mientras la sanción penal protege valores comunes al conjunto de la sociedad, la sanción disciplinaria protege el orden interno de ciertas instituciones (establecimientos penitenciarios, función pública, colegios profesionales, etc.). Téngase en cuenta, en todo caso, que a veces la línea de demarcación entre lo que pertenece a la esfera disciplinaria y lo que queda fuera de ella no es del todo nítida.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la admisión de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, y la negación de responsabilidad penal de las mismas, permite que se sancione a distintas personas por unos mismos hechos en la vía administrativa y en la vía penal. Así, las sanciones penales deberían quedar reservadas para los directores y administradores de las personas jurídicas y, para éstas estarían reservadas las sanciones administrativas como consecuencia de la conducta de sus responsables, aplicadas por el propio juez, en la misma Sentencia en que establezca la responsabilidad criminal de sus directores y administradores²⁷.

B. La vertiente procesal del principio *non bis in ídem*

Cuando las normas punitivas concurrentes son de naturaleza penal y de carácter administrativo se aplica la regla de la prejudicialidad penal, esto es, se da preferencia al orden jurisdiccional penal en el enjuiciamiento y sanción de los hechos sobre el administrativo, lo que quizá hoy no esté muy justificado, ya que, como apuntábamos más arriba, las sanciones administrativas pueden superar en gravedad a las sanciones penales – salvo, claro está, por la privación de libertad que éstas pueden suponer –, quedando desnaturalizados los roles que corresponden al Derecho administrativo sancionador y al Derecho penal. De hecho, paulatinamente se está incrementando el grupo doctrinal que cuestiona la prevalencia de la justicia penal²⁸.

Pues bien, esa prevalencia del proceso y sanción penales no es más que un reflejo de la vertiente procesal del principio *non bis in ídem*²⁹: la prohibición de que se lleven a cabo dos procedimientos sancionadores por una misma infracción, reconocida, como vimos más arriba, en la STC 77/1983, de 3 de octu-

²⁷ Vid PIERANGELLI, J.E.: Ecología, Polución y Derecho Penal”, *Revista de Derecho Penal*, n° 21, 1983.

²⁸ REBOLLO PUIG, M: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Madrid, ed. MAP, 1989, págs. 814 y ss.; A. NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 3ª ed. Tecnos, 2002, págs. 398 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F. (con GONZÁLEZ PÉREZ, J.), en *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, 2ª Ed. Madrid, Civitas, t. II, pág. 2710, GALLARDO CASTILLO, M.J.: *Los Principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 295 a 320.

²⁹ Vid GARCÍA DE ENTERRÍA E, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Curso de Derecho Administrativo II”, Madrid, 1982.

bre, una Sentencia que resulta bastante clarificadora de la posición mantenida por el TC. Dispone esta Sentencia que:

“La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera. De esta premisa son necesarias las consecuencias siguientes: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso, b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones, procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos, c) la necesidad de respetar la cosa juzgada”.

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la prevalencia penal, en el supuesto de incompatibilidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, viene establecida con carácter general en el art. 7 del RP San; y, en el ámbito de la protección ambiental cabe citar, por ejemplo, el art. 36.3 de la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental, el art. 33 Ley 34/2007 de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, el art. 88 de la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental de Valencia; el art. 163 Ley 7/2007 de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de Andalucía; o bien, el artículo 78 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio natural y de la Biodiversidad dispone, en términos muy similares a las normas mencionadas, que:

“En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la Administración instructora pasará el tanto de culpa al órgano jurisdiccional competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no hubiese dictado sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, del hecho y del fundamento. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador, con base en los hechos que la jurisdicción competente haya considerado probados”.

Algunas de las reglas que pueden extraerse de esta regulación, apoyada en una nutrida jurisprudencia son éstas:

1) La preferente imposición de la sanción penal si los hechos son susceptibles de subsumirse en algún precepto penal, y el consiguiente bloqueo de la

sanción administrativa, si concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (STS de 19 de abril de 1999), correspondiendo al imputado probar la concurrencia de la identidad material (STS de 2 de junio de 2003), y

2) La suspensión del procedimiento administrativo cuando los mismos hechos han dado lugar a la iniciación de un procedimiento penal.

3) La obligación de la Administración de poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales correspondientes los hechos que pudieran revestir naturaleza delictual, con la consiguiente paralización del procedimiento administrativo sancionador en tanto no se dicte sentencia firme. En este sentido, la STS de 23 de julio de 1998 o la STSJ de Cantabria de 24 de febrero de 1999³⁰.

Otra cuestión es analizar los efectos de la sentencia penal. Y es que, dictada la sentencia de la Jurisdicción penal, si ésta es condenatoria, no hay duda de que la Administración deberá archivar los procedimientos iniciados, con el oportuno sobreseimiento de las actuaciones; pero, ¿y si es absolutoria?; ¿se permitiría entonces la reanudación de un procedimiento administrativo, con la posibilidad de que éste concluya con una resolución sancionadora? Nos preguntamos, en definitiva, por la posibilidad de que una absolución vaya seguida de una declaración de culpabilidad en toda regla.

En principio, si la absolución se fundamenta en la falta de participación del sujeto en el hecho la respuesta no plantea excesivos problemas, pero no ocurre lo mismo si la absolución se fundamenta en la no concurrencia de alguno de los elementos exigidos por la correspondiente figura del delito. Nos referimos a la falta de dolo o de algún elemento subjetivo injusto, habiéndose realizado el tipo objetivo; o, a la aplicación de una excusa absolutoria o una circunstancia eximente, habiéndose cumplido los elementos objetivos y subjetivos del tipo. La posición de la Administración ante las absoluciones así fundamentadas no parece fácil. En opinión de **QUINTERO OLIVARES**, la ausencia de determinados componentes subjetivos de algunos delitos puede dejar subsis-

³⁰ Importa hacer referencia en este punto a las diligencias de investigación de Ministerio Fiscal, en orden a si éstas son causa de suspensión de la tramitación del expediente administrativo sancionador, habida cuenta de lo establecido en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1990, de 26 de septiembre sobre “Contribución del Ministerio Fiscal a la Investigación y Persecución de los Delitos contra el Medio Ambiente”, que ordena a todos los fiscales la incoación de diligencias de investigación, en caso de tener noticia de la comisión de un delito contra el medio ambiente, en lugar del traslado a la autoridad judicial.

tente la infracción administrativa, pero en el resto de los casos cualquier decisión de la Administración rozaría peligrosamente la falta de respeto al *non bis in idem*, además de entrañar grandes peligros para la seguridad jurídica. Y qué decir de cómo quedaría el respeto a la primacía del Poder Judicial, si se legitima a la Administración para que analice las sentencias penales, para decidir el fundamento de la absolución y si éste deja abierto o no el campo sancionador administrativo³¹.

El criterio adoptado en la legislación ambiental, como otra parte en todos los ámbitos sancionadores administrativos, sin embargo, no parece que sea éste. Basta repasar los artículos que hemos relacionado más arriba para comprobarlo. El legislador ambiental declara que, de no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador, eso sí, teniendo en cuenta en todo caso los hechos que los tribunales hayan considerado probados.

En efecto, y ésta es una cuarta regla a añadir a las tres ya mencionadas, dictada una sentencia penal absolutoria la Administración que reanude el expediente sancionador queda vinculada por los hechos probados declarados por aquélla. De este modo, la jurisdicción penal incidirá en todo caso sobre la vía administrativa, que se verá sometida en su actuación por unos hechos que se erigen en verdad jurídica por su paso por la vía penal, lo que trae como consecuencia la prohibición absoluta de imposición de la sanción administrativa si el juez penal ha declarado expresamente los hechos como no probados. Es lo que doctrinalmente ha venido a denominarse *la erradicación de la doctrina de las dos verdades*, es decir, que lo declarado por la sentencia firme constituye verdad jurídica, en tanto que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, ya sean jurisdiccionales o administrativos. En este sentido se pueden citar las SSTC 107/1989, de 8 de junio, y 77/1983, de 3 de octubre, la STS de 23 de julio de 1998, SSTSJ de Cantabria de 3 de julio de 1997 y de 24 de febrero de 1999, entre otras muchas. La finalidad es evidente: se trata de evitar contracciones entre distintas resoluciones: la contenida en la sentencia penal y en la resolución administrativa³².

³¹ QUINTERO OLIVARES, G. "La autotela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspirados del derecho penal" en *Revista de Administración pública*, nº 126, págs. 281 y ss.

³² La STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2005 insiste en las tres posibilidades que tiene la Administración en torno al relato fáctico de los hechos tras el dictado de la sentencia penal: a) si el Tribunal penal declara inexistentes los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna; b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras

Hasta aquí se ha dado respuesta a todos aquellos supuestos en los el órgano jurisdiccional penal interviene cuando aún no se ha impuesto una sanción administrativa, o impuesta aún no es firme; pero, ¿qué ocurriría si el órgano sancionador administrativo interviene antes que el órgano jurisdiccional penal?; si un mismo hecho es susceptible de ser calificado de delito y de infracción administrativa y, por la razón que sea, es castigado por este último concepto, ¿quedaría cerrada la posibilidad de incriminación en vía penal, o podría sustanciarse con posterioridad un proceso penal que culminara con una sentencia condenatoria por los mismos hechos?; ¿acaso esto no estaría esto prohibido por la vertiente procesal del *non bis idem*?; ¿no estamos diciendo que este principio protege, no solo contra la dualidad de sanciones, sino también contra la dualidad de procedimientos?; ¿acaso sólo se reconoce el derecho a no ser sometido a un nuevo reproche punitivo cuando de un doble proceso penal se trata? Y, por último, ¿no es cierto que sería la propia Administración la que debería de soportar, en su caso, las consecuencias adversas de su mal proceder al no haber paralizado el procedimiento, y no el supuesto infractor al que ya se le ha sometido a un proceso? Nos preguntamos, en definitiva, por la difícil problemática jurídica que se genera cuando una sanción administrativa ya firme y ejecutada precede cronológicamente a la sustanciación y ulterior resolución de un proceso penal que culmina con la sentencia condenatoria impuesta.

La respuesta a todos estos interrogantes no es fácil. Un hito importante fue el implantado por la STC 177/1999, de 11 de octubre, que rompiendo con el criterio mantenido en la anterior STC 77/1983, vino a introducir importantes novedades en el tratamiento de esta materia, anteponiendo la imposibilidad de poder sancionar dos veces por unos mismos hechos, con independencia de cuál haya sido la Autoridad que haya acordado la primera sanción, al análisis de si la actuación del órgano Jurisdiccional prevalece sobre la del Administrativo.

En esta Sentencia el TC declara «la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa firme (impuesta por la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña a una empresa por carecer de autorización para efectuar vertidos contaminantes) se había ya producido» (f. j. 5^o) y ejecutado. Y lo hace, atendiendo a la vertiente mate-

causas, la Administración debe tenerlo en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo distinta de la penal, imponer la sanción que corresponde conforme al ordenamiento administrativo; y, c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlo administrativamente.

rial del principio *non bis in ídem*, trasladando al ámbito sancionador la conocida regla *prior in tempore, potior in iure*, de manera que la primera sanción impuesta, sea cual sea su carácter, cierra el paso a una posterior si concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, porque esa segunda sanción vulnera el derecho fundamental a no ser sancionado dos veces³³.

El TC, consciente del riesgo de degeneración que corría el *non bis in ídem*, convirtiéndose en un fácil recurso para obstaculizar o impedir la sanción penal, aprovechó la STC 152/2001, de 2 de julio, para matizar su anterior doctrina, exigiendo al recurrente la buena fe en el comportamiento procesal cuando alega la vulneración del *non bis in ídem* por la duplicidad de procedimientos sancionadores, lo que se traduce en el deber de invocar lo antes posible la eventual violación del derecho constitucional vulnerado.

En cualquier caso, pronto tiene lugar la nueva vuelta de tuerca en pro de la protección penal y de los Tribunales de justicia con la STC 2/2003, de 16 de enero. En esta Sentencia el TC niega el amparo, tras haberse seguido un proceso penal, cuando con anterioridad se había seguido un procedimiento administrativo sancionador por los mismos hechos, procedimiento administrativo que no fue recurrido ante los Tribunales de Justicia, es decir, sin haberse producido un control judicial ulterior por la jurisdicción Contencioso-Administrativa. El TC termina, así, por rectificar la doctrina constitucional de la STC 77/1999, reafirmando la prevalencia de la jurisdicción penal en los casos en que se hubiera adelantado la sanción administrativa, al entender que la no paralización del expediente sancionador por parte de las Autoridades Administrativas y la subsiguiente imposición de la multa no puede significar la destipificación penal de los hechos. Además, según esta Sentencia, no existe una dupli-

³³ En opinión de ALENZA GARCÍA, J.F. («Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental: funciones y problemas de articulación», en el vol. col. *Derecho penal de la empresa*, Pamplona, ed. Universidad Pública de Navarra, 2002., págs. 601-604) el criterio cronológico no parece que sea aquí adecuado. Primero, porque no hay que descartar que la Administración pueda estar implicada de alguna forma en la producción del daño ambiental. Pero, sobre todo, porque deja en manos del avisado infractor la posibilidad de cerrar la vía penal cuando ha sido sancionado por la Administración, cumpliendo la sanción y no recurriéndola (que es lo que sucederá cuando la sanción administrativa no sea más elevada que la eventual sanción penal, que será lo normal cuando la sanción administrativa se impone previa «negociación» informal entre el responsable y la Administración). Por ello, podía afirmarse que con este entendimiento del principio del *non bis in ídem* se corría el riesgo de que acabara degenerando en el principio de «quien no corre, vuela».

cación de sanciones que vulnere la dimensión material del *non bis in idem* cuando la condena penal toma en consideración la sanción administrativa—por ejemplo, imputando o descontando a la multa penal impuesta el importe de la sanción administrativa ya satisfecha. Declara literalmente que: “*no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción, puesto que materialmente sólo se le ha impuesto una sanción (se ha compensado una con otra); y que el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el doble reproche aflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto* (F.J. 6º). Pero entonces, ¿qué pasa con la vertiente procesal del *non bis in idem*?

Desde luego, no parece que la doctrina de la STC 2/2003 sea muy satisfactoria. Por un lado, como hace notar MUÑOZ LLORENTE, la solución de la compensación en el ámbito penal de la sanción administrativa previa no es aplicable cuando las sanciones previstas son heterogéneas, lo que ocurre en la mayoría de las veces, y aunque garantiza la proporcionalidad de la sanción, hace peligrar la seguridad jurídica que es el otro fundamento del *non bis in idem*³⁴.

Por otra parte, cuando la Administración no ha cumplido su obligación de paralizar el expediente y, aún evidenciándose la posible calificación de la conducta como delito o falta se ha dictado la resolución administrativa sancionadora, es evidente que el ciudadano no debe soportar las consecuencias del impropcedente actuar de la Administración, viéndose sometido a un segundo reproche aflictivo, y ello con independencia de que su conducta pudiera, en efecto, ser constitutiva de delito, porque si así se hiciera se estaría vulnerando la prohibición del *bis in idem* en su vertiente procesal.

Ciertamente esta opinión, defendida por algún sector de la doctrina, (administrativista en su mayoría, no penalista) no es, ni mucho menos pacífica. Son muchas las ocasiones en las que la vis atractiva de la jurisdicción penal se ha esgrimido para reclamar la prevalencia de la sanción penal en el caso que la Administración no haya cumplido su obligación de paralizar el expediente. Así lo hicieron notar los Magistrados Cruz Villalón y Casas Baamonde en su voto particular a la STC 177/1999, considerando ajena a la norma constitucional la solución de dar preferencia a la primera sanción que deviene firme, aún cuando

³⁴ Propone este autor como solución de lege ferenda reforzar la prevalencia y primacía de la jurisdicción penal, mediante la atribución a la misma de facultades para declarar la nulidad de la sanción administrativa (MUÑOZ LLORENTE, J.: *La nueva configuración del principio non bis in idem*, Ecoiris, 2001 cit., págs. 84–86 92 y ss.).

sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal en un proceso con todas las garantías. Es más, el TC se ha preocupado en confirmar y aclarar lo manifestado en su Sentencia 2/2003 en todas cada una de las ocasiones en las que ha tenido la oportunidad. Lo ha hecho en la STC 334/2005, de 20 de diciembre (RTC 2005, 334) y en la STC 48/2007, de 12 de marzo (RTC 2007, 48). En esta última reconoce que junto a la dimensión material, el principio *non bis in ídem* tiene una dimensión procesal constitucionalmente relevante, de la que se deriva fundamentalmente la interdicción constitucional de un doble proceso penal con el mismo objeto, pero añade que

“esta garantía que no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, “si-no tan sólo a aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad– como a las de la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud– pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal”.

También son muchas las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que, siguiendo la doctrina de la STC 2/2003, ponen de manifiesto que no puede hablarse de infracción del principio *non bis in ídem* por la previa persecución administrativa de la conducta y su sanción en ese ámbito. En este sentido cabe citar por todas la STS 540/2007, de 20 de junio (RJ 2007, 4749), que declara que:

“cuando un acto ilícito ha sido ya castigado por los Tribunales de justicia, la cosa juzgada impide una posterior actuación administrativa, pero no al revés; lo que significa que si es la Administración la primera en imponer la sanción, ello no impide la posterior actuación y sanción de los órganos judiciales penales”.

Sea como sea, y en opinión de una administrativista como la que escribe, no parece razonable que la vis atractiva de la jurisdicción penal pueda llevarse hasta estos extremos. A pesar de todo, la solución más acorde a la funcionalidad de la vertiente sustantiva y procesal del principio *non bis in ídem*, y más respetuosa además con el principio de seguridad jurídica, es la aportada por la meritada STC 177/1999 que, atendiendo a un criterio puramente cronológico, considera que la segunda sanción impuesta, sea cual sea el órgano que la impone – en el caso contemplado en la Sentencia, el órgano penal–, vulnera el principio *non bis in ídem*. Una decisión polémica desde el momento en que priva del ejercicio de la acción penal, aunque bien es verdad que es acorde con las mínimas exigencias de justicia, pues no se puede, no se debe, desplazar al administrado las consecuencias negativas del actuar ilícito de la Administración, sometiéndolo a un segundo enjuiciamiento, esta vez penal, por los mismos hechos.

Las cláusulas europeas de los nuevos Estatutos de Autonomía en la perspectiva del Tratado de Lisboa

David Ordóñez Solís

Magistrado, doctor en Derecho y miembro de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. PRIMERA PARTE. LA PARTICIPACIÓN REGIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA A PARTIR DEL TRATADO DE LISBOA 1. Los principios de gobernanza y de subsidiariedad para la implicación de las regiones en la Unión Europea 2. El reforzamiento del Comité de las Regiones 3. La participación de los Parlamentos regionales en la Unión Europea 4. El estatuto de las regiones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea III. SEGUNDA PARTE. LAS CLÁUSULAS EUROPEAS DE LOS ESTATUTOS DE LAS COMUNIDADES ESPAÑOLAS 1. La identidad y el compromiso de las Comunidades Autónomas españolas en clave europea 2. Los nuevos derechos fundamentales estatutarios en el contexto europeo 3. Las cláusulas de participación de las Comunidades Autónomas en las instituciones de la Unión Europea. A. Las Comunidades Autónomas españolas y el Consejo de la Unión Europea: participación interna, representación en el Consejo y las Delegaciones autonómicas ante la Unión Europea. B. Las Comunidades Autónomas españolas, la Comisión Europea y el Comité de las Regiones. C. Los Parlamentos autonómicos españoles y el Parlamento Europeo. D. Las Comunidades Autónomas españolas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 4. Las cláusulas de participación autonómica en la ejecución del Derecho de la Unión Europea: transposición de directivas y gestión de fondos comunitarios a) La competencia de la ejecución del Derecho de la Unión Europea b) Las directivas europeas, la legislación básica estatal y la legislación autonómica c) La gestión de los fondos europeos por las Comunidades Autónomas. IV. CONCLUSIÓN

RESUMEN:

El proceso de reforma de los Estatutos de autonomía en 2006 y 2007 ha sido paralelo a la renovación constitucional de la Unión Europea llevada a cabo, finalmente, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. La participación de las regiones en la Unión Europea se ha visto reforza-

da con el nuevo Tratado europeo a pesar de que los Estados miembros siguen teniendo el protagonismo institucional. Al mismo tiempo, los Estatutos de autonomía que hasta ahora se han remozado han codificado, sin mayores objeciones políticas ni judiciales, las normas y de los convenios adoptados hasta ahora y que afectan a la participación interna y externa de las Comunidades Autónomas, y que suponen la implicación regional tanto en la fase de adopción como en la fase de ejecución del Derecho de la Unión Europea.

Palabras clave:

Región, Tratado de Lisboa, Unión Europea, Sistema Institucional Europeo, Descentralización

ABSTRACT:

The process of reform of the Spanish Regions in 2006 and 2007 has been parallel to the constitutional developments in the European Union, concluded with the entry in force of the Lisbon Treaty on 1st december 2009. The regional participation in the European Union has been reinforced by the new European Treaty, notwithstanding the pivotal role of Member States in the institutional framework. At the same time and without political nor judicial complains, the Autonomous Fundamental Laws that have been reformed until now codify the legislative and conventional practices regarding the internal and the European regional participation. These new constitutive provisions strengthen the implication of Spanish Regions in the European decision process making and in the enforcement of the Law of the European Union.

Key words:

Region, Treaty of Lisbon, European Union, European Institutional System, Devolution

I. INTRODUCCIÓN

El 1 de diciembre de 2009 entró en vigor el Tratado de Lisboa con lo que culminó un largo proceso de *constitucionalización* de la Unión Europea que se había iniciado al día siguiente de la firma en 2001 del Tratado de Niza. Inicialmente la reforma constitucional se recogió en el malogrado Proyecto de Tratado de Constitución europea de 29 de octubre de 2004 pero los desastres referendarios en Francia, Países Bajos e Irlanda obligaron a maquillar las re-

formas firmadas en Roma con el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007¹.

El Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tal como han sido modificados por el Tratado de Lisboa, no son especialmente innovadores en cuanto se refiere a la participación de las regiones en la integración europea, pero no hay duda de que las regiones en Europa han adquirido un particular estatuto que si bien no es comparable con el de los Estados miembros dista de ser, como ocurría en la práctica en los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas de los años 50, una mera referencia geográfica. Algunos de los principales Estados de la Unión Europea cuentan con sistemas federales o regionales particularmente sólidos, como es el caso de Alemania, Bélgica, Austria, España o Italia; algunos han conferido autonomía especial a determinadas regiones como las Islas Azores en Portugal o las Islas Åland en Finlandia; y, en fin, otros países tradicionalmente centralistas, como pudiera ser el caso del Reino Unido o Francia, han propiciado, bien es verdad que paulatinamente, una cierta descentralización territorial.

El marco institucional europeo permite, en cierta medida, una participación de las regiones, hasta el punto de contar con un Comité de las Regiones y los principios que inspiran el funcionamiento de la Unión Europea alientan la implicación en la adopción de decisiones y en su ejecución a los distintos niveles de gobierno de los Estados miembros, incluidos los regionales y los locales.

Casi al mismo tiempo que se constitucionalizaba la Unión Europea, en España se ha llevado a cabo a partir de 2005 un proceso, que aún no ha concluido, de renovación de los Estatutos de autonomía en el que, de manera especial y sin particulares controversias a diferencia de otras cuestión especialmente conflictivas, se ha tenido en cuenta por primera vez y de modo sistemático la participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea.

Los Estatutos de Autonomía renovados en 2006 y 2007 introducen unas cláusulas europeas que, en líneas generales, suponen la *estatutarización* de los avances habido hasta ahora en la participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea y cuya constitucionalidad ha sido corroborada por la sen-

¹ David ORDÓÑEZ SOLÍS, “Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto* n° 40/2009, Bilbao, pp. 109-148.

tencia nº 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto catalán². Es importante subrayar que, a diferencia de otros aspectos sumamente controvertidos como el uso de término nación, el blindaje de las competencias asumidas por Cataluña o la configuración del Poder judicial en el Estatuto, la impugnación judicial de las cláusulas europeas había sido sólo incidental y más bien se relacionaba con los aspectos sustantivos internos. Lo relevante es que el Tribunal Constitucional, prácticamente cohesionado y sin discrepancias significativas en los votos particulares, no apreció inconstitucionalidad alguna en la redacción de las cláusulas europeas del nuevo Estatuto catalán, apuntando solo en algunos supuestos puntualizaciones esencialmente técnicas. No obstante, en su sentencia el Tribunal Constitucional repite: «la participación de la Generalitat, prevista en el Estatuto, en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a las competencias o intereses de Cataluña ha de tener lugar en los concretos términos que establezca la legislación del Estado» (FJ 122).

El contraste entre el estatuto regional que resulta de la reforma del Tratado de Lisboa y las cláusulas estatutarias autonómicas españolas puede servir de referencia sobre lo que son y lo que pueden hacer las regiones, en particular las Comunidades Autónomas españolas, en la Unión Europea.

Así pues, me propongo examinar la dimensión regional de ambos procesos: por una parte, la implicación regional en la Unión Europea impulsada en Lisboa y, por otra, la *estatutarización* de la participación de las Comunidades Autónomas españolas en Europa. En una primera parte pretendo exponer cuál es, a raíz del Tratado de Lisboa, el espacio que ofrece la actual Unión Europea a la participación de las regiones; y, en la segunda parte, procuro analizar, tal como

² El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la reforma estatutaria valenciana, desestimando los recursos formulados por el Gobierno aragonés, en la sentencia nº 247/2007, de 12 de diciembre (Pleno, ponente: Pérez Vera) y, por el Gobierno castellano-manchego, en la sentencia nº 249/2007, de 13 de diciembre (Pleno, ponente: Delgado Barrio) en relación con el reconocimiento del 'derecho de redistribución de los sobrantes de agua de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal'. La sentencia nº 31/2010, de 28 de junio (Pleno, ponente: Casas Baamonde) estima en parte el recurso de inconstitucionalidad formulado por el Partido Popular contra el nuevo Estatuto de Autonomía para Cataluña; la doctrina contenida en esta sentencia se ha aplicado para desestimar en dos sentencias de 8 de septiembre y una de 9 de septiembre de 2010 los recursos de inconstitucionalidad las sentencias nº 46/2010 y nº 47/2010, de 8 de septiembre, nº 48/2010, de 9 de septiembre, y nº 49/2010, de 29 de septiembre de 2010 los recursos interpuestos por el los Gobiernos de Aragón, Illes Balears y Valencia contra el Estatuto catalán que, en sustancia, remiten a la interpretación de la sentencia Aragón, Illes Balears, Valencia y Murcia nº 31/2010.

se recogen en sus nuevos Estatutos, los procedimientos de participación de las Comunidades Autónomas españolas en los asuntos europeos.

II. PRIMERA PARTE. LA PARTICIPACIÓN REGIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA A PARTIR DEL TRATADO DE LISBOA

El Tratado de Lisboa constituye un paso más, probablemente el tercero más importante de la integración europea, desde que se fundaran las Comunidades Europeas en los años 50 y desde que se diera un giro radical al proyecto comunitario europeo con la firma del Tratado de Maastricht en 1992. Ahora bien, desde el punto de vista de la participación regional en la Unión Europea el Tratado de Lisboa solo aporta pequeñas novedades aunque, ciertamente, mantiene el tradicional sistema institucional de creación y aplicación del Derecho de la Unión Europea en el que paulatinamente se ha propiciado la participación regional.

Las novedades más importantes del Tratado de Lisboa que podrían afectar directa o indirectamente a las regiones giran en torno a la consolidación de los principios de gobernanza y de subsidiariedad, al fortalecimiento del Comité de las Regiones y a la nueva dimensión aportada a los Parlamentos nacionales, incluidos los Parlamentos regionales, en el procedimiento de adopción de decisiones. Estos avances, sin embargo, no pueden minimizar las reticencias que en determinados ámbitos, en particular en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, suscita un fortalecimiento del estatuto de las regiones europeas.

1. Los principios de gobernanza y de subsidiariedad para la implicación de las regiones en la Unión Europea

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consagra en su artículo 15 (antiguo artículo 255 Tratado CE) el principio de gobernanza en estos términos: «A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura».

Con la consagración de este principio de gobernanza se dulcifica, de algún modo, la aplicación de la tradicional autonomía institucional y procedimental que se reconoce a los Estados miembros en la Unión Europea. En efecto, tal como ha reiterado el Tribunal de Justicia, es indiferente para el Derecho de la Unión Europea la organización interna de cada Estado miembro, lo que, en definitiva, resulta relevante es la participación o la relación de cada Estado miem-

bro con las instituciones europeas de acuerdo con su propio sistema constitucional interno.

Esto explica que, por ejemplo, un principio tan característicamente federal como el de subsidiariedad se haya revestido y adaptado a cualquier interpretación sea o no federal o regional. Y lo mismo ocurre con la formulación del principio de gobernanza como implicación de los distintos niveles de gobierno de la Unión Europea.

Ahora bien, la proclamación de los dos principios, de gobernanza y de subsidiariedad, y la existencia de procedimientos específicos para hacer valer el principio de subsidiariedad, contribuirán, sin lugar a dudas, a impulsar, aun cuando sea limitadamente, la participación regional en la Unión Europea.

El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad prevé que la Comisión Europea, antes de proponer un acto legislativo, proceda a amplias consultas y «ten[ga] en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas». Y también este mismo Protocolo, perfeccionado en Lisboa, exige la motivación de las propuestas legislativas «en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad» lo que significa, en particular, que se incluyan «elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional».

2. El reforzamiento del Comité de las Regiones

El Tratado de Lisboa supone el impulso más importante recibido por el Comité de las Regiones desde su constitución en 1994. Por una parte, destaca la amplia obligación de las instituciones, el Consejo y la Comisión, de consultar al Comité de las Regiones en determinadas materias así como la ampliación de su derecho a formular dictámenes por iniciativa propia o cuando las instituciones consulten al Comité Económico y Social y en ese caso «cuando [el Comité de las Regiones] estime que hay intereses regionales específicos en juego» (artículo 307 Tratado FUE). Y, por otra parte, el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad abre nuevos horizontes al Comité de las Regiones.

Desde el punto de vista institucional, las regiones reciben un importante impulso en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al reforzar el Comité de las Regiones y al configurar algunas políticas de la Unión, tal como se

había establecido en reformas previas (política agrícola, política regional, política social y medioambiente) y en los términos en que se introduce en nuevos ámbitos de actuación complementaria (salud, educación, cultura y turismo).

El Comité de las Regiones, aun cuando no ha podido llevar a cabo hasta ahora más que actuaciones simbólicas, se ha constituido probablemente en el foro más importante del movimiento regional europeo y es el ámbito institucional más apropiado para la representación de los intereses locales, especialmente postergados en la Unión Europea.

El Comité de las Regiones podrá adquirir una nueva dimensión y podrá alcanzar una clara visibilidad en el ejercicio de su nueva legitimación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el fin de salvaguardar sus prerrogativas como órgano de representación regional y local (artículo 263.3 Tratado FUE) y para controlar la aplicación del principio de subsidiariedad. En este último caso, el Protocolo sobre la subsidiariedad otorga legitimación expresa al Comité de las Regiones para interponer ante el Tribunal de Justicia recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta.

3. La participación de los Parlamentos regionales en la Unión Europea

Probablemente una de las contribuciones más originales del Tratado de Lisboa haya sido la implicación decidida de los Parlamentos nacionales en la integración europea. De hecho, el artículo 12 TUE dispone: «Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión». La participación de los Parlamentos nacionales, incluidos los regionales, se prevé a través de dos Protocolos al Tratado constitutivo: el Protocolo n° 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea establece mecanismos de colaboración, propuesta y control en los asuntos europeos. Precisamente, una de las competencias que se atribuye a los parlamentos nacionales es el control del cumplimiento de la subsidiariedad y de la proporcionalidad hasta el punto de que en el Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad hace referencia expresa a los Parlamentos regionales.

El Protocolo n° 1 sobre los Parlamentos nacionales pretende, en especial, «impulsar una mayor participación de los Parlamentos nacionales en las actividades de la Unión Europea e incrementar su capacidad para manifestar su opinión sobre los proyectos de actos legislativos de la Unión Europea y otros asuntos que consideren de especial interés». Se trata de una participación abierta

que, no obstante, queda a la discreción y a la voluntad y disposición de cada Parlamento el ejercicio de su capacidad de influencia en el proceso de adopción de decisiones en la Unión europea.

El Protocolo n° 2 es un mecanismo de control del mismo proceso de adopción de decisiones en la aplicación de la subsidiariedad y de la proporcionalidad. Este procedimiento confiere a los Parlamentos nacionales un poder que expresa en estos términos su artículo 6: «Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas».

La fuerza del dictamen de los Parlamentos nacionales sólo se adquiere cuando se hayan pronunciado en el mismo sentido un tercio o un cuarto si se trata de cuestiones relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia del total de los mismos y sus efectos consisten en que el proyecto vuelva a ser considerado por la Comisión Europea; asimismo, en caso de que llegue al Consejo cabe el rechazo de la propuesta por el 55% de los miembros o por la mayoría del Parlamento Europeo; en fin, los Parlamentos nacionales pueden, a través de sus Gobiernos, formular recursos de anulación fundados en la vulneración de la subsidiariedad y de la proporcionalidad. En este sentido y tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia de 30 de junio de 2009, «la eficacia de este mecanismo dependerá de la capacidad organizativa de adaptarse con el fin de obtener ventajas útiles en un breve plazo de ocho semanas»³.

4. El estatuto de las regiones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Los avances ‘regionales’ antes referidos no impiden constatar las reticencias del Tribunal de Justicia a otorgar un *status* procesal privilegiado a las Regiones:

³ Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia de 30 de junio de 2009 (2 BvE 2/08 – 2 BvE 5/08 – 2 BvR 1010/08 – 2 BvR 1022/08 – 2 BvR 1259/08 – 2 BvR 182/09) (Tratado de Lisboa).

tanto en lo que se refiere a la legitimación pasiva en los recursos por incumplimiento como a la legitimación activa en los recursos de anulación, prefiriendo en ambos casos considerar en exclusiva a los respectivos Estados miembros.

El Tribunal de Justicia sólo admite que los recursos por incumplimiento, habitualmente interpuestos por la Comisión Europea, se dirijan contra los Estados miembros, aunque esto no le impide, al analizar el cumplimiento del Estado miembro en cuestión, señalar si el origen de la infracción está en una determinada Región⁴.

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ha desautorizado la mayor comprensión del Tribunal de Primera Instancia con la legitimación de las Regiones para impugnar decisiones de la Comisión Europea relativa a la gestión de fondos europeos. Tal es el caso de dos sentencias del Tribunal de Justicia relativas a las correcciones financieras del FEDER realizadas por la Comisión y recurridas judicialmente por la región de Sicilia: mientras que el Tribunal de Primera Instancia admitió y desestimó los recursos, el Tribunal de Justicia corrigió la interpretación de instancia e inadmitió ambos recursos por falta de legitimación activa de Sicilia⁵.

En estas sentencias el Tribunal comunitario recuerda que el recurso de anulación de una entidad regional o local no puede asimilarse al recurso de un Estado miembro, toda vez que el concepto de Estado miembro «únicamente va destinado a las autoridades gubernativas de los Estados miembros. Dicho concepto no puede ampliarse a los Gobiernos de regiones o entidades de ámbito inferior al Estado sin conculcar el equilibrio institucional previsto por el Tratado» (apartado 21).

⁴ En la sentencia de 7 de mayo de 2009, Comisión / España, relativa a la designación de las autoridades competentes para determinadas demarcaciones hidrográficas, (C-516/07, *Rec. p. I-*), el Tribunal de Justicia concluye: «De todas las consideraciones anteriores resulta que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartados 2, 7 y 8, de la Directiva 2000/60, al no haber designado las autoridades competentes para aplicar las disposiciones de dicha Directiva por lo que respecta a las Comunidades Autónomas de Galicia, del País Vasco, de Andalucía, de Baleares y de Canarias» (apartado 64).

⁵ TJCE (GS), sentencia de 2 de mayo de 2006, Regione Siciliana / Comisión (ayuda del FEDER para la autopista Mesina-Palermo) (C-417/04 P, *Rec. p. I-3881*) y TJCE, sentencia de 22 de marzo de 2007, Regione Siciliana / Comisión (ayuda del FEDER para el proyecto de embalse en el río Gibbesi) (C-15/06 P, *Rec. p. I-2591*).

Y a tal efecto, el Tribunal de Justicia explica que, si bien Sicilia había sido designada autoridad responsable de la realización del proyecto FEDER, «sin embargo, ninguno de los elementos que obran en autos permite concluir que la recurrente resultó directamente afectada, a efectos del artículo 230 CE, párrafo cuarto, en dicha condición. A este respecto, es preciso destacar que la función de autoridad responsable de la realización del proyecto, mencionada en el anexo de la Decisión de concesión, no implicaba que la propia recurrente fuera titular del derecho a la ayuda» (apartado 30).

Y también en otros ámbitos menos decisivos, el Tribunal de Justicia se ha negado a igualar, a efectos del reconocimiento de derechos de eurofuncionarios, la relación entre el Estado central, como Estado miembro, y una Región, en este caso una Comunidad Autónoma. Los litigios que enjuiciaron los Tribunales comunitarios se referían a ventajas salariales de aquellos eurofuncionarios que previamente habían estado destacados en Bruselas como empleados de las Regiones europeas y que pretendían que se equiparase su situación de expatriación a la vinculación con la Representación Permanente ante la Unión Europea.

En estos supuestos las instituciones europeas denegaron las solicitudes de indemnización por expatriación presentadas por varios eurofuncionarios que previamente habían desempeñado su trabajo en las oficinas, sociedades o patronatos de las Comunidades Autónomas en Bruselas dado que para el Tribunal de Justicia sólo podía considerar en situación de expatriación a los empleados públicos que hubiesen formado parte oficialmente de la representación permanente de ese Estado⁶.

⁶ Así resulta de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 13 de septiembre de 2005, Recalde Langarica / Comisión (T-283/03, *Rec.* p. II-1075) donde la reclamación la formulaba una persona que había trabajado en Bruselas en la sociedad Interbask, vinculada al Gobierno vasco; y de las sentencias de 25 de octubre de 2005 en asuntos muy similares: así, en el caso Salvador García / Comisión (T-205/02, *Rec.* p. II-1311) el recurrente había prestado servicios para Sociedad de Desarrollo de Navarra, Sodena, S.A., vinculada a la Comunidad Autónoma de Navarra; en el asunto Dedeu i Fontcuberta / Comisión (T-299/02) el recurrente había trabajado también para el Patronat Catalá pro Europa, aunque acreditó que no había residido en Bruselas en los términos previstos por la regulación de la indemnización por expatriación; en el asunto Bustamante Tello / Consejo (T-368/03, *Rec.* p. II-1439), el eurofuncionario había trabajado previamente en la Oficina de Murcia en Bruselas; y el asunto Salazar Brier / Comisión (T-83/03), se trataba de un funcionario que previamente estaba vinculado al Gobierno de Canarias. La posición del Tribunal de Justicia se ofrece en las sentencias de 29 de noviembre de 2007, Salvador García / Comisión (C-7/06P, *Rec.* p. I-10265), Herrero Romeu / Comisión

III. SEGUNDA PARTE. LAS CLÁUSULAS EUROPEAS DE LOS ESTATUTOS DE LAS COMUNIDADES ESPAÑOLAS

Al mismo tiempo que se ponía en marcha en España el Estado de las Autonomías se inició la negociación de la adhesión a las Comunidades Europeas. Los dos primeros Estatutos, el catalán y el vasco, se aprobaron en diciembre de 1979 y el último Estatuto publicado fue el de Castilla y León en 2003. La adhesión se solicitó en 1978 y las negociaciones se iniciaron en 1979, culminándose con la firma del Tratado de Adhesión el 12 de junio de 1985, que entró en vigor el 1 de enero de 1986.

La integración de España en Europa ha supuesto tanto un freno como un impulso del mismo proceso de descentralización española. La dinámica reticente a la implicación de las Comunidades Autónomas puede observarse en períodos muy significativos como pueden ser los tres primeros años de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, de 1986 a 1988, en el Gobierno presidido por Felipe González, o las épocas en que los Gobiernos centrales no requerían apoyo de grupos nacionalistas, como la legislatura comprendida entre 2000 y 2004 bajo el protagonismo del Gobierno de José María Aznar; pero también en otras épocas la participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea tuvo un significativo impulso cuando Gobiernos centrales de distinto sig-

(C-8/06P, *Rec.* p. I-10333; Salazar Brier / Comisión (C-9/06P, *Rec.* p. I-10357); y De Bustamante Tello / Consejo (C-10/06, *Rec.* p. I-10381); por ejemplo, en esta última sentencia el Tribunal de Justicia puntualiza: «Aun cuando el reparto de competencias en el plano estatal interno varía en función de la estructura institucional de cada Estado, éste debe tener la consideración, en Derecho internacional público, de sujeto con carácter unitario. A la luz de esta interpretación, se exige que el Estado esté representado, ante otros Estados y ante las organizaciones internacionales, por un sistema de representación diplomática único, que es reflejo de la unidad, en el plano internacional, del Estado de que se trate» (apartado 39); y, para concluir, el Tribunal de Justicia explica: «con carácter ilustrativo, se ha de señalar que en España, en virtud del Acuerdo sobre la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea y sobre la participación de las Comunidades Autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea y sobre el sistema de representación autonómica en las formaciones del Consejo de la Unión Europea, aprobado por el Gobierno español el 9 de diciembre de 2004 en el marco de la Conferencia para Asuntos con las Comunidades Europeas (aunque este Acuerdo no existiese en la época de los hechos que dieron lugar al presente litigio y, por lo tanto, no le sea aplicable), al menos dos puestos de consejero para asuntos autonómicos en dicha Representación Permanente están ocupados por funcionarios de las Comunidades Autónomas con competencias en el plano estatal interno, pero integrados en esa Representación Permanente» (apartado 49).

no requirieron un importante apoyo nacionalista, catalán o vasco, como ocurrió con los últimos años del Gobierno de Felipe González, de 1992 a 1996, el Gobierno de José M^a Aznar entre 1996 y 2000 o con los Gobiernos de José Luis Rodríguez Zapatero a partir de 2004⁷.

Aun cuando suponga una cierta simplificación podría analizarse la participación autonómica en Europa en torno a tres períodos: el primer período estaría marcado por la creación de las Comunidades Autónomas y por la negociación y adhesión de España a las Comunidades Europeas (1978 a 1992); el segundo período coincidiría con la consolidación de las Comunidades Autónomas y su participación en la integración europea, que toma impulso a partir de la puesta en marcha en Maastricht de la Unión Europea (de 1993 a 2006); y el tercer período se abriría en España con la renovación de los Estatutos de Autonomía a partir de 2006 que incluyen importantes cláusulas europeas y la firma y la ratificación del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

El período actual caracterizado por la renovación de los Estatutos de autonomía se inicia con el ‘Proyecto de nuevo Estatuto vasco’, impulsado por el presidente Ibarretxe, que fue rechazado por las Cortes Generales en enero de 2005⁸. En cambio, en 2006 y en 2007 se culminó el proceso de renovación de seis Estatutos autonómicos⁹: el valenciano (10 de abril de 2006)¹⁰, el catalán (19

⁷ La estabilidad de los Gobiernos españoles ha sido proverbial pues desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se han sucedido nueve legislaturas de las Cortes Generales, habiendo elegido el Congreso de los Diputados sólo a cinco personas como presidentes del Gobierno de la Nación: Adolfo Suárez y Leopoldo Calvo-Sotelo en la I Legislatura (1979–1982); Felipe González en las Legislaturas II (1982–1986), III (1986–1989), IV (1989–1993) y V (1993–1996); José María Aznar en las Legislaturas VI (1996–2000) y VII (2000–2004); y José Luis Rodríguez Zapatero en las Legislaturas VIII (2004–2008) y IX (iniciada en 2008).

⁸ Propuesta de reforma de Estatuto político de la Comunidad de Euskadi presentada por el Parlamento Vasco (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, 21 de enero de 2005, n^o 149–1).

⁹ En realidad también se tramitaron otros dos: la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, presentada el 14 de septiembre de 2006 en el Congreso de los Diputados, que fue retirada en enero de 2008; y la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla–La Mancha presentada el 1 de febrero de 2007 y que ha continuado tramitándose en la actual Legislatura.

¹⁰ Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (*BOE* n^o 86, de 11 de abril de 2006).

de julio de 2006)¹¹, el balear (28 de febrero de 2007)¹², el andaluz (19 de marzo de 2007)¹³, el aragonés (20 de abril de 2007)¹⁴ y el castellano-leonés (30 de noviembre de 2007)¹⁵. Ya en la actual legislatura las Cortes Generales asimismo, se acaba de adoptar la reforma del Estatuto de Navarra (27 de octubre de 2010)^{15bis} y se tramitan los proyectos de reforma de los Estatutos castellano-manchego¹⁶ y extremeño¹⁷.

Es difícil hacer una clasificación de los seis Estatutos de autonomía aprobados hasta ahora pero indudablemente en sus respectivas elaboraciones el enfoque ha sido muy distinto en el caso del Estatuto catalán respecto de los demás. En la elaboración del vigente Estatuto catalán las fuerzas políticas regionales que lo propusieron apostaron por un Estatuto de máximos y apuraron hasta extremos que sólo mediante negociaciones y transacciones finales se suavizaron por el Gobierno socialista de la Nación y con la reticencia del Partido conservador de la oposición. En cambio, en los otros cinco hubo consenso entre los dos partidos estatales mayoritarios; aun cuando en unos casos se pretendió imitar, ciertamente de modo muy matizado, el maximalismo catalán, como la opción en el caso del Estatuto andaluz, en los demás se prefirió un perfil más técnico y mucho menos politizado.

¹¹ Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE n° 172, de 20 de julio de 2006).

¹² Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (BOE n° 52, de 1 de marzo de 2007).

¹³ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE n° 68, de 20 de marzo de 2007).

¹⁴ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (BOE n° 97, de 23 de abril de 2007).

¹⁵ Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (BOE n° 288, de 1 de diciembre de 2007).

^{15bis} Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra (BOE n° 261, de 28 de octubre de 2010).

¹⁶ Congreso de los Diputados, Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, presentado el 1 de abril de 2008 y que, no obstante, parece haber encallado su tramitación en abril de 2010.

¹⁷ Congreso de los Diputados, Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, presentado el 28 de septiembre de 2009.

Esta distinción entre el Estatuto catalán y los demás se observa, aunque de manera tenue, en las cláusulas europeas: muy minuciosas y detalladas en el Estatuto catalán y, por imitación, en el Estatuto andaluz; y, por lo general, mucho más genéricas en los demás Estatutos valenciano, balear, aragonés, castellano-leonés y navarro.

Así pues, en todos los Estatutos renovados se recoge un apartado especial, con un contenido mínimo muy similar, dedicado a la participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea que utiliza títulos bien distintos: en el caso del Estatuto catalán el capítulo dedicado a estas cuestiones se titula: ‘Relaciones de la Generalitat con la Unión Europea’; los Estatutos valenciano, balear y aragonés se refieren en un apartado específico a las ‘Relaciones con la Unión Europea’; el Estatuto castellano-leonés aporta una interesante precisión titulando el capítulo correspondiente en estos términos: ‘Relaciones con la Unión Europea y participación en la política europea del Estado’.

Todas las reformas y las renovaciones de los Estatutos de autonomía contienen un elenco de cláusulas europeas que, básicamente, pueden clasificarse en torno a estos aspectos. En primer lugar pretenden poner de manifiesto la identidad de cada Comunidad Autónoma en Europa y subrayan la existencia de relaciones entre la respectiva Comunidad Autónoma y la Unión Europea, diferenciadas, por una parte, de las propias relaciones entre niveles de gobierno dentro de España, y, a la vez, especializadas en el ámbito de las ‘relaciones exteriores’. En segundo lugar, los nuevos Estatutos realizan invocaciones a la dimensión europea en relación con los nuevos derechos fundamentales ‘estatutarios’. Y, en tercer lugar, se regula la participación en la formación de la voluntad de las instituciones y órganos de la Unión Europea y se procura la implicación de cada Comunidad Autónoma en la aplicación del Derecho y de las políticas de la Unión, incluida la gestión de los fondos europeos¹⁸.

1. La identidad y el compromiso de las Comunidades Autónomas españolas en clave europea

Las Comunidades Autónomas han aprovechado las reformas estatutarias para confesar su vocación europea y para reafirmar su compromiso con la integración europea. Existe una necesidad de anclar los nuevos Estatutos autonó-

¹⁸ David ORDÓÑEZ SOLÍS, “Las relaciones entre la Unión Europea y las Comunidades Autónomas en los nuevos estatutos”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, nº 4, 2007, pp. 69–128.

micos en la Unión Europea bien para difuminar el que podría considerarse estrecho y a veces incómodo contexto estatal bien para encarecer la participación regional.

En el caso del Proyecto de Estatuto vasco se proclamaba en el preámbulo: «El pueblo vasco o Euskal Herria es un pueblo con identidad propia en el conjunto de los pueblos de Europa». Más atenuadamente y con la idea de reafirmación europea, es significativo que el preámbulo del nuevo Estatuto catalán proclame: «Cataluña, a través del Estado, participa en la construcción del proyecto político de la Unión Europea, cuyos valores y objetivos comparte». Y el artículo 3.2 del mismo Estatuto catalán reconoce: «Cataluña tiene en el Estado español y en la Unión Europea su espacio político y geográfico de referencia e incorpora los valores, los principios y las obligaciones que derivan del hecho de formar parte de los mismos».

En el Estatuto andaluz en su artículo 1.4 se prevé: «La Unión Europea es ámbito de referencia de la Comunidad Autónoma, que asume sus valores y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por el respeto de los derechos de los ciudadanos europeos». En un sentido muy similar, el artículo 1.2 del reformado Estatuto castellano-leonés proclama: «La Comunidad de Castilla y León, como región de Europa, asume los valores de la Unión Europea y vela por el cumplimiento de sus objetivos y por la defensa de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico europeo».

Esto es lo que proclama también el preámbulo del Estatuto aragonés conforme al cual y por una parte: «Este Estatuto [aragonés] se abre a nuevos horizontes como el de su vocación europea, asociada a su tradicional voluntad de superar fronteras...». Y, por otra parte, de manera más precisa: «El presente Estatuto sitúa a Aragón en el lugar que, como nacionalidad histórica, le corresponde dentro de España y, a través de ella, su pertenencia a la Unión Europea...».

También el preámbulo de la reforma del Estatuto balear señala: «las Illes Balears, mediante su Estatuto, pretenden continuar en su proceso colectivo de avanzar hacia su autogobierno en el marco del Estado Español y la Unión Europea».

Estas proclamaciones tienen un valor retórico y enfático indudable, pero no dejan de adelantarse a la Constitución española que, hasta ahora, no cuenta con una cláusula europea específica a pesar de los proyectos convenientemente con-

sensuados al efecto¹⁹. En cambio, en otros casos, como ocurría con el proyecto de nuevo Estatuto canario al proclamar las Islas Canarias como «región ultraperiférica de la Unión Europea» se estaba aplicando las mismas previsiones constitucionales de la Unión Europea.

Al mismo tiempo y ya con un propósito práctico patente, los nuevos Estatutos dedican algunas de sus cláusulas a fomentar la cooperación con las regiones de la Unión Europea.

Así, por ejemplo, el Estatuto valenciano en su artículo 61.3.e) atribuye a la Comunitat valenciana la facultad de «participar, de forma especial, en el marco de la Asociación Euromediterránea»; y también en su artículo 61.4 dispone: «La Generalitat, igualmente, podrá formar parte y participar en organizaciones e instituciones supranacionales de carácter regional».

El Estatuto catalán recoge en su artículo 197 una regulación de la ‘Cooperación transfronteriza, interregional y al desarrollo’ y, por lo que ahora interesa, dispone en su apartado 1: «La Generalitat debe promover la cooperación con las regiones europeas con las que comparte intereses económicos, sociales, ambientales y culturales, y debe establecer las relaciones que correspondan».

Y la cooperación transfronteriza con otras regiones europeas viene recogida, por ejemplo en el Estatuto aragonés, en el ámbito de las relaciones internacionales. Así, el artículo 98.1 dispone: «La Comunidad Autónoma de Aragón, como territorio limítrofe, promoverá la cooperación con las regiones europeas con las que comparte, por dicho carácter, intereses económicos, sociales, ambientales y culturales».

2. Los nuevos derechos fundamentales estatutarios en el contexto europeo

Los nuevos Estatutos de autonomía consagran unos ‘derechos estatutarios’ de carácter fundamental. Aun cuando ha limitado el alcance de esta estatutización, en la medida en que «los Estatutos de Autonomía no pueden establecer

¹⁹ Véase, por todos, el *Informe E-1/2006, de 16 de febrero de 2006, sobre modificaciones de la Constitución española* del Consejo de Estado (Pleno); también la publicación *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos», no hay duda de que el Tribunal Constitucional ha tolerado su regulación y les ha reconocido efectos interpretativos²⁰.

La consagración de nuevos derechos fundamentales estatutarios es propia y peculiar del Estatuto catalán y, aunque más discretamente desde el punto de vista político, se ha reproducido en los otros cinco estatutos. A tal efecto y casi de modo sistemático, todos los Estatutos contienen directa o indirectamente referencias al Convenio Europeo de Derechos Humanos y en algunos supuestos a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Así, el reformado artículo 8 del Estatuto valenciano señala: «Los valencianos y valencianas, en su condición de ciudadanos españoles y europeos, son titulares de los derechos, deberes y libertades reconocidos en la Constitución Española y en el ordenamiento de la Unión Europea y en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, individuales y colectivos, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos; en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en la Convención Europea de Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, y en la Carta Social Europea».

Con más intensidad, el Estatuto catalán proclama una serie de derechos fundamentales estatutarios y en todo caso enmarca su actuación en la Unión Europea, tal como resulta del artículo 4.1 del nuevo Estatuto que prevé: «Los poderes públicos de Cataluña deben promover el pleno ejercicio de las libertades y los derechos que reconocen el presente Estatuto, la Constitución, la Unión Europea, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y los demás tratados y convenios internacionales suscritos por España que reconocen y garantizan los derechos y las libertades fundamentales».

²⁰ TC (Pleno) sentencia n° 247/2007, de 12 de diciembre (reforma del Estatuto valenciano) (ponente: Pérez Vera, FJ 15); que termina en estos términos: «si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, sólo serán legítimas si, además, guardan relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario». Y en el mismo sentido la sentencia n° 31/2010, de 28 de junio (FJ 16).

El Estatuto balear proclama en su nuevo artículo 12.2: «Este Estatuto reafirma, en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma, los derechos fundamentales que emanan de la Constitución, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de los tratados y los acuerdos sobre la materia ratificados por el Estado». En cambio, el Estatuto andaluz no cita expresamente la Carta comunitaria aunque sí, en su artículo 9, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea.

No obstante, el nuevo Estatuto aragonés consagra derechos y principios fundamentales sin hacer referencia explícita al Convenio Europeo ni a la Carta de la Unión y el artículo 6.1 hace una remisión genérica a «los derechos y libertades de los aragoneses y aragonesas [que] son los reconocidos en la Constitución, los incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los demás instrumentos internacionales de protección de los mismos suscritos o ratificados por España».

De modo muy similar el artículo 8 del Estatuto castellano-leonés dispone: «Los ciudadanos de Castilla y León tienen los derechos y deberes establecidos en la Constitución Española, en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, en el ordenamiento de la Unión Europea, así como los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma por el presente Estatuto de Autonomía».

En suma, los nuevos Estatutos de autonomía utilizan, directa o indirectamente, una referencia al Derecho europeo de los derechos humanos como un modo de significarse y de distinguir la norma fundamental de la Comunidad Autónoma respectiva.

3. Las cláusulas de participación de las Comunidades Autónomas en las instituciones de la Unión Europea

Ya de manera específica y por lo que se refiere a la participación institucional de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea, los nuevos Estatutos han tenido en cuenta a las distintas instituciones –Parlamento Europeo, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia y órganos –Comité de las Regiones de la Unión Europea y han establecido una Delegación ante la Unión Europea.

El artículo 61 del Estatuto valenciano se dedica casi en su totalidad a previsiones de participación institucional de la Comunidad Valenciana: mediante

una Delegación en Bruselas, en el Comité de las Regiones e incluso prevé la creación de un «Comité Valenciano para los Asuntos Europeos, órgano de carácter consultivo, encargado de asesorar y realizar estudios y propuestas para mejorar la participación en las cuestiones europeas y plantear acciones estratégicas de la Comunitat Valenciana».

El Estatuto catalán contiene unas previsiones mejor estructuradas y, desde luego, más ambiciosas. A tal efecto, regula con cierto detalle la implicación de Cataluña en el proceso de modificación de los Tratados constitutivos de la Unión, en la formación de las posiciones del Estado y en la participación en instituciones y organismos europeos (citando expresamente el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, pero no el Comité de las Regiones); desde el punto de vista institucional, el Estatuto catalán reclama la aplicación del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad, y se preocupa de las acciones ante el Tribunal de Justicia.

En la sentencia nº 31/2010, de 28 de junio, el Tribunal Constitucional reclama una interpretación que tenga en cuenta, en particular, el contexto normativo estatal. En efecto, a juicio del Tribunal Constitucional: «... la participación de la Generalitat en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a las competencias o intereses de Cataluña tendrá lugar ‘en los términos que establecen el presente Estatuto y la legislación del Estado’. Ello supone que, al margen de las genéricas previsiones del Estatuto sobre dicha participación contenidas en los preceptos que forman parte de aquel Capítulo, a algunas de las cuales nos referiremos con ocasión de su impugnación, es a la legislación del Estado a la que corresponde libremente determinar los concretos supuestos, términos, formas y condiciones de esa participación (conforme a lo ya señalado en los fundamentos jurídicos 111 y 115)» (FJ 118).

Del mismo modo y sobre la participación de Cataluña en la celebración de los Tratados constitutivos de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional se pronuncia en su sentencia nº 31/2010, de 28 de junio, considerando que el artículo 185.1 del nuevo Estatuto catalán es una manifestación «del principio de cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma en asuntos, como los europeos, en que resultan especialmente afectados las competencias y los intereses autonómicos». Y a continuación, el Tribunal Constitucional recuerda: «aun que el *ius contrahendi* es una competencia exclusiva del Estado en virtud del art. 149.1.3 CE, nuestra Constitución no impide que la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas se proyecte en relación con los tratados internacionales, condición de la que participan los tratados de la Unión Europea. Así, hemos admitido que las Comunidades Autónomas puedan ejercer ciertas facul-

tades limitadas respecto al proceso de elaboración de los tratados (capacidad de instar su celebración, recepción de información, entre otras) siempre que no pongan en cuestión las competencias del Estado para su celebración y formalización (STC 137/1989, de 20 de julio, FJ 4). El precepto ahora examinado responde, como ya se ha dicho más atrás, al mismo criterio, ya que los derechos a la información y a presentar observaciones que en él se recogen están desprovistos de efectos lesivos para la competencia estatal derivada del art. 149.1.3 CE (STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 8) y, de acuerdo con la previsión del art. 184 EAC, la participación de la Generalitat se vincula a que se encuentren implicados las competencias o los intereses de Cataluña. Ni el contenido del precepto penetra en la reserva estatal del art. 149.1.3 CE, pues, exclusivamente al Estado compete la revisión, suscripción y ratificación de los tratados de la Unión Europea, ni cabe vislumbrar vulneración alguna del art. 93 CE, fundamento último de nuestra incorporación al proceso de integración europea y de nuestra vinculación al Derecho comunitario, al que *in extenso* nos hemos referido en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre» (FJ 119).

El Estatuto andaluz sigue la estela catalana y resulta muy exhaustivo y, en algunos casos, original al contener cláusulas generales de participación institucional o de información de los órganos estatales que participan en las instituciones europeas.

Los otros Estatutos, balear, aragonés y castellano-leonés, son muy similares y mantienen un perfil netamente técnico previendo reiteradamente la mediación estatal en estos asuntos.

A título de ejemplo, el Estatuto aragonés en su artículo 92.1 establece: «La Comunidad Autónoma de Aragón participará, en los términos que establece la legislación estatal, en los asuntos relacionados con la Unión Europea que afecten a las competencias o intereses de Aragón». En cambio, el Estatuto balear contiene un artículo 108 conforme al cual: «La Comunidad Autónoma debe ser informada sobre las negociaciones relativas a los tratados originarios y fundacionales, sus revisiones y modificaciones, y también podrá participar en ellos, en su caso, formando parte de la delegación española, de acuerdo con los mecanismos multilaterales internos que se establezcan a este efecto entre el Estado y las comunidades autónomas».

Propongo, a continuación, llevar a cabo un examen en función de las instituciones europeas afectadas con el fin de comprobar el alcance y los matices que introduce cada uno de los Estatutos de autonomía en torno al Consejo donde incluye la creación de una Delegación autonómica en Bruselas, a la Comisión Eu-

ropea, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y, finalmente, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A. Las Comunidades Autónomas españolas y el Consejo de la Unión Europea: participación interna, representación en el Consejo y las Delegaciones autonómicas ante la Unión Europea

El Consejo sigue siendo la institución europea donde reside la clave de la toma de decisiones en la medida en que en la misma participan los representantes de los Estados. Precisamente, por exigencias de los países federales, en concreto Bélgica, ya desde el Tratado de Maastricht la redacción del vigente artículo 16.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone: «El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que representa y para ejercer el derecho de voto».

Ahora bien, los problemas básicos que se plantean para la participación autonómica en el Consejo se han estructurado tradicionalmente en torno a tres cuestiones: la formación interna de la posición española, la participación de representantes autonómicos en los distintos niveles del Consejo y la representación ante la Unión Europea, las denominadas ‘Oficinas autonómicas en Bruselas’.

Las cláusulas estatutarias suelen presentar, por una parte, una previsión de participación general en las decisiones en la Unión Europea y, por otra parte, se refieren expresamente a la participación en el Consejo de la Unión Europea.

El Estatuto valenciano hace referencia sólo indirecta al Consejo al referirse a la adopción de la posición española. De este modo la Comunitat Valenciana: «Tiene derecho a participar en todos los procesos que establezca el Estado para configurar la posición española en el marco de las instituciones europeas, cuando estén referidas a competencias propias de la Comunitat Valenciana. También a ser oída en aquellos otros que, incluso sin ser de su competencia, le afecten directa o indirectamente».

En cambio, el Estatuto catalán es mucho más explícito y detallado tanto en la participación en el Consejo como en la formación de la posición española. A tal efecto prevé en su artículo 186.1: «La Generalitat participa en la formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea, especialmente ante el Consejo de Ministros, en los asuntos relativos a las competencias o a los intereses de Cataluña, en los términos que establecen el presente Estatuto y la legislación sobre esta materia». Y también en el artículo 186.2 el Estatuto prevé: «La Gene-

ralitat debe participar de forma bilateral en la formación de las posiciones del Estado en los asuntos europeos que le afectan exclusivamente».

Sobre este particular, la sentencia n° 31/2010, de 28 de junio, puntualiza que la previsión del artículo 186.1 del Estatuto catalán «obviamente no supone ni puede significar que se atribuya la Comunidad Autónoma una participación unilateral en la formación de dichas posiciones, excluyente de la participación de otras Comunidades Autónomas en asuntos relacionados con las competencias o intereses de éstas. Más aún, hemos dicho que cuando el Estado asuma compromisos con la Unión Europea debe contar con el máximo consenso posible de las Comunidades Autónomas (STC 128/1999, de 1 de julio, FJ 10). En fin, la participación a la que se refiere el art. 186.1 EAC ha de tener lugar en los términos que se establecen en el propio Estatuto de Autonomía y en la legislación sobre la materia, que no puede ser otra que la que el Estado establezca al amparo de las diferentes competencias que le atribuye el art. 149.1 CE y que se corresponden con las diferentes políticas comunitarias, al tratarse, precisamente, del proceso de formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea» (FJ 120).

Y en cuanto se refiere a la participación bilateral, el Tribunal Constitucional insiste en la misma sentencia 31/2010 con calculada ambigüedad: «En principio, no puede formularse ninguna objeción constitucional a que en el Estatuto de Autonomía, en tanto que norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, se recoja, con la generalidad y abstracción con que lo hace el art. 186.2 EAC, una proclamación tan genérica sobre la forma de participación de ésta en el proceso de formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea en los asuntos que le afecten, atendiendo a los criterios de exclusividad o no de esa afección, dada la relevancia de las actuaciones de las instituciones europeas en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y el interés de éstas en dichas actuaciones, siendo evidentemente al legislador estatal a quien compete concretar los supuestos, términos, formas y condiciones de esa participación (fundamentos jurídicos 111 y 115)» (FJ 120).

Por último y en relación con la previsión del artículo 187 del Estatuto catalán que procura una implicación 'catalana' en las delegaciones españolas ante el Consejo y en la Representación de España ante la Unión Europea, la sentencia n° 31/2010, de 28 de junio, advierte: «No existe obstáculo, en principio, para que en el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, se recojan unas previsiones como las ahora impugnadas en las que se habilita con carácter general o, como las califican los propios recurrentes, en las que se hace una referencia genérica a la participación de la Co-

munidad Autónoma dentro de las delegaciones estatales en las instituciones y organismos europeos que se mencionan o a la participación en el proceso de designación de representantes en el marco de la representación permanente del Estado ante la Unión Europea, dado el interés de las Comunidades Autónomas en la actividad que lleven a cabo aquellas instituciones y organismos. Ahora bien, como resulta del tenor del art. 184 EAC, en su condición, a la que ya nos hemos referido, de disposición general del capítulo II del título V, que debe tenerse presente en todos los artículos que integran el referido capítulo, entre ellos el art. 187 EAC que ahora nos ocupa, y como también se desprende de las locuciones “de acuerdo con la normativa aplicable” y “de acuerdo con el Estado” de los apartados 2 y 3 del art. 187 EAC, es al Estado al que, en el ejercicio de la competencia reservada *ex art.* 149.1.3 CE, le corresponde determinar los concretos supuestos, términos, formas y condiciones de las participaciones indicadas en el precepto estatutario, participaciones que, además, no pueden privar al Estado de sus exclusivas facultades de decisión en este ámbito. Preservadas, pues, en todo caso estas facultades decisorias del Estado, se desvanecen, por sí, los reparos que ven en las previsiones del art. 187 EAC un impedimento a la ordenada concurrencia con otras Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía pudieran resultar de igual, similar o diverso contenido en esta materia. Por lo demás, en relación con la participación de la Generalitat prevista en el art. 187.1 y 2 EAC, el precepto en modo alguno otorga al representante de la Generalitat un *status* diplomático, ni, teniendo lugar aquella participación siempre en el seno de las delegaciones españolas, cabe apreciar una vulneración del art. 149.1.3 CE porque la Generalitat pueda ejercer, como se contempla en el art. 187.2 EAC, y, de acuerdo en todo caso con la normativa estatal, la representación y la presidencia españolas de los órganos europeos, a los que el precepto se refiere, esto es, por remisión al art. 187.1 EAC, los órganos consultivos y preparatorios del Consejo y de la Comisión» (FJ 121).

También el Estatuto andaluz sigue la estrategia catalana y de manera muy prolija regula la representación y formación de la voluntad en el artículo 234.1: «La Junta de Andalucía participa en las delegaciones españolas ante las instituciones de la Unión Europea en defensa y promoción de sus intereses y para favorecer la necesaria integración de las políticas autonómicas con las estatales y las europeas. Especialmente, participa ante el Consejo de Ministros y en los procesos de consulta y preparación del Consejo...».

Los otros tres nuevos Estatutos contienen cláusulas más generales y más modestas. Así, el Estatuto balear en su artículo 111 establece: «La Comunidad Autónoma participará en la delegación española en el Consejo de Ministros de la Unión Europea y en sus grupos de trabajo en los términos establecidos en el

sistema general de la participación autonómica. Esta participación puede acordarse de manera directa con los órganos competentes de la Administración General del Estado en el caso que se vean afectadas especificidades propias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears».

En el primer apartado del artículo 93.1 del Estatuto aragonés sobre la Participación en la formación y aplicación del Derecho de la Unión se dispone: «La Comunidad Autónoma de Aragón participa en la formación de las posiciones del Estado ante la Unión Europea, especialmente ante el Consejo de Ministros, en los asuntos que incidan en las competencias o intereses de Aragón, en los términos que establecen el presente Estatuto y la legislación estatal sobre la materia». Y el artículo 94 del Estatuto aragonés se refiere a la participación en instituciones y organismos europeos en estos términos: «Los representantes de la Comunidad Autónoma de Aragón participarán de manera directa o mediante procedimientos multilaterales en las delegaciones españolas ante las instituciones y organismos de la Unión Europea que traten asuntos de su competencia, singularmente ante el Consejo de Ministros y en los procesos de consulta y preparación del Consejo y de la Comisión, de acuerdo con la legislación estatal».

En fin, el artículo 63.1 del Estatuto castellano-leonés dispone: «La Comunidad podrá participar en las instituciones y órganos de la Unión, dentro de la representación del Estado español, según lo determine la legislación aplicable».

Respecto de las ‘oficinas autonómicas en Bruselas’, una vez despejadas las dudas por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 165/1994, de 26 de mayo, relativa a la Oficina vasca en Bruselas, los nuevos Estatutos han elevado el rango de las Oficinas a Delegaciones aspirando, sin duda, a contar algún día con Representaciones Permanentes autonómicas ante la Unión Europea. Nótese que se intenta pasar de meras oficinas autonómicas en Bruselas a Delegaciones o Representaciones ante la Unión Europea.

Por una parte, el Tribunal Constitucional había considerado en la referida sentencia nº 165/1994: «cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario, que para el conjunto de los Estados componentes de las Comunidades Europeas puede considerarse a ciertos efectos como “interno”. En correspondencia con lo anterior, si se trata de un Estado complejo, como es el nuestro, aun cuando sea el Estado quien participa directamente en la actividad de las Comunidades Europeas y no las CC.AA., es indudable que éstas poseen un interés en el desarrollo

de esa dimensión comunitaria. Por lo que no puede sorprender, de un lado, que varias CC.AA. hayan creado, dentro de su organización administrativa, departamentos encargados del seguimiento y de la evolución de la actividad de las instituciones comunitarias. Y de otro lado, al igual que ocurre en el caso de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, que los entes territoriales, hayan procurado establecer en las sedes de las instituciones comunitarias, mediante formas organizativas de muy distinta índole, oficinas o agencias, encargadas de recabar directamente la información necesaria sobre la actividad de dichas instituciones que pueda afectar, mediatamente, a las actividades propias de tales entes»²¹.

El artículo 61 del reformado Estatuto valenciano prevé: «La Comunitat Valenciana tendrá una Delegación en Bruselas como órgano administrativo de representación, defensa y promoción de sus intereses multisectoriales ante las instituciones y órganos de la Unión Europea».

El nuevo Estatuto catalán establece la Delegación de la Generalitat ante la Unión Europea: «La Generalitat establecerá una delegación para la mejor defensa de sus intereses ante las instituciones de la Unión Europea».

Y también en el artículo 236 del Estatuto andaluz se señala: «La Junta de Andalucía tendrá una Delegación Permanente en la Unión Europea como órgano administrativo de representación, defensa y promoción de sus intereses ante las instituciones y órganos de la misma, así como para recabar información y establecer mecanismos de relación y coordinación con los mismos».

El artículo 107 del Estatuto balear prevé: «La Comunidad Autónoma puede establecer delegaciones u oficinas de representación ante la Unión Europea para mejorar el ejercicio de sus competencias y promover adecuadamente sus intereses».

El artículo 92 del Estatuto aragonés se expresa con el siguiente tenor: «La Comunidad Autónoma de Aragón establecerá una delegación para la presentación, defensa y promoción de sus intereses ante las instituciones y órganos de la Unión Europea».

²¹ TC (Pleno), sentencia n.º 165/1994, de 26 de mayo de 1994 (ponente: López Guerra, FJ 4).

En fin, el Estatuto castellano-leonés dispone en su artículo 64: «La Comunidad de Castilla y León podrá establecer una Delegación Permanente ante la Unión Europea con el fin de mantener relaciones de colaboración con las instituciones europeas y de ejercer funciones de información y de promoción y defensa de los intereses de Castilla y León».

B. Las Comunidades Autónomas españolas, la Comisión Europea y el Comité de las Regiones

Las relaciones de las Comunidades Autónomas con la Comisión Europea y con el Comité de las Regiones son de gran importancia pero, al menos, en cuanto se refiere a la participación autonómica en la Comisión Europea presentan más problemas por tratarse de una institución independiente. En efecto y tal como presenta se deduce del artículo 17.3 del Tratado de la Unión Europea: «La Comisión ejercerá sus responsabilidades con plena independencia [...] los miembros de la Comisión no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno, institución, órgano u organismo. Se abstendrán de todo acto incompatible con sus obligaciones o con el desempeño de sus funciones».

Sin embargo, el equilibrio institucional diseñado en los Tratados comunitarios ha generado un procedimiento de *comitología* que constituye un mecanismo de control del Consejo sobre los poderes de ejecución de la Comisión Europea. Es precisamente por este ascendiente del Consejo sobre la Comisión Europea por lo que se puede prever una participación autonómica en la adopción de decisiones por la Comisión Europea.

Sólo algunos Estatutos aluden a estas relaciones con la Comisión Europea. Así, el artículo 234 del Estatuto andaluz menciona los procesos de consulta y preparación del Consejo y la Comisión Y también, el artículo 94 del Estatuto aragonés se refiere a la participación en instituciones y organismos europeos, citando expresamente los procesos de consulta y preparación de la Comisión, de acuerdo con la legislación estatal, lo que puede interpretarse como una referencia al procedimiento de *comitología*.

En cambio, tratándose del Comité de las Regiones parece lógico que por su denominación estuviesen integradas en este órgano consultivo las regiones europeas; sin embargo, la composición general del Comité de las Regiones atiende, de manera especial y preponderante, a las autoridades locales. Ahora bien, desde la puesta en funcionamiento en 1994 del Comité de las Regiones, los 21 escaños asignados a España son ocupados por representantes autonómicos. Así lo había acordado el 1993 el Senado español: 17 de los representantes españo-

les provendrán de las Comunidades Autónomas (sus respectivos Presidentes, que deben tener suplentes) y los cuatro representantes restantes, y sus suplentes, proceden de los Entes locales y son propuestos por la Federación Española de Municipios y Provincias²².

En algunos de los Estatutos se menciona expresamente el derecho de participación autonómica en el Comité de las Regiones. Así, el artículo 61.3.c) del Estatuto valenciano dispone: «[La Comunitat Valenciana] tendrá al President de la Generalitat como representante de la Comunitat Valenciana en el Comité de las Regiones». Y también el artículo 63.2 del Estatuto castellano-leonés determina: «La Junta de Castilla y León propondrá al Estado la designación de representantes en el Comité de las Regiones, de conformidad con las normas que lo regulan».

C. Los Parlamentos autonómicos españoles y el Parlamento Europeo

La actividad normativa y de control de los parlamentos nacionales es imprescindible para asegurar el cumplimiento y la ejecución del Derecho de la Unión Europea pero hasta ahora y con la excepción de algunos países como Dinamarca o el Reino Unido la participación de los Parlamentos nacionales en el proceso de adopción de decisiones en la Unión Europea ha sido más bien testimonial. En este sentido, los Parlamentos nacionales han terminado comprendiendo, tras cinco décadas de integración europea, que su intervención tiene efectos legitimadores del proceso de integración europea.

Por esa razón, los más recientes cambios constitucionales persiguen, en particular, conferir un mayor protagonismo a los Parlamentos nacionales. Así lo atestigua el Protocolo n° 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea y el Protocolo n° 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que están anejos al Tratado de Lisboa.

Los Estatutos de Autonomía que se adoptaron al mismo tiempo que se negociaba el futuro Tratado de Lisboa han subrayado la importancia de la participación de los Parlamentos regionales en la integración europea bien con una mención directa bien con una referencia a la aplicación del principio de subsidiariedad.

²² Moción del Senado, de 20 de octubre de 1993, relativa a la composición de la delegación española en el Comité de las Regiones (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* n° 34, Senado, V Legislatura, Serie I, 28 de octubre de 1993, p. 11).

El artículo 112 del Estatuto balear prevé: «El Parlamento de las Illes Balears puede ser consultado por las Cortes Generales en el marco del proceso de control del principio de subsidiariedad establecido en el Derecho Comunitario».

El artículo 93.3 del Estatuto aragonés prevé: «Las Cortes de Aragón participarán en los procedimientos de control de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que establezca la Unión Europea en relación con las propuestas legislativas europeas cuando afecten a competencias de la Comunidad Autónoma».

De hecho, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha acelerado en España la reorganización institucional y la actividad legislativa en el marco precisamente de la presidencia española del Consejo durante primer semestre de 2010. El ejemplo más paradigmático lo constituye la reorganización mediante la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, relativa a la Comisión Mixta adaptación del Congreso y del Senado para la Unión Europea²³. Sobre de la Comisión Mixta este particular, el preámbulo de la Ley explica que su razón de ser deriva de «la posibilidad prevista en el Protocolo anejo al Tratado de Lisboa consistente en que los parlamentos nacionales puedan consultar a los parlamentos regionales que posean competencias legislativas». Los nuevos procedimientos de participación de las Cortes Generales previstos en la Unión Europea se adaptan a la implicación de los Parlamentos autonómicos: «Esta posibilidad se articula de forma general, mediante la remisión a los parlamentos de las Comunidades Autónomas de todas las iniciativas legislativas europeas, tan pronto se reciban, sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas. Dichos parlamentos disponen de un plazo de cuatro semanas para que su dictamen pueda ser tenido en cuenta por la Comisión Mixta, la cual, si aprobase un dictamen motivado sobre la vulneración del principio de subsidiariedad por un proyecto de acto legislativo de la Unión Europea, deberá incorporar la relación de los dictámenes remitidos por los parlamentos de las Comunidades Autónomas y las referencias necesarias para su consulta».

²³ Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adaptación al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (*BOE* n° 308, de 23 de diciembre de 2009). El artículo 6.1 de esta Ley dispone: «El Congreso de los Diputados y el Senado, tan pronto reciban una iniciativa legislativa de la Unión Europea, la remitirán a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, sin prejuzgar la existencia de competencias autonómicas afectadas, a efectos de su conocimiento y de que, en su caso, puedan remitir a las Cortes Generales un dictamen motivado sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la referida iniciativa, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea aplicable en la materia».

Como es obvio, sólo el interés y el esfuerzo de participación de los Parlamentos autonómicos y, desde luego, de las dos Cámaras del Parlamento español, en particular del desaprovechado Senado, permitirán que fructifique la nueva regulación de la Comisión Mixta para la Unión Europea y las previsiones estatutarias sobre participación de los Parlamentos regionales.

D. Las Comunidades Autónomas españolas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

De una manera muy detallada los nuevos Estatutos de Autonomía, con la salvedad del valenciano, se refieren a la presencia autonómica ante el Tribunal de Justicia. Esta regulación resulta sorprendente porque, en términos generales, es una cuestión regulada en el Derecho de la Unión Europea y sólo tiene una mínima dimensión nacional.

El artículo 191 del Estatuto catalán se refiere a las ‘Acciones ante el Tribunal de Justicia’ y distingue una doble dimensión: la europea y la estatal. Y en su apartado 1 dispone: «La Generalitat tiene acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos que establezca la normativa europea» lo que no deja de ser una mera referencia normativa sin sustancia alguna.

En cambio, más contenido tiene la participación autonómica ante el Tribunal de Justicia a través de la representación estatal: por una parte, el Estatuto catalán consagra el derecho de solicitar la actuación del Gobierno de la Nación en estos términos: «El Gobierno de la Generalitat puede instar al Gobierno del Estado a iniciar acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los legítimos intereses y competencias de la Generalitat»; en segundo lugar, exige una motivación de la denegación de la actuación: «La negativa del Gobierno del Estado a ejercer las acciones solicitadas debe ser motivada y se comunicará inmediatamente a la Generalitat»; y, por último, reclama un preciso mecanismo de colaboración de la Generalitat «en la defensa jurídica».

Con un esquema similar pero más alambicado el artículo 238 del nuevo Estatuto andaluz se refiere a las ‘Acciones ante el Tribunal de Justicia’: primero, se refiere a la aplicación de la legislación estatal: «La Junta de Andalucía interviene en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos establecidos por la legislación del Estado»; a continuación, invoca el Derecho de la Unión: «Tendrá acceso, en su caso, al mismo si así lo establece la legislación comunitaria»; y, por último, consagra el derecho de solicitud al Estado pero también a las instituciones –se entiende que europeas y en principio y con toda probabilidad se refiera a la Comisión Europea en estos términos: «En

el marco de la legislación vigente en la materia, la Junta de Andalucía podrá instar al Estado y a las instituciones legitimadas el inicio de acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los intereses de la Comunidad Autónoma». Pero también el artículo 233 del Estatuto andaluz contiene una cláusula general sobre 'Información del Estado' que, entre otras, ofrece esta perspectiva: «El Estado informará a la Junta de Andalucía [...] de los procedimientos que se sigan ante los órganos judiciales europeos en los que España sea parte, en lo que afecte al interés de Andalucía, conforme a lo establecido en la normativa estatal. La Junta de Andalucía podrá dirigir al Estado las observaciones y propuestas que estime convenientes».

El artículo 113 del reformado Estatuto balear es un poco más genérico y ofrece la doble dimensión estatal y europea, previendo que pueda instar al Estado y a las instituciones legitimadas para actuar ante el Tribunal de Justicia.

En primer lugar y por lo que se refiere al ámbito nacional dispone: «La Comunidad Autónoma interviene en los procesos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos establecidos por la legislación del Estado»; a continuación, respecto del marco europeo: «Tendrá acceso en su caso al mismo si así lo establece la legislación comunitaria». Y, por último, en cuanto al derecho de solicitud al Estado o a las instituciones (se entiende que europeas) indica: «En el marco de la legislación vigente en la materia, la Comunidad Autónoma podrá, en defensa de sus intereses, instar al Estado y a las instituciones legitimadas el inicio de acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

El nuevo Estatuto aragonés tiene un artículo 95 cuya redacción es muy similar a la catalana pero con un carácter más genérico. Por una parte, se remite al Derecho de la Unión: «La Comunidad Autónoma tiene acceso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos que establezca la normativa europea». Y, por otra parte, establece una regulación dentro del marco nacional español: «El Gobierno de Aragón puede instar al Gobierno de España la interposición de acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los intereses y competencias de la Comunidad Autónoma».

El mismo efecto se pretende con el artículo 65 del reformado Estatuto castellano-leonés sobre 'Acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea'. Por una parte, recoge las dos dimensiones, europea y nacional: «La Comunidad de Castilla y León podrá actuar en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos que establezca la legislación aplicable». Y, por otra parte, se refiere al derecho de solicitar la intervención del Estado: «En cualquier caso, la Junta de Castilla y León podrá instar al Gobierno de la Na-

ción a ejercer acciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en defensa de los intereses de Castilla y León».

Tampoco este tipo de cláusulas relativas al Tribunal de Justicia ha planteado problema alguno a la interpretación del Tribunal Constitucional, si acaso es significativo que en la sentencia n° 31/2010, de 28 de junio, donde la cuestión europea no suscitó debate, al menos visible entre el dividido Pleno, en el voto disidente del magistrado Rodríguez Arribas se apunta, en relación con el art. 191.1 del Estatuto catalán, este deseo: «una clarificadora interpretación conforme en el fallo, que dejara expreso en éste y no solo en los correspondientes fundamentos jurídicos de la Sentencia (FFJJ 80, 87, 124, 127 y 129) que no se menoscaba la representación española en el seno de organizaciones internacionales, ni se sitúa a una Comunidad Autónoma en paralelo con el Estado; al no hacerlo así, la Sentencia adolece de una insuficiencia potencialmente productora de situaciones de conflicto absurdo en un área, como es la internacional, especialmente sensible para el Estado y la presencia de España en actividades de gran incidencia social».

4. Las cláusulas de participación autonómica en la ejecución del Derecho de la Unión Europea: transposición de directivas y gestión de fondos europeos

La doctrina sobre la ejecución del Derecho comunitario europeo en España fue consolidándose por el Tribunal Constitucional a partir de su primera sentencia dictada a finales de 1988, se reafirmó en 1992 y desde 1995 apenas si ha sido corregida ligeramente. La referida jurisprudencia se inicia con la sentencia n° 252/1988, de 20 de diciembre, relativa al conflicto de competencias entre Cataluña y el Estado en materia de inspección veterinaria de intercambio de carnes frescas en aplicación de directivas comunitarias²⁴. Pero ya de modo muy claro el Tribunal Constitucional se pronunció en su sentencia 79/1992, de 28 de mayo, relativa a los conflictos de competencias en la gestión del Fondo agrícola, consagrando su doctrina conforme a la cual la ejecución del Derecho comunitario no altera la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas²⁵.

²⁴ TC (Pleno), sentencia n° 252/1988, de 20 de diciembre (ponente: Rubio Llorente).

²⁵ TC (Pleno), sentencia 79/1992, de 28 de mayo (ponente: Rodríguez Bereijo).

En estos términos resume el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 80/1993, de 8 de marzo, los principios básicos de la ejecución del Derecho comunitario en España: «en relación ya directa con la problemática de la ejecución del Derecho Comunitario, son las reglas internas de delimitación competencial las que, en todo caso, han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia surgidos entre el Estado y las Comunidades Autónomas (STC 252/1988 y en términos reiterativos, SSTC 76/1991 y 115/1991), tal como, además, se reconoce desde el propio Derecho Comunitario, en el que consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha consagrado el llamado principio de autonomía institucional y procedimental, en virtud del cual, cuando las disposiciones de los Tratados o demás normas comunitarias reconocen poderes a los Estados miembros o les imponen obligaciones en orden a la aplicación del Derecho Comunitario, la cuestión de saber de qué forma el ejercicio de esos poderes y la ejecución de las obligaciones pueden ser confiadas por los Estados miembros a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado miembro»²⁶.

Pero también y como ocurre en la Unión Europea, donde los principios de subsidiariedad y cooperación leal tienen una plasmación constitucional y una interpretación jurídica efectiva, en el Estado de las Autonomías y, más en particular, tratándose de participar en la Unión Europea se hace imprescindible recurrir a los principios de colaboración o cooperación y de coordinación entre el Estado central y las Comunidades Autónomas.

Con carácter general, así lo señala reiteradamente el Tribunal Constitucional, como se deduce, por ejemplo de una de sus últimas e importantes sentencias, la ya citada 247/2007, de 12 de diciembre, referida precisamente a la impugnación del reformado Estatuto valenciano y donde señala: «debemos reiterar de nuevo que el adecuado funcionamiento del Estado Autonómico se sustenta en los principios de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de éstas entre sí, además de en el establecimiento de un sistema de relaciones presididas por la lealtad constitucional, principios todos ellos que deben hacerse efectivos al margen, incluso, del régimen de distribución competencial».

Y ya en relación con la participación en los asuntos europeos resulta clásica la referencia a la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas

²⁶ TC (Pleno), sentencia nº 80/1993, de 8 de marzo de 1993 (ponente: Gimeno Sendra, FJ 3).

en la citada sentencia nº 79/1992, de 28 de mayo, relativa a la gestión administrativa de las subvenciones europeas agrarias en España, donde el Tribunal Constitucional puntualiza: «No corresponde, sin embargo, a este Tribunal, que no es juez de la oportunidad política o técnica, diseñar cuál sea la fórmula precisa preferible para la articulación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en casos en que, como aquí se trata, están abocados a una necesaria colaboración. Sin duda las fórmulas que pueden adoptarse dentro del marco constitucional y estatutario son variadas. Pero este Tribunal sólo puede pronunciarse sobre la legitimidad de aquélla que es objeto de conflicto de competencias sin que, caso de afirmarse su validez, ello signifique que sea la única admisible dentro del orden constitucional de competencias» (FJ 4).

Las cláusulas europeas recogidas en los Estatutos de Autonomía se refieren a esta cuestión y codifican e introducen algunas innovaciones en el marco político y legislativo existente. Las reformas giran en torno a tres aspectos: por una parte, la competencia autonómica en materia de ejecución del Derecho europeo; por otra parte, una referencia expresa a la transposición de Directivas en el caso de que el Estado tenga competencias básicas y no las haya desarrollado incorporando la directiva en cuestión; y, en fin, la gestión de los fondos europeos.

a) La competencia de la ejecución del Derecho de la Unión Europea

Por lo que se refiere a la ejecución del Derecho de la Unión Europea, el artículo 61.3.d) del Estatuto valenciano reconoce que la Comunidad valenciana: «Ostenta la competencia exclusiva para el desarrollo y ejecución de las normas y disposiciones europeas en el ámbito de sus competencias».

El Estatuto catalán dispone en el artículo 189.1: «La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto».

Y a continuación consagra una obligación del Estado cuando ejecute el Derecho de la Unión que tenga incidencia en Cataluña: «Si la ejecución del derecho de la Unión Europea requiere la adopción de medidas internas de alcance superior al territorio de Cataluña que las Comunidades Autónomas competentes no pueden adoptar mediante mecanismos de colaboración o coordinación, el Estado debe consultar a la Generalitat sobre estas circunstancias antes de que se adopten dichas medidas. La Generalitat debe participar en los órganos que adopten dichas medidas o, si esta participación no es posible, debe emitir un informe previo».

El artículo 235 del Estatuto andaluz señala: «La Junta de Andalucía desarrolla y ejecuta el derecho de la Unión Europea en las materias de su competencia, de acuerdo con lo que establezca una ley del Parlamento de Andalucía».

Este es el sentido del artículo 109 del Estatuto balear conforme al cual: «Es competencia de la Comunidad Autónoma el desarrollo y la ejecución del derecho comunitario de acuerdo con sus competencias. En el caso de que sea ineludible realizar la transposición del derecho europeo en las materias de su competencia exclusiva por normas estatales, por el hecho de que la norma europea tenga un alcance superior al de la Comunidad Autónoma, ésta será consultada con carácter previo de acuerdo con los mecanismos internos de coordinación previstos en una ley estatal».

El artículo 93.2 del Estatuto aragonés establece: «La Comunidad Autónoma de Aragón aplica y desarrolla el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias que establecen la Constitución y el presente Estatuto».

El artículo 62.3 del Estatuto castellano-leonés prevé: «La Comunidad aplica y desarrolla el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias establecida por la Constitución y el presente Estatuto».

Parece obvio que tales cláusulas son una reproducción de la doctrina del Tribunal Constitucional sin que supongan innovación jurídica alguna. Ahora bien, esta regulación estatutaria no puede entenderse si no se tiene en cuenta la legislación estatal, como en algunas ocasiones se precisa en los propios Estatutos de autonomía y, desde luego, si no se inscribe en el marco constitucional de la Unión Europea. Por decirlo, parafraseando al Tribunal Constitucional, la ejecución del Derecho europeo no se produce en el vacío sino en un contexto normativo y administrativo estatal y europeo muy determinado que, finalmente, termina afectando al reparto español de competencias.

b) Las directivas europeas, la legislación básica estatal y la legislación autonómica

Algunos de los Estatutos autonómicos han introducido una pequeña innovación normativa relacionada con la transposición de las directivas europeas por las Comunidades Autónomas.

En efecto, la transposición de las directivas por las Comunidades Autónomas sin necesidad de esperar la adopción de un ley básica estatal preceptiva sería posible en Cataluña cuyo artículo 189.3 del Estatuto preceptúa: «En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Generalitat puede adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas».

Esta es la misma cláusula del artículo 235.2 del Estatuto andaluz: «En el caso de que la Unión Europea establezca una legislación que sustituya a la normativa básica del Estado, la Junta de Andalucía podrá adoptar la legislación de desarrollo a partir de las normas europeas».

Ahora bien, los supuestos a que se refieren estas cláusulas estatutarias son limitados dado que tiene que existir una normativa básica estatal y tiene que haber una directiva europea que sustituya la norma básica estatal. Esta coincidencia no será frecuente y plantea el espinoso problema, para el caso de que la directiva incorporada deje suficiente margen de elección a las autoridades nacionales, de, si una vez incorporada la directiva al Derecho autonómico correspondiente, el Estado adopta una ley estatal básica que hace elecciones distintas de las previstas por la ley autonómica de transposición directa de la directiva europea. Parece obvio que el margen conferido por la directiva al legislador nacional no puede restringirlo el legislador autonómico hurtando la competencia correspondiente al legislador estatal básico. Ciertamente y una vez concluido el período de transposición si el Estado no cumpliera su obligación de legislador básico y hasta que lo haga, las Comunidades Autónomas podrían cubrir el vacío normativo teniendo las directivas como única referencia. Del mismo modo y en supuestos frecuentes en que las directivas dejan escaso margen al legislador nacional, este escaso margen probablemente reduzca o, en la práctica, anule la opción del legislador básico estatal y, por efecto cascada, la ya menores opciones normativas del desarrollo normativo autonómico hasta el punto de que, al menos en teoría, podía sostenerse la posibilidad de una transposición de las directivas por el legislador autonómico si el legislador básico estatal poco pudiese añadir a lo ya establecido por las directivas.

Pero también debe tenerse en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 31/2010, de 28 de junio, en relación con el artículo 189.3 del Estatuto catalán: «no existe razón alguna para objetar que la Comunidad Autónoma ejecute el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, tal como dispone con carácter general el art. 189.1 EAC, y, en consecuencia, tampoco, en principio, para que pueda adoptar, cuando ello sea posible, legislación de desarrollo a partir de una legislación europea que sustituya

ya a la normativa básica del Estado en una materia. Ahora bien, una concepción constitucionalmente adecuada del precepto implica siempre la salvaguarda de la competencia básica del Estado en su caso concernida, que no resulta desplazada ni eliminada por la normativa europea, de modo que el Estado puede dictar futuras normas básicas en el ejercicio de una competencia constitucionalmente reservada, pues, como señala el Abogado del Estado, la sustitución de unas bases por el Derecho europeo no modifica constitutivamente la competencia constitucional estatal de emanación de bases» (FJ 123).

c) La gestión de los fondos europeos por las Comunidades Autónomas

A la gestión de los fondos europeos se refieren los Estatutos tanto en la regulación relativa a la Unión Europea como en las disposiciones financieras generales.

La regulación autonómica que pretendía ir más lejos era, sin duda, la del Estatuto catalán en la redacción del Parlamento de Cataluña; sin embargo, la reforma finalmente aprobada quedó en un artículo 190 sobre 'Gestión de fondos europeos' donde se prevé: «Corresponde a la Generalitat la gestión de los fondos europeos en materias de su competencia en los términos previstos en el art. 114 y 210»; es decir, remite a la regulación general de la gestión de subvenciones.

Esta es la cláusula del artículo 115 del Estatuto balear: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la gestión de los fondos procedentes de la Unión Europea y, en general, de los que se canalicen a través de programas europeos, excepto aquellos cuyas competencias correspondan al Estado».

El Estatuto andaluz regula la gestión de los fondos europeos fuera del capítulo europeo y señala en el artículo 185 resumidamente las reglas aplicables: «1. Corresponde a la Comunidad Autónoma la gestión, planificación y ejecución de los fondos europeos destinados a Andalucía y, en general, de los que se canalicen a través de programas europeos, asignados a la misma, en especial de aquellos aprobados en aplicación de criterios de convergencia o derivados de la situación específica de Andalucía. 2. Los fondos que se reciban en estos conceptos podrán ser modulados con criterios sociales y territoriales por la Comunidad Autónoma de Andalucía, dentro del respeto a las normas europeas aplicables».

En el caso de Aragón, el artículo 79.2 de su nuevo Estatuto se refiere a la actividad de fomento y señala: «En el caso de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma especificará los objetivos a los que se destinen las subven-

ciones territorializables de la Administración central y las de la Unión Europea, así como la regulación de las condiciones de otorgamiento y la gestión de su tramitación y concesión. En las competencias compartidas, la Comunidad Autónoma precisará normativamente los objetivos de las subvenciones territorializables de la Administración central y de la Unión Europea, completando las condiciones de otorgamiento, y asumiendo toda la gestión incluyendo la tramitación y la concesión. En las competencias ejecutivas, corresponderá a la Comunidad Autónoma la gestión de las subvenciones territorializables, que incluye su tramitación y concesión».

Se trata de cláusulas, más o menos precisas, que tratan de codificar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo que se refiere a la gestión de los fondos europeos. En su sentencia nº 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto catalán, el Tribunal Constitucional sólo puntualiza en relación con su artículo 210 sobre la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado–Generalitat: «... el porcentaje de participación de Cataluña en la distribución territorial de los fondos estructurales europeos [letra d)] son aspectos, todos ellos, que guardan directa conexión con lo establecido en los arts. 157.1 y 3 y 158 CE, debiendo ser regulados por el Estado con referencia al marco específico de coordinación y colaboración entre aquél y las Comunidades Autónomas que la Constitución ha previsto, por tratarse de cuestiones que afectan a todas las Comunidades Autónomas. Por tanto, las letras del apartado 2 se limitan a fijar un marco bilateral de negociación y de formalización de acuerdos que complementa, sin cuestionarlo, el procedimiento general de toma de decisiones en el seno del órgano multilateral de colaboración y coordinación [...] en el art. 210 EAC las funciones de cooperación de la Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado–Generalitat no excluyen ni limitan la capacidad de las instituciones y organismos de carácter multilateral en materia de financiación autonómica, no afectan a la reserva de Ley Orgánica prevista en el art. 157.3 CE, ni sustituyen, impiden o menoscaban el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias» (FJ 135).

IV. CONCLUSIÓN

En la integración europea las Regiones han pasado de ser una mera referencia geográfica a constituirse en uno de los actores más visibles de la Unión. Sin tener el protagonismo de los Estados miembros, existen ámbitos de integración, como la política regional, la cultura o las redes transeuropeas, que no se entenderían sin la implicación de las Regiones como nivel de gobierno que debe participar en la integración europea. En estos casos y sólo por razones de sim-

plificar el funcionamiento de la Unión Europea y las relaciones institucionales se siguen manteniendo algunas exclusiones manifiestas de la participación regional ante las instituciones europeas. Por eso me parece esclarecedor el juicio de Mariscal Berástegui que, al referirse a los efectos del Tratado de Lisboa, señala: «No será la Europa de las regiones, pero hay que tomarse en serio a Europa con sus regiones, no sólo para que reciban, sino para que aporten, no como coartada para superar el propio nivel, sino para que contribuyan activamente desde él a la Europa diversa y una de todos»²⁷.

Desde el punto de vista institucional, la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de toma de decisiones en la Unión Europea no deja de ser discreta. Sin embargo, son muy relevantes los cauces abiertos por el Estado autonómico a la participación en los distintos niveles del Consejo de la Unión Europea, con un consejero autonómico en la Representación Permanente en Bruselas y con la participación en alguno de los Consejos de Ministros. Pero en ningún caso pueden olvidar el Estado ni las Comunidades Autónomas la necesaria unidad de acción hacia el exterior, aun cuando sea en el seno de la Unión Europea; la proverbial estabilidad del Gobierno de la Nación ha permitido que, por ejemplo en el Consejo Europeo, hayan participado hasta ahora y durante más de dos décadas únicamente tres españoles: González, Aznar y Rodríguez Zapatero, con una razonable media, a efectos de gobernanza de más de ocho años. Factor de estabilidad y de representatividad en la Unión Europea que no puede ser minusvalorada desde la perspectiva de los intereses tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, es decir, los intereses de España.

Asimismo, la implicación y la interacción de los funcionarios autonómicos con los eurofuncionarios y los de otros Estados miembros a través de la participación en los distintos comités de la Comisión y en los grupos de trabajo del Consejo y, en fin, con la Consejería Autonómica en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea así como en las Delegaciones de Representación Autonómica en Bruselas constituyen vías importantes para asegurar una participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos.

Al mismo tiempo, el Protocolo sobre la subsidiariedad abre desde el 1 de diciembre de 2009 nuevos cauces de participación de los Parlamentos autonómi-

²⁷ Nicolás MARISCAL BERÁSTEGUI, *Más allá de Lisboa: Horizontes europeos*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 240.

cos, a través de las Cortes Generales, y también por medio del Comité de las Regiones, en el control de la adopción de decisiones en la Unión Europea.

En cuanto se refiere a la aplicación normativa del Derecho de la Unión Europea, las Comunidades Autónomas han desempeñado un escaso papel, probablemente por falta de desarrollo institucional pero también por la razonable eficacia mostrada en este ámbito por los órganos normativos del Estado: las Cortes Generales y el Gobierno de la Nación.

En cambio, las Comunidades Autónomas se han erigido en las Administraciones ‘periféricas’ de la Unión Europea, en términos de Ortega Álvarez, para la gestión de las políticas más sobresalientes y, especialmente, cuando tales políticas tienen que canalizar fondos europeos. Sin perjuicio de algunas precisas particularidades de la cooperación bilateral entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, resulta manifiesto que en el ámbito europeo sólo es posible llevar a cabo una cooperación multilateral entre todas las Comunidades Autónomas y el Estado central.

Así pues, el proceso de integración europea ha actuado como marco del desarrollo autonómico español y, a mi juicio, ha sido un contexto que ha permitido limar las asperezas de la lucha competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas e incluso en muchos casos e indirectamente ha inoculado un cierto grado de cordura en momentos clave del proceso político: desde una atención mayor a la unidad ‘europea’ de mercado, hasta una más apropiada revalorización de elementos culturales diferenciadores. No obstante, sería preciso que se potenciase la coordinación y la colaboración entre las instancias estatal y autonómicas, hacia arriba, en este caso Europa, pero también hacia abajo, con la mirada puesta en las necesidades locales.

El Parlamento español se ha convertido en gran medida en un órgano de ejecución normativa de la Unión Europea donde muy escasamente se planifica y programa la agenda y donde los debates sobre las cuestiones europeas son dirigidos sin apenas oposición ni debate por el Gobierno de la Nación, cuyo presidente da cuenta de los extraordinarios éxitos cosechados en sus negociaciones al más alto nivel con los demás líderes europeos.

El principio dispositivo ha producido una rica variedad de cláusulas europeas: cada Comunidad Autónoma ha buscado su propia vía hacia Europa, trazando líneas y marcas precisas pero que, en realidad, dependen de la regulación del Derecho de la Unión y del Derecho estatal y constituyen una codificación de

la jurisprudencia constitucional y de la práctica llevada a cabo en las tres décadas de participación autonómica en la integración europea.

El principio imitativo también permiten ver la filiación de cada Estatuto y la correlación de fuerzas autonómicas y estatales. Ciertamente, unos Estatutos fueron elaborados con importantes fuerzas no controladas por los partidos mayoritarios de ámbito estatal lo que significó en el caso del Proyecto de Estatuto vasco que fuese abortado en las Cortes Generales y en el supuesto del Estatuto catalán que sus aspiraciones fuesen rebajadas por el Tribunal Constitucional dejando, sin embargo y de manera significativa, incólumes las cláusulas europeas. No obstante, en los nuevos Estatutos se observa en el legislador estatutario la estrategia del ‘*atrápalo todo*’ proyectado en el blindaje del Estatuto catalán o en la *cláusula Camps* del Estatuto valenciano²⁸.

Probablemente, estas estrategias de emulación y de plenitud no sean lo mejor para asegurar una participación provechosa en la Unión Europea dado que estamos abocados a una colaboración leal entre los distintos niveles de gobierno –europeo, estatal, regional y local– y a un ejercicio de las competencias conforme a la subsidiariedad y a la gobernanza. Colaboración, subsidiariedad y gobernanza que no parecen haber calado en la construcción de la Unión Europea pero tampoco estos principios estructurales han dado todos sus frutos en el Estado autonómico español.

²⁸ La Disposición Adicional Segunda del Estatuto valenciano reformado señala: «1. Cualquier modificación de la legislación del Estado que, con carácter general y en el ámbito nacional, implique una ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas será de aplicación a la Comunitat Valenciana, considerándose ampliadas en esos mismos términos sus competencias. 2. La Comunitat Valenciana velará por que el nivel de autogobierno establecido en el presente Estatuto sea actualizado en términos de igualdad con las demás Comunidades Autónomas. 3. A este efecto, cualquier ampliación de las competencias de las Comunidades Autónomas que no estén asumidas en el presente Estatuto o no le hayan sido atribuidas, transferidas o delegadas a la Comunitat Valenciana con anterioridad obligará, en su caso, a las instituciones de autogobierno legitimadas a promover las correspondientes iniciativas para dicha actualización».

JURISPRUDENCIA



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

El riesgo de huida silenciosa del Derecho Administrativo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009, Sala Tercera, Sección 5ª, recurso núm. 4035 de 2005)

María del Carmen Núñez Lozano

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Huelva

Salvador Maldonado Saavedra

Profesor Asociado de Derecho Administrativo
de la Universidad de Huelva

RESUMEN:

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2009 ha declarado nulo el Decreto 117/1998, de 9 de junio, del Consejo de Gobierno de Andalucía, por omisión del trámite de audiencia. La sentencia considera que la modificación de los Estatutos de la Empresa de Gestión Medioambiental, SA, de la Junta de Andalucía, y la redefinición de sus posibles actividades no es indiferente para el ciudadano, ya que representa una forma de organización de la Administración para desarrollar actividades y servicios de interés general. En particular, el Tribunal advierte sobre el riesgo potencial de huida del Derecho Administrativo que entraña la creación de sociedades públicas.

Palabras clave:

Audiencia a los ciudadanos, empresas públicas, huida del Derecho Administrativo

ABSTRACT:

The Supreme Court decision of November 24, 2009 has declared invalid the Decree 117/1998 of 9 June, of the Governing Council of Andalusia, for

omission of the step of hearing. The ruling considers that the amendment of the Articles of the “Corporation of Environmental Management SA”, property of Junta de Andalucía, and the redefinition of their possible activities, is not indifferent to the citizens, as it represents a form of organization of the Administration to develop activities and services of general interest. Especially, the Court warns about the potential risk of flight of the Administrative law that the creation of public companies involves.

Key words:

Hearing to the citizens, public companies, flight of the Administrative law

I. INTRODUCCIÓN

El Decreto 117/1998, de 9 de junio, del Consejo de Gobierno de Andalucía, modificó el Decreto 17/1989, de 7 de febrero, que autorizó la constitución de la empresa de la Junta de Andalucía “Empresa de Gestión Medioambiental S.A.” (EGMASA).

La Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios (CSI-CSIF) interpuso contra el citado Decreto recurso contencioso-administrativo (núm. 1920 de 1998), que fue inadmitido por sentencia de 8 de abril de 2005, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA)¹.

La sentencia de inadmisión fue recurrida en casación por CSI-CSIF (recurso 4035 de 2005). La sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), de fecha 24 de noviembre de 2009 (Ponente Peces Morate), estimó el recurso y resolvió las cuestiones planteadas en la instancia, declarando la nulidad de pleno derecho del Decreto por falta de audiencia a los interesados y desestimando la pretensión de anulación de todos los actos dictados o realizados por la Administración de la Junta de Andalucía y EGMASA en desarrollo y ejecución del Decreto.

Son varias las cuestiones de interés que suscita la sentencia, discutible acaso en algunos de sus extremos pero, en nuestra opinión, muy valiosa porque

¹ Los casi seis años que tardó el TSJA en dilucidar la inadmisión del recurso se comentan por sí solos.

afirma que las formas organizativas de la Administración no son elementos internos o domésticos que puedan resultar indiferentes a la ciudadanía.

II. SOBRE EGMASA Y EL DECRETO 117/1998

EGMASA fue creada a partir del Decreto 17/1989, que autorizó a la entonces Agencia de Medio Ambiente su constitución como sociedad de capital exclusivamente de la Agencia y con la previsión de que ésta mantuviera una participación constante de al menos el 51 por ciento. Su objeto social había de ser “la realización de todos aquellos trabajos y actividades relacionados con la protección, conservación, regeneración o mejora del medio ambiente, así como cualquier otra actividad que sea presupuesto, complemento, desarrollo o consecuencia de lo anterior” (art. 2). En el Decreto se le reconocía la condición de entidad colaboradora de la Agencia a los efectos de la legislación de contratos (art. 7.1).

Un año después, el Decreto 187/1990 modificó el art. 7.1 para establecer la obligación de EGMASA de ejecutar las actuaciones que le fuesen encargadas por la Agencia de acuerdo con sus competencias, así como para perfilar su condición como medio propio de la Agencia. Tras la supresión de la Agencia (Disposición Adicional Séptima de la Ley 8/1996), EGMASA pasó a depender directamente de la Consejería de Medio Ambiente.

El art. 67 de la Ley 8/1997 incidió después de manera muy significativa en el régimen de la sociedad. Su apartado 1º la caracterizó como empresa “que cumple servicios esenciales en materia de desarrollo y conservación del medio ambiente”. El apartado 2ª afirmó su consideración como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, estableciendo su obligación de realizar los trabajos que le encomendasen la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los organismos públicos dependientes de ella, así como las Corporaciones Locales andaluzas que suscribiesen a tal fin un convenio de colaboración con la Junta de Andalucía, naturalmente en las materias propias del objeto social de la empresa y, especialmente, aquéllos que fueren urgentes o que se ordenaren como consecuencia de situaciones de emergencia declaradas².

² Sobre este particular, *vid.* REBOLLO PUIG, M, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública* núm. 161, 2003, en especial pp. 386 ss.

Finalmente, y en lo que aquí interesa, el Decreto impugnado y declarado nulo modificó el primitivo Decreto 17/1989 en lo que concierne al objeto social de EGMASA; también, conviene resaltarlo, incorporó al Decreto las previsiones de la Ley 8/1997 sobre la configuración de la sociedad como medio propio de las Administraciones Locales.

En la nueva redacción, el art. 2.1 pasó a tener el siguiente contenido:

“La Sociedad tendrá por objeto social la realización de todo tipo de trabajos, obras, estudios, informes, proyectos, dirección de obras, consultorías, asistencias técnicas y servicios relacionados con la protección, conservación, regeneración o mejora del medio ambiente, así como la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente, integrando dicho objeto las actividades de:

- A) Movimientos de tierra y perforaciones; desmontes y vaciados; explanaciones; canteras; pozos y galerías y túneles.
- B) Edificaciones; demoliciones; estructuras de fábrica u hormigón, estructuras metálicas; albañilería, revocos y revestidos; cantería y marmolería; pavimentos, solados y alicatados; aislamientos e impermeabilizaciones; carpintería de madera y metálica.
- C) Obras y trabajos hidráulicos; abastecimiento y saneamiento; canales; acequias y desagües; defensa de márgenes y encauzamientos, y obras y trabajos hidráulicos en general.
- D) Viales, caminos y pistas con firmes de mezclas bituminosas y de hormigón hidráulico, señalizaciones y balizamientos viales.
- E) Instalaciones eléctricas, alumbrados, iluminaciones y balizamientos luminosos, líneas eléctricas de transporte, distribución y centros de transformación.
- F) Instalaciones mecánicas, elevadoras y transportadoras, de ventilación, calefacción, climatización, de fontanería y sanitarias.
- G) Cimentaciones especiales, sondeos, inyecciones y pilotajes, tablestacados, ornamentos y decoraciones, viveros, jardinería y plantaciones, estaciones de tratamiento de aguas e instalaciones contra incendios.
- H) La realización de proyectos y dirección de obras referentes a las siguientes materias: Conservación de la naturaleza, forestal, desarrollo rural, cinegética, acuicultura y pesca, agricultura y ganadería, uso y gestión de recursos naturales, cartografía, geotecnia, hidrología, ecología, industria, infraestructuras medioambientales, residuos y depuración de aguas, instalaciones electrónicas, energía y minería, edificación, obras públicas, suelos y urbanismo.
- I) La realización de planes, estudios, informes, consultorías, auditorías y asesorías sociales, laborales, comerciales, económicas y financieras.
- J) El análisis, ensayo y control técnico referido a actuaciones de protección, conservación y mejora del medio ambiente.
- K) La realización de estudios y evaluaciones de impacto ambiental en el entorno natural, urbano e industrial.

- L) Fomento, protección, conservación y explotación de los espacios naturales, así como la gestión de aprovechamientos de sus recursos, incluyendo todo tipo de actuaciones de prevención y extinción de incendios forestales, de lucha contra plagas, de reforestación, de conservación y mejora de suelos y de organización y comercialización de la caza y de la pesca.
- M) Gestión y explotación de fincas, montes, centros forestales y bienes inmuebles.
- N) La realización de las actuaciones necesarias para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias.
- Ñ) El desarrollo socioeconómico integrado de los espacios naturales, incluyendo el fomento, la conservación, gestión y explotación de equipamientos educativos y turísticos, las actividades ganaderas y agrícolas asociadas a los mismos y la comercialización de sus productos.
- O) La realización de planes, programas y proyectos de cooperación al desarrollo.
- P) La comunicación, información y publicidad, servicios editoriales y divulgación, mediante la distribución, importación, exportación, producción y venta de todo tipo de publicaciones, materiales y medios escritos, audiovisuales e informáticos, campañas de comunicación pública, congresos, exposiciones y ferias.
- Q) La formación, la educación y el ocio, esparcimiento y tiempo libre.
- R) El mantenimiento y conservación de equipos, instalaciones y bienes inmuebles.
- S) La investigación, desarrollo, adaptación y comercialización de nuevas técnicas, patentes, inventos, modelos industriales y equipos y sistemas de gestión, información y calidad ambiental.
- T) La gestión directa o indirecta de residuos industriales, agropecuarios, forestales, sanitarios y urbanos en general, incluyendo las actividades de transporte, limpieza e higienización, así como la comercialización de los productos resultantes.
- U) La fabricación y comercialización de bienes muebles de carácter medioambiental, forestal, de acuicultura, pesca y caza, de protección de la naturaleza y para el uso sostenible de los recursos naturales.
- V) La financiación de la construcción o de la explotación de infraestructuras medioambientales o educativas y de equipamientos en espacios naturales.

Ciertamente, el Decreto 17/1989 había definido el objeto social de EGMASA en términos muy amplios y, por lo mismo, escuetos; de hecho, en la Exposición de Motivos del Decreto declarado nulo se señalaba expresamente la generalidad y falta de concreción del objeto social de EGMASA. Ahora bien, ¿modificó realmente el Decreto 117/1998 el objeto social? A juicio de CSI-CSIF –al menos tal y como se desprende del tenor literal de la sentencia– el Decreto había operado una privatización de servicios públicos, tratándose una norma que atribuía facultades y, por tanto, no de una simple norma orga-

nizativa. De la sentencia se deduce que ni EGMASA ni la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía cuestionaron el carácter innovador del Decreto en lo que al objeto social se refería. Por otra parte, en el proceso tampoco se cuestionó la naturaleza normativa del Decreto.

El carácter innovador del Decreto en lo que al objeto social concierne, y dando por supuesto ahora que fuera en este extremo una disposición de carácter general, era una cuestión interesante que hubieran podido plantear las demandadas, con resultado, es verdad, incierto. Nótese que nuestro Ordenamiento no contempla la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo contra disposiciones de carácter general que sean reproducción de otras anteriores no recurridas; y que se admite el recurso indirecto contra disposiciones que no hayan sido objeto de recurso directo. Pero por otra parte, la nulidad del Decreto se fundamentó, al cabo, en un vicio de procedimiento por omisión de un trámite que no sabemos si se cumplió en la tramitación del Decreto original 17/1989; de este modo, ¿hubiera resultado nulo el Decreto 117/1998 si se hubiere entendido que no modificaba el objeto social de EGMASA y en la tramitación del Decreto 17/1989 sí se hubiera cumplimentado el trámite de audiencia?

La premisa para el planteamiento de tal cuestión hubiera sido la negación, como se ha señalado, del carácter innovador del Decreto en lo que al objeto social concierne. Al respecto, el juicio sobre si el Decreto extendía o no el objeto social habría dependido de lo que se entendiese por “servicios públicos en materia medioambiental”. La sentencia que comentamos no se lo planteó frontalmente; en el FJ. 3º dio por supuesto que “el Decreto impugnado amplía el objeto social de la empresa”; y en el FJ. 6º señaló que “modifica el objeto social de la Empresa pública ambiental, para concretarlo e incluir nuevos ámbitos de actuación, al mismo tiempo que define aspectos de su régimen jurídico”. Sin embargo, hubiera podido entenderse sin dificultad que la nueva expresión de 1998 —“gestión de los servicios públicos en materia medioambiental”— con la enumeración detallada de actividades, no era sino una explicitación del mismo objeto social establecido en 1989; en este sentido y llamativamente, la propia sentencia alude en el FJ. 9º a “la redefinición de las actividades que puede desarrollar EGMASA, *antes contempladas genéricamente*”³. En todo caso, la modificación del objeto social no la habría producido el Decreto 117/1998 impugnado sino la Ley 8/1997, con su equívoca referencia a “servicios esenciales en

³ La cursiva es nuestra.

materia de desarrollo y conservación del medio ambiente”, expresiva de las actividades que pormenorizó más adelante el Decreto declarado nulo.

El análisis anterior ha dado por supuesto que el Decreto declarado nulo tenía la naturaleza de una disposición de carácter general. Ahora bien, ¿era una norma jurídica? ¿Tenía tal naturaleza? Sobre este extremo tampoco se planteó debate alguno en el litigio: si bien es cierto que en la demanda de CSI–CSIF ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a la que hemos tenido acceso, se consideró su posible naturaleza de acto administrativo, en la sentencia que comentamos sólo queda reflejada la discrepancia sobre si era una norma organizativa o tenía otro carácter. El TS, como nos consta, enjuició el Decreto en cuanto norma jurídica; en el F.J. 6º de la sentencia, en un párrafo que parcialmente se ha reproducido ya, afirma: “Consideramos nosotros que estamos claramente ante una disposición de carácter general, que innova el ordenamiento jurídico autonómico porque, como ya hemos apuntado, dicho Decreto modifica el objeto social de la Empresa pública ambiental, para concretarlo e incluir nuevos ámbitos de actuación, al mismo tiempo que define aspectos de su régimen jurídico”.

Aceptando como premisa que el Decreto albergaba diversos contenidos (modificación del objeto social y definición de aspectos de su régimen jurídico), lo cierto es que la impugnación se había planteado respecto de la modificación del objeto social. Sobre este particular, puede ser interesante reparar en que se ha venido entendiendo, con carácter general, que el acuerdo que autoriza la creación de una sociedad pública, en el que queda fijado el objeto social de la misma, no es una norma jurídica⁴. Y en nuestra opinión, efectivamente, no lo es, con independencia de que en no pocas ocasiones los Reales Decretos o Decretos que autorizan la creación de una sociedad pública y autorizan asimismo su objeto social incorporen otros contenidos de naturaleza normativa. Siendo dudoso que éste fuere el caso del original Decreto 17/1989, la versión reformada en 1998 sí incorporaba, como acabamos de puntualizar, contenidos nor-

⁴ Según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (“El procedimiento previo a la creación o expansión de una empresa nacional”, *Revista de Administración Pública* núm. 49, 1966, p. 315), “la creación de una empresa nacional viene a convertirse en la ejecución de un acto administrativo”. Para MONTOYA MARTÍN, E. (*Las empresas públicas sometidas al derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 468 ss.) es un acto administrativo. Entiendo que ésta es también la postura de RIVERO ORTEGA, R. (*Administraciones públicas y derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 72 ss), si bien el autor se centra en las garantías procedimentales de la idoneidad de la elección organizativa de Derecho Privado.

mativos, al recoger las previsiones que sobre su régimen jurídico había regulado la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros.

Esta circunstancia, unida a la confusión de perfiles que presenta EGMA-SA⁵ y la percepción generalizada de que la Junta de Andalucía, a través de sus empresas públicas, ha creado una Administración paralela a la territorial⁶,

⁵ Como es sabido, las sociedades públicas no son sólo o no son siempre sujetos económicos que operan en el mercado: en no pocas ocasiones la creación de una sociedad encubre un mecanismo de traspaso de cometidos públicos al nuevo sujeto que se crea, privado en su forma y público en su sustancia. EGMASA es un buen ejemplo de ello, en cuanto que integra su objeto social la gestión de servicios públicos, gestión que evidentemente podría asumir un sujeto privado-privado, pero que en todo caso presupone una responsabilidad pública. Al mismo tiempo, EGMASA actúa o puede actuar como un operador en el mercado de bienes y servicios relacionados con su objeto social, como se desprende del art. 67 de la Ley 8/1997 que, tras regular su perfil como “medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración” (apartado 2), añade que “Egmasa podrá realizar actuaciones, trabajos, obras, asistencias técnicas, consultorías, prestación de servicios y comercialización de sus productos dentro o fuera del territorio nacional, directamente o a través de sus filiales o participadas” (apartado 6). En el Informe 13/2008, de 22 de diciembre, sobre la capacidad de EGMASA para ser medio propio instrumental de las entidades locales, emitido por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Consejería de Economía y Hacienda, se indica que es accesoria la actividad económica desarrollada por EGMASA con otras entidades públicas y privadas en términos de libre competencia (por cierto que en dicho informe se concluye que se considera a EGMASA medio propio instrumental de las entidades locales en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las que suscriba convenio de colaboración en los términos establecidos en el artículo 67 de la Ley 8/1997, de 23 de diciembre, a los efectos previstos en el artículo 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público, y ello porque, como sabemos, el art. 67.2 de la Ley 8/1997 obliga a EGMASA a realizar los trabajos que le encomienden las entidades locales que hayan suscrito el convenio).

⁶ La prensa sevillana del 4 de diciembre de 2009 se hacía eco de una recomendación del Defensor del Pueblo Andaluz, de fecha 24 de noviembre de 2009 (la misma de la sentencia que comentamos), dirigida a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, sobre la contratación de personal a través de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales. En la misma página web consultada (<http://www.abcdesevilla.es/20091204/nacional-andalucia-actualidad/chamizo-acusa-junta-crear-200912032317.html>) se recogía la suspensión cautelar de la encomienda de gestión de la Junta a la empresa Sadesi, decretada por el TSJA. Otra referencia se encuentra en la siguiente página: <http://www.adn.es/local/sevilla/20100215/NWS-2105-Grinan-Junta-privati->

propició sin duda que ni las partes demandadas ni el propio TS cuestionaran la naturaleza de la impugnación, dirigida de suyo contra un acto, no contra un reglamento. De este modo, intuitivamente pudo concluirse que la reformulación del objeto social de la misma no era sino una reorganización, por reducción, de la propia Administración territorial. Esta percepción, de ser cierta, habría obviado un factor que sin embargo destaca, a otros efectos, el propio TS en la sentencia: que la fijación del objeto social de una sociedad pública no entraña *ipso iure* la descongestión de tareas y funciones de la Administración territorial.

III. LA LEGITIMACIÓN DE CSI–CSIF

Antes de adentrarnos en la cuestión que se acaba de apuntar, conviene dedicar nuestra atención a la legitimación que ostentaba el sindicato recurrente, discutida por las demandadas, negada por el TSJA y admitida por el TS.

Cabe anticipar que en este proceso la legitimación del recurrente revestía particular interés, pues entre los motivos del recurso contra el Decreto figuraba el de que en su tramitación se habían infringido los arts. 30 y siguientes de la Ley 9/1987, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; asimismo, el recurso se había interpuesto por falta de audiencia al interesado. De esta manera, la aceptación de la legitimación del sindicato parecía prejuzgar el éxito de estas pretensiones. Como veremos más adelante, no fue esto lo que exactamente sucedió: a la postre el TS, que casó la sentencia de instancia al admitir la legitimación, no consideró que se hubiere infringido la Ley 9/1987; en cambio, por lo que respecta a la audiencia al interesado, sí estimó la concurrencia del motivo de nulidad. El fallo de la sentencia se basó en el interés que revestía el Decreto para el ciudadano y, más aún, para el colectivo de funcionarios cuyos intereses defiende el Sindicato.

El TSJA inadmitió el recurso porque el sindicato no había acreditado un interés propio cualificado o específico. En opinión del Tribunal, el Decreto se

[zados-servicios-empleados.html](#) (19 de febrero de 2010). Las referencias en blogs, foros y páginas diversas de internet son muy abundantes. *Vid.* también las Consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz sobre el Régimen de Actuación de los Entes Instrumentales Privados con ocasión de la Aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, noviembre de 2007 (http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/otros_estudios/estudio_0003/descargas/Empresas_Publicas.pdf)

limitaba a configurar la organización interna de la Administración a través de la modificación de la configuración de EGMASA y esto, se señala en la sentencia, “ poco o nada afecta a los intereses que el Sindicato representa, porque la invocación genérica de la defensa de las atribuciones y competencias de la Administración autonómica de la que depende EGMASA, y a que el Sindicato [*sic*] tiene la condición de más representativo, se traduce en un mero interés de la legalidad y no el interés directo o específico que los arts. 29 y 32 LJCA exigen, en los términos concretados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

En el escrito de interposición del recurso de casación, CSI–CSIF argumentó que era el sindicato más representativo en la Administración autonómica andaluza y que el Decreto había supuesto “una merma de la cantidad y calidad del empleo público en dicha Administración, de modo que la norma impugnada afecta no sólo a la extensión del empleo público sino a también al papel de las Administraciones públicas en la sociedad por privatizarse varios ámbitos de actuación de la Administración”, lo que según criterio del sindicato afectaba directamente a sus objetivos asociativos e institucionales.

Por su parte, tanto EGMASA como la Administración de la Comunidad, en trámite de oposición al recurso, significaron la ausencia de interés legítimo afectado y pusieron el acento en el carácter organizativo del Decreto. Curiosamente, EGMASA reivindicó su carácter societario para demandar la inaplicación de la Ley 9/1987 y de la Ley 50/1997, de Gobierno, que era la aplicable en aquella fecha al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general en Andalucía; por el contrario, la Administración de la Comunidad puso de manifiesto que no había habido transferencia del sector público al privado porque EGMASA tenía carácter de Administración Pública

El TS, como nos consta, admitió la legitimación del sindicato. Tras recordar la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación de los sindicatos⁷, y con invocación del

⁷ En síntesis, afirmó: 1) que “los sindicatos tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de los afiliados, sino también de los intereses colectivos de los trabajadores en general”; 2) que “ese reconocimiento abstracto tiene su raíz en la función de los sindicatos que, desde la perspectiva constitucional, consiste en defender los intereses de los trabajadores, en este caso al servicio de la Administración y, por consiguiente, hay que reconocer en principio legitimado al sindicato en cualquier proceso en que se diriman intereses colectivos de los trabajadores”; 3) que “esa genérica legitimación abstracta debe proyectarse de un

principio *pro actione*, precisó el objeto del recurso (modificación de los estatutos de una sociedad mercantil para ampliar el objeto social con una serie de actividades que podrían ser desempeñadas directamente por la Administración) y el interés invocado por el sindicato (según la redacción de la sentencia, con el Decreto “se privatizan servicios públicos desempeñados directamente por órganos administrativos, con lo que *se desfuncionarizan* tales actividades «con merma de la cantidad y calidad del empleo público en esa Administración pública» y, además, porque, al afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios integrados en esa sociedad de capital público, el sindicato recurrente debió haber sido convocado al procedimiento para su elaboración, con mayor razón por tratarse del sindicato más representativo en la Administración autonómica andaluza”).

Ha de llamarse la atención sobre la delimitación del objeto del recurso que efectúa el TS: la modificación de los estatutos de una sociedad mercantil. Sin embargo, lo que CSI-CSIF recurrió fue la modificación del objeto social señalado por el Decreto que autorizó la constitución de la sociedad. Obviamente, la impugnación de la modificación de los Estatutos no hubiera llegado a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ...

Todo ello le llevó a concluir que la pretensión del sindicato esgrimida en el litigio guardaba relación con su círculo de intereses, **con la defensa del empleo público**⁸, de manera que ostentaba “legitimación activa para promoverlo sin necesidad de prejuzgar los concretos motivos de impugnación utilizados en la demanda ... sin que el carácter organizativo de la disposición impugnada tenga relevancia para apreciar la legitimación procesal atendidos los legítimos intereses del sindicato recurrente”⁹.

modo particular sobre el objeto de las acciones que esgriman ante los jueces y tribunales mediante un vínculo o conexión entre el sindicato y la pretensión ejercitada, porque esa función atribuida constitucionalmente a los sindicatos no los transforma en guardianes abstractos de la legalidad; 4) que “el vínculo exigible entre la actividad o fines del sindicatos y el objeto del pleito, ha de ser ponderado en cada caso, lo que en el proceso contencioso-administrativo implica la necesidad de acudir a las nociones de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado del eventual éxito de la acción entablada”.

⁸ La negrilla es nuestra.

⁹ La sentencia incorpora aquí la cita de la STC 7/2001, de 15 de enero, F.J. 6º).

IV. OBJECIONES SUSTANTIVAS PLANTEADAS Y PREVALENCIA DE LAS GARANTÍAS DE PROCEDIMIENTO

Una vez admitida la legitimación del sindicato y anulada la sentencia del TSJA, el TS procedió a resolver las cuestiones de fondo planteadas por el recurrente.

Una precisión es necesaria en este momento: del Antecedente de Hecho 4º y del F.J. 6º de la sentencia se desprende que el sindicato impugnó el Decreto por incumplimiento de una serie de trámites formales en el procedimiento de su elaboración: 1) falta de negociación colectiva en la Mesa Sectorial, 2) ausencia de dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía; 3) defecto de trámite de audiencia a los interesados.

Sin embargo, en la sentencia se recogen también diversas objeciones de índole sustantiva que planteó CSI-CSIF al hilo de la justificación de su legitimación y como presupuesto de la obligatoriedad de los trámites que se habían obviado.

Así, en la sentencia se expresa que para CSI-CSIF “el Decreto impugnado ha supuesto una merma de la cantidad y calidad del empleo público” (Antecedente de Hecho 4º y F.D. 4º), que “la norma impugnada afecta no sólo a la extensión del empleo público sino a también al papel de las Administraciones públicas en la sociedad por privatizarse varios ámbitos de actuación de la Administración” (Antecedente de Hecho 4º y F.D. 1º), que el Decreto es una “norma que no se limita a configurar la organización interna de la Administración, sino que atribuye potestades administrativas a una sociedad pública, lo que no autoriza la Ley 6/1997 (Disposición Adicional 12ª), según la cual las sociedades mercantiles estatales se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado sin que puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, por lo que no se está ante una simple norma organizativa sino ante una norma que atribuye facultades” (Antecedente de Hecho 4º y F.D. 6º)¹⁰.

Estas objeciones fueron examinadas, desde luego, por el TS, que efectivamente consideró que era preciso analizar la naturaleza, contenido y alcance

¹⁰ Se cita en este punto un informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, que a juicio del sindicato avalaría su alegación.

del Decreto antes de abordar las cuestiones referidas a los vicios formales de tramitación. Aunque a la postre no compartió las objeciones, sus pronunciamientos efectivamente sentaron las bases de su posterior argumentación y fallo sobre las pretensiones de la demanda. Veamos a continuación, pues, cuál fue la respuesta del TS a tales objeciones, articulada en torno al alcance de la modificación del objeto social de EGMASA que a juicio del TS se produjo y en torno, también, a la distribución de cometidos entre la sociedad y la Administración matriz.

Respecto de la modificación del objeto social, puntualiza la sentencia que en su nueva configuración “se prevé expresamente que la Empresa pueda desarrollar algunas actividades que tradicionalmente eran desempeñadas, de manera directa, por la Administración, y que en algunos casos, dependiendo de su ejercicio, supone el desapoderamiento de ésta, y por tanto de sus funcionarios, de facultades que implican el ejercicio de potestades públicas, si bien así será según se desarrolle ese objeto social”. Sobre este particular añadió que “dentro de ese objeto social, la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no han de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así”, insistiendo a continuación en ello:

“El conflicto estriba en que no nos encontramos, estricta y formalmente ante una norma atributiva de competencias, debiéndose recordar que desde el punto de vista del Derecho mercantil el objeto social de la empresa constituye el giro que se pretende alcanzar, determinando las actividades que lo integran, con independencia de que finalmente dicho tráfico se materialice, y que, por tanto, las previsiones que se contemplen en el objeto social de la empresa pública no determinan necesariamente que esas actividades no puedan seguir siendo desempeñadas por la Administración de la que depende, pues, desde un prisma mercantil, la empresa sólo puede realizar aquello que esté dentro del giro o tráfico propio de su objeto social, pero el hecho de que ciertas actuaciones estén incluidas en el mismo no significa necesariamente que las desarrolle de manera que incidan en las potestades públicas”.

En este punto, la sentencia desciende al detalle y concreta las posibilidades de actuación de la Administración y de EGMASA por referencia al ejercicio de potestades:

“Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de autotutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las «actuaciones necesarias» para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden su-

poner la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma (Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá adoptar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad.

Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de la potestad sancionadora, ni la imposición de cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de «las actuaciones necesarias», EGMASA podrá aprobar los expedientes administrativos de clasificación y deslinde, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero sin que gocen de presunción alguna las atas levantadas o informes evacuados, en ejercicio de estas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o agente de la misma.

Por el contrario, trabajos materiales para la ejecución de contratos administrativos de obras, en sus distintas clasificaciones: labores de regeneración y recuperación paisajística; realización de trabajos materiales forestales, de aprovechamientos agrícolas o ganaderos, la gestión y explotación de fincas propias; proyectos de acercamiento de la sociedad a los entornos naturales y en general actividades de tipo educativo o turístico; mantenimiento y conservación; u otros similares de naturaleza puramente industrial o mercantil, previstos estatutariamente, podrán ser normalmente desarrollados sin peligro alguno para la potestad pública, ni el derecho de terceros”.

Tal es el escenario que dibuja la sentencia, con un trazo que, como hemos anticipado, pretende sentar las bases del posterior pronunciamiento sobre el cumplimiento de los trámites procedimentales de elaboración del Decreto. De este modo, el TS concluirá sobre el particular analizado que “el sindicato recurrente no llega a concretar, ni menos aún probar al menos de forma indiciaria, cuáles son esos riesgos de privatización de la Administración que preconiza, de manera que sus alegaciones no dejan de ser una simple invocación genérica al riesgo de fuga o «huida del Derecho Administrativo»”. Retengamos, no obstante, esta última expresión.

En las claves en que se sitúa la sentencia –el Decreto es una norma jurídica que amplía el objeto social de EGMASA– el TS no acepta que el mismo haya producido, *per se*, el trasvase de cometidos desde la Administración Territorial a la sociedad ni, tampoco, el de potestades administrativas.

En este momento, ciertamente, el TS hubiera podido, siguiendo una línea jurisprudencial a nuestro juicio errónea pero con tradición, desestimar el recurso tras apreciar que su contenido no es contrario a Derecho. Sin embargo, no procede así; por el contrario, trae a primer plano las garantías que satisface el procedimiento de elaboración de los reglamentos y subraya, en lo que aquí nos interesa, la necesidad de respetar la garantía *ad extra* que representan la audiencia a los interesados y la motivación, “para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria”. Son éstos los términos en que se expresa la sentencia:

“Ahora bien, que el incumplimiento efectivo de las normas de Derecho Público no quede acreditado no implica que la potencial trascendencia de la norma que se impugna y la existencia o, al menos, apariencia de ese riesgo cierto exijan que a la elaboración de la disposición se le dote de mayores garantías formales, garantías que se refuerzan con la negociación colectiva, la participación ciudadana y la intervención de los órganos consultivos de naturaleza científico-jurídica.

Y ello porque, como esta Sala ha señalado en otras ocasiones, las solemnidades previstas en el artículo 105 de la Constitución en los procedimientos de elaboración de los reglamentos tienen una orientación teleológica con doble proyección: una garantía *ad extra*, en la que se inscribe tanto la audiencia a los ciudadanos a través de las organizaciones que los representan como la necesidad de una motivación en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, y otra garantía interna para asegurar la legalidad y acierto, que son los informes y dictámenes preceptivos”.

En consecuencia, el TS entra a analizar los diferentes vicios de procedimiento que el sindicato había puesto de manifiesto. Veamos en primer lugar cómo desestima las pretensiones de que se declare nulo el Decreto por falta de negociación colectiva en la Mesa Sectorial y por ausencia de dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía.

V. SUPUESTOS VICIOS FORMALES DEL DECRETO IMPUGNADO

La negociación colectiva era necesaria, a juicio del sindicato, “en la consideración de que la nueva configuración de la empresa supone el vaciamiento de competencias reservadas a la Administración y el desapoderamiento de atribuciones hasta entonces reservadas a funcionarios públicos”.

El TS, como resulta fácil de adivinar, no compartió la tesis del recurrente. De nuevo, volvió a poner de manifiesto que no bastaba “con indicar que po-

tencialmente la nueva redacción de la norma supone con seguridad la privatización de servicios públicos y el desapoderamiento de potestades reservadas a los funcionarios”; y que era al recurrente al que incumbía “acreditar las concretas potestades o funciones públicas que resultarían directamente privadas a los funcionarios de carrera de la Consejería de Medio Ambiente o los puestos de trabajo que serían eliminados o modificados por aplicación de la norma impugnada”. A ello añadió la invocación de las SSTS de la misma Sala de 26 de enero de 2005 (sección Cuarta) y de 22 de mayo de 2001 (sección Tercera), en las que se había considerado “que ni la modificación de la denominación de puestos de trabajo, ni la reestructuración de departamentos administrativos, ni la regulación que no afecte a las condiciones de acceso a la función pública, o al desempeño de la misma, puede tacharse de nulidad por no haber sido sometida a previa negociación” (STS de 26 de enero de 2005); y que “las repercusiones a que la ley se refiere, generadas a consecuencia de las decisiones organizativas de las Administraciones Públicas, son aquéllas que suponen una cierta incidencia directa respecto de las condiciones de trabajo de sus empleados, pues, en otro caso, toda decisión de este género debería someterse a consulta, desde el momento en que, más o menos derivadamente, en el futuro será preciso reflejar los cambios organizativos en las plantillas funcionariales” (STS de 22 de mayo de 2001). Por todo ello, concluyó que el Decreto no modificaba las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Junta de Andalucía, “cuyo interés legítima *ad causam* la intervención del sindicato recurrente”, añadiendo además que en su caso serían las concretas encomiendas de gestión y en general las actuaciones que EGMASA desarrollase, así como las ulteriores Relaciones de Puestos de Trabajo, las que afectasen directamente a las condiciones de trabajo.

La pretensión de que se declarase el Decreto nulo de pleno derecho por ausencia de dictamen del Consejo Consultivo también fue rechazada, al considerarse que no se trataba de un reglamento ejecutivo y que su alcance organizativo no afectaba directa e inmediatamente los derechos de los administrados. A juicio del TS, era una “disposición reglamentaria de carácter autónomo y primordialmente organizativo”, que “no está cumpliendo un mandato legal sino ejercitando funciones propias; no ejecuta la Ley en los términos referidos sino que organiza sus propios servicios y funcionamiento, con independencia de que esa organización pueda afectar a los intereses de terceros”.

VI. LA AUDIENCIA AL INTERESADO: EL RIESGO DE HUIDA SILENCIOSA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO ELEMENTO CUALIFICADOR DEL INTERÉS A EFECTOS DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO

La sentencia examinó en el F.D. 9º el motivo de nulidad cifrado en la ausencia de audiencia a los interesados para, ahora sí, estimar su concurrencia y, en consecuencia, declarar la nulidad de pleno derecho del Decreto. El TS apoyó su decisión, en muy buena medida, en el art. 105 CE, anunciando incluso en las primeras líneas del F.J. que la conclusión sobre el defecto de trámite de audiencia sería distinta “al afectarse en este caso el derecho constitucional de participación pública”.

Para la Administración, el trámite de audiencia no era necesario por tratarse de una norma organizativa; argumentó además que, en cualquier caso, sólo hubiera sido preceptivo para las Asociaciones u Organizaciones que ostentasen la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo y que no tuviesen carácter voluntario. Para el sindicato, en cambio, el trámite era necesario porque el Decreto atribuía a EGMASA facultades que implicaban el ejercicio de autoridad pública¹¹.

Como bien recuerda la sentencia, el art. 24.1.c) de la Ley 50/1997, aplicable en el caso de autos en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la hoy derogada Ley 6/1983, de 14 de abril, prescribe que el trámite de audiencia es preceptivo cuando la disposición afecta a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, pudiendo evacuarse directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupan o los representan y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición.

¹¹ Lo que textualmente dice la sentencia es lo siguiente: “Frente a ello, considera éste que se ha cometido infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por el que se regula el procedimiento de elaboración de los Reglamentos, en relación con la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que impide que las sociedades mercantiles estatales puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”. Más claramente se indica en el F.J 6º de la sentencia que a juicio del sindicato el Decreto “no tiene el carácter de simple norma de organización interna administrativa sino de disposición que atribuye facultades propia de la autoridad pública y, por consiguiente, constituye una privatización de servicios públicos”

Según el TS, tal afección existía. Ha de notarse, antes de seguir avanzando en la argumentación del Tribunal, que la sentencia también recuerda la letra e) del art. 24.1 de la Ley del Gobierno, precisando en consecuencia que “el trámite de audiencia no es aplicable «a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de las organizaciones dependientes o adscritas a ellas»”. Habiendo admitido que el Decreto impugnado era una norma organizativa, como ya nos consta, hubiera podido el Tribunal realizar una interpretación literal y reduccionista del precepto para, en consecuencia, desestimar en su totalidad las pretensiones del sindicato. Sin embargo, como sabemos, no fue esto lo que sucedió: el TS se limitó a transcribir parcialmente la letra e) del art. 24.1 para, a continuación, abordar el motivo de nulidad consistente en la omisión del trámite de audiencia.

La sentencia, en este punto, niega una vez más que la modificación de los estatutos de una sociedad dependiente de la Administración¹² suponga “materialmente el vaciamiento de potestades administrativas”; también que ello incida directa e inmediatamente en la situación de los funcionarios públicos; y aún que la distribución competencial entre diversos departamentos afecte a los intereses defendidos por el sindicato.

Pero sí considera que “existe cierto nexo entre el interés defendido por el sindicato recurrente y el contenido de la disposición impugnada”, que es el que le había atribuido la legitimación activa en el proceso, al asumir el sindicato la defensa de los intereses de los funcionarios. Por ello, razona el Tribunal, “en cuanto se afecten los «derechos e intereses legítimos» de éstos, será preciso o, al menos, conveniente el trámite de audiencia, y así hemos declarado en otras ocasiones que la cuestión del trámite de audiencia está vinculada estrechamente a la legitimación para recurrir”.

De lo anterior se desprende que el TS soslayó la presunción de no afección a derechos e intereses que sorprendentemente recoge el art. 24.1.e) de la Ley del Gobierno respecto de las disposiciones organizativas, en coherencia con la admisión previa de la legitimación del sindicato y anticipando así, en cierto modo, su fallo¹³.

¹² Recordemos que para el TS éste era el objeto del recurso.

¹³ *Vid.* una crítica a la interpretación jurisprudencial del art. 130.6 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 en FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002, pp.

El interés lo cifra el TS, según se desprende de la sentencia, en el “ya examinado riesgo potencial de fuga del Derecho administrativo que tiene lugar con el Decreto objeto de recurso”. Este riesgo, a juicio del Tribunal, “aunque existiese con anterioridad a la norma impugnada, tiene su concreción en un diferente sistema de contratación administrativa, en la exclusión de gran parte de la actividad de estas empresas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y, especialmente, en excepcionar el régimen de selección de su personal de los principios de mérito y capacidad que la Constitución Española establece preceptivamente para los funcionarios públicos, rigiendo un sistema de libre selección de un personal cuyas retribuciones van a ser sufragadas con el erario público¹⁴, y que a la vista del objeto societario pueden desempeñar funciones similares a las que desarrollan éstos”.

277 y 278. El autor aboga por una interpretación restrictiva del art. 24.1.e); en nuestra opinión, la interpretación restrictiva incumbe sólo y en todo caso a la Administración, no a los órganos judiciales; éstos habrán de examinar, si se plantea, la legitimación del recurrente en orden a un eventual pronunciamiento de inadmisibilidad, pero una vez reconocida la legitimación y con ella el interés del recurrente, la única opción coherente –al menos cuando el recurrente es una organización o asociación– es la de prescindir de la presunción (no por tanto interpretarla restrictivamente) para efectivamente sancionar la omisión del trámite, como vemos que sucedió en el caso que nos ocupa.

¹⁴ Sobre este aspecto concreto, procede destacar cómo la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2010 (recurso 465/2009), acogiendo la doctrina ya sentada en su día por el Tribunal Supremo (por todas: SSTS. de 26 de enero de 1995 y de 16 de enero de 1998), rechaza el reconocimiento como “servicios previos”, a efectos de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de los prestados en sociedades mercantiles de capital público, dado que –y éste es el razonamiento esencial que subyace en la jurisprudencia– las sociedades mercantiles de titularidad pública no son encuadrables en la Administración Institucional. La razón última de ello, evidentemente, es que tales sociedades operan conforme al Derecho Privado y al Derecho del Trabajo (en lo atinente a su personal) y que, como acertadamente pone de relieve la sentencia que comentamos, el ingreso del personal en las sociedades públicas no está sujeto a criterios objetivos de mérito y capacidad.

En cualquier caso, los controles (escasos y *ex post*) a que se sujetan esta clase de empresas, suelen poner de manifiesto que la actuación en materia de selección de personal desde el sector público empresarial no es lo rigurosa que debiera ser. Así, por ejemplo, en el Informe de Fiscalización de Regularidad de la empresa Turismo Andaluz, SA. correspondiente a su actividad en el ejercicio 2006, la Cámara de Cuentas de Andalucía pone de manifiesto que los méritos que se señalan en los *curricula* no se acreditan suficientemente. En la auditoría de regularidad del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos del ejercicio 2007, llevada a cabo por el mencionado órgano de control externo, se destaca la incorporación a la empresa de algunos trabajadores que, sin convocatoria pública, son contratados indefinidamente. Los informes de la

Pero ¿a qué riesgo se refiere el Tribunal? ¿cuál es el riesgo potencial de fuga que incluso existía con anterioridad al propio Decreto impugnado?

Es preciso recordar que en el F.J. 6º el Tribunal había afirmado que el desapoderamiento de la Administración Territorial y de sus funcionarios, en cuanto a facultades que implicasen el ejercicio de potestades públicas, dependería de cómo se desarrollase el objeto social de EGMASA, en el cuál, “la mayoría de las actividades nominativamente contempladas no ha de suponer un riesgo de privatización de potestades públicas, pero en otros casos puede no ser así”, de manera que “depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas”. Y recordemos también que se añadía que “el sindicato no llega a concretar, ni menos aún probar al menos de forma indiciaria, cuáles son esos riesgos de privatización de la Administración que preconiza, de manera que sus alegaciones no dejan de ser una simple invocación genérica al riesgo de fuga o «huida del Derecho administrativo»”, concluyéndose, no obstante, que el que “el incumplimiento efectivo de las normas de Derecho Público no quede acreditado no implica que la potencial trascendencia de la norma que se impugna y la existencia o, al menos, apariencia de ese riesgo cierto exijan que a la elaboración de la disposición se le dote de mayores garantías formales, garantías que se refuerzan con la negociación colectiva, la participación ciudadana y la intervención de los órganos consultivos de naturaleza científico-jurídica”.

De lo expuesto se desprende que el TS: 1) no prejuzga que la constitución de sociedades públicas sea en sí misma inconstitucional; 2) advierte, no obstante, un riesgo potencial de fuga del Derecho Administrativo, que se cifra en el posible vaciamiento de potestades a favor de las sociedades públicas; 3) con-

Cámara de Cuentas de Andalucía se pueden consultar en la siguiente página web: <http://www.ccuentas.es/camara-cuentas-informes.html>

Por otra parte, en la página <http://www.juntadeandalucia.es/temas/personas/empleo-publico/empresas-publicas.html> aparece un listado con fundaciones y empresas de la Junta de Andalucía donde se pueden consultar sus vacantes. Es muy habitual que se pueda remitir a ellas los *currícula* de los interesados (como en el sector privado). La garantía del mérito y la capacidad suele ser escasa, de existir, en esta clase de procesos selectivos.

En todo caso, hemos de subrayar que este déficit (ya crónico) de incumplimiento no sólo atañe al sector público no administrativo autonómico. En el ámbito local la situación es de mayor descapitalización de los principios de acceso al empleo público, si cabe. Como muestra citamos lo dispuesto en el vigente Convenio Colectivo de la Empresa Municipal de Aguas de Huelva, SA. (BOP. de 29 de agosto de 2006), que constituye un inmejorable ejemplo de lo que acontece en la mayoría de esta clase de sociedades de mano pública.

sidera que ese riesgo potencial se concreta en el Decreto; 4) tal concreción no es en sí misma contraria a Derecho; 5) pero la efectiva aplicación del Decreto puede dar lugar al desapoderamiento de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas, lo que dependerá de cómo se desarrolle el objeto social de EGMASA.

Es esta secuencia de posibilidades la que califica el TS como “riesgo de huida silenciosa”; y es este riesgo, precisamente, el que “cualifica el interés defendido por el sindicato, y refuerza la necesidad de dar audiencia, como parte esencial de [sic] principio de participación pública, **no sólo al sindicato de funcionarios recurrente sino también al resto de entidades que defienden intereses afectados por el ámbito de actuación de la Administración demandada**”¹⁵.

En este momento, el TS entra a despejar cualquier posible objeción que pudiera plantearse sobre la intervención del sindicato en el trámite de audiencia.

Por una parte, invoca su sentencia de 1 de diciembre de 2008 para recordar que “es el propio apartado c) del art. 24 de la Ley 50/1997, el que en términos generales marca la pauta de cuáles son los ciudadanos que han de ser oídos y a través de qué organizaciones o asociaciones se instrumentará la audiencia, **y se entiende que serán en general aquellos ciudadanos cuyos intereses o derechos legítimos pueden ser perturbados o afectados por la disposición general impugnada**”¹⁶.

Por otra parte, reconoce que a veces se ha limitado la audiencia a las corporaciones de adscripción obligatoria¹⁷, pero explicando a continuación que “en la gran mayoría de esos casos se otorgó audiencia a otras personas o enti-

¹⁵ La negrilla es nuestra.

¹⁶ La negrilla es nuestra.

¹⁷ El TS cita aquí, por todas, la sentencia de 12 de octubre de 2008. La Ley del Gobierno sólo exige el reconocimiento legal de las entidades; *vid.* al respecto, FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, op. cit. pp. 282 y 283; y LAVILLA RUBIRA, J. J. “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, *Justicia Administrativa* núm. 1, 1998, p. 20), entre otros.

dades que en defensa de distintos intereses en juego mostraron su opinión en el proyecto de norma”, lo que le lleva a declarar que **“mayor cautela ha de seguirse en casos como el que nos ocupa cuando ninguna corporación, entidad, asociación o individuo, interviene en el proceso de elaboración, sustrayéndose éste completamente de la participación pública, con el pretexto de que, desde el punto de vista formal, se trata de una norma interna y puramente organizativa”**¹⁸.

El Tribunal apura las explicaciones centrándose directamente en la naturaleza de los sindicatos y en la función que cumplen, por relación al trámite de audiencia.

Así, y desde la premisa de que no tienen naturaleza corporativa, trae a colación su sentencia de 27 de mayo de 2002, en la que “se apuntaba que, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite de audiencia no es otra que hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación que en este aspecto recoge el artículo 105 de la Constitución, nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, si este procedimiento aparece como adecuado en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe los diversos derechos o intereses afectados, aún cuando lo sean de manera indirecta o potencialmente futura”. Y con cita de abundante jurisprudencia constitucional, pone de manifiesto que la función de los sindicatos no es sólo la de representar a sus miembros a través de los esquemas de apoderamiento y de la representación de Derecho privado, sino el ejercicio de los derechos de necesario ejercicio colectivo en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo. Todo ello le lleva a concluir que “queda así clara «la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores» (Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, fundamento jurídico quinto)”.

Recapitulando la argumentación del Tribunal, pueden extraerse las siguientes claves de su razonamiento: 1) mayor cautela que ha de seguirse cuando en la elaboración del reglamento no interviene ninguna instancia de participación pública; 2) finalidad del trámite de audiencia (hacer efectivo en el orden material o de la realidad de las cosas el principio de participación); 3) y legitimación de los sindicatos para el ejercicio de la acción colectiva.

¹⁸ La negrilla es nuestra.

Estas claves son las que le conducirán a sostener, no ya que las mismas razones por las que se reconoce legitimación causal para accionar sirven de fundamento a la necesidad del trámite de audiencia¹⁹, sino, con mayor profundidad, que habida cuenta de “la importancia del derecho constitucional a la participación individual y colectiva consagrado en el art. 105 CE, que no puede quedar sometido a la pura discrecionalidad de la Administración ... en determinados casos excepcionales y cuando la trascendencia de la norma, **cual este caso**, pueda afectar los intereses, aún genéricos, del personal que sirve a la Administración, se hace preciso, **al menos**, la audiencia de entidades y asociaciones que, **como el sindicato recurrente**, puedan realizar alegaciones y presentar informes sobre aquello que pudiera afectar al ámbito de esos «intereses colectivos», ahora concretamente los de los funcionarios cuya protección el sindicato tiene encomendados, y a las facultades que la Constitución y la Ley les atribuye”²⁰.

En este momento, la sentencia que comentamos experimenta un cierto giro, pues el TS adopta un tono que podría calificarse como de denuncia para traer a primer plano las críticas que viene mereciendo la huída del Derecho Administrativo, tanto por la forma en que se produce como por el riesgo de pérdida de garantías ciudadanas. Merece la pena la transcripción de sus apreciaciones:

“Efectivamente, la fuga del Derecho Administrativo, tan criticada doctrinalmente, se viene produciendo en las últimas décadas de manera silenciosa, y muchas veces oculta en normas auto-organizativas, que por los motivos ya indicados no se someten a los filtros previos a los que se sujetan otras normas ejecutivas de menor trascendencia para el desarrollo y funcionamiento de la vida administrativa.

La exigencia del trámite de audiencia en la elaboración de normas como las que nos ocupa, a la vista de la finalidad constitucional de la misma, permitiría, al

¹⁹ Así lo vuelve a manifestar en este pasaje concreto de la sentencia.

²⁰ Abunda en ello el TS al referir que “en la elaboración del Decreto, objeto de impugnación, hubiera sido de todo punto útil que los distintos **sindicatos**, que representan los intereses de los funcionarios públicos y en general del personal al servicio de la Administración, y **las Corporaciones profesionales, relacionadas con el objeto social de EGMASA**, hubieran podido, al menos, emitir su parecer o juicio sobre la misma, formulando alegaciones, dado el conocimiento e interés que tienen en la actividad ambiental de la Administración Pública y en el posible desapoderamiento de atribuciones de ésta”. Las negrillas de esta nota y del texto son nuestras.

menos, tener en consideración, antes de su aprobación, las alegaciones que formulen aquéllos que representen intereses afectos por el futuro de la Administración de la que dependen, **aún más si se tienen en cuenta las dificultades posteriores de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa muchos de los actos aplicativos del Decreto, que son los que podrían consumir el riesgo temido por la parte que ahora impetra el auxilio judicial**²¹.

La doctrina científica e instituciones, como el Defensor del Pueblo, insisten en que la mayor eficacia y agilidad en la gestión de los servicios públicos, a través de formas jurídico privadas, no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos. El riesgo de merma de esos derechos se plasma con la cada vez mayor asunción por parte de entes públicos instrumentales, bajo formas privadas, de actuaciones y servicios públicos sin el pleno control de las normas administrativas y de la jurisdicción contencioso-administrativa, que precisamente tiene por función esencial revisar la actuación de la Administración. No puede olvidarse que tales entes instrumentales siguen teniendo, con independencia de su forma jurídica, naturaleza de poderes públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1983, de 11 de mayo) y por ello están sometidos a los principios constitucionales a los que se debe escrupulosamente ajustar la Administración: artículos 9.3, 53.1, 103.1 o 105.c) de la Constitución, entre otros. Resulta significativo que el propio informe de la Intervención General de la Junta de Andalucía, obrante en el expediente administrativo, se atreva a poner de manifiesto la misma denuncia que realiza el sindicato recurrente”.

La consecuencia que extrae el TS de estas apreciaciones es la de que “ante la trascendencia de la cuestión debatida... remisiones al Derecho Privado en materias como las que nos ocupa, deben ser analizadas con rigor y cautela”, aserto éste que nosotros entendemos referido muy especialmente a la constatación de la dificultad para controlar los actos aplicativos del Decreto en sede contencioso-administrativa.

La conclusión que de todo ello extrae el TS es la de que la modificación de los Estatutos de EGMASA y la redefinición de sus posibles actividades, que antes estaban contempladas genéricamente, “aun siendo una previsión programática no atributiva directa o materialmente de competencias, **no es indiferente para el ciudadano**²² porque representa una forma de orga-

²¹ La negrilla es nuestra.

²² La negrilla es nuestra.

nización de la Administración para desarrollar actividades y servicios de interés general”.

Nótese, y para ello se ha resaltado el texto, que la sentencia pasa a predicar el interés de la ciudadanía, bien que matizando que menos aún era indiferente para el colectivo de funcionarios públicos, cuyos intereses defendía el sindicato. De ahí que considerase, finalmente, que, “atendida la naturaleza del trámite de audiencia, su participación era necesaria en la elaboración de la disposición general cuestionada”, por lo que su ausencia implicó la nulidad del Decreto.

VII. APUNTES FINALES SOBRE LOS ACTOS EMANADOS EN DESARROLLO Y EJECUCIÓN DEL DECRETO Y LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Unas últimas cuestiones suscita la sentencia que se comenta, referentes ahora a los términos y consecuencias de la ejecución de la sentencia y a la pretensión también deducida por CSI–CSIF de que se anulasen todos los actos jurídicos dictados o realizados por la Administración territorial y EGMASA en desarrollo y ejecución del Decreto.

Dejando ahora a un lado el que la jurisdicción del TS no alcanzaba a la declaración de invalidez de los actos jurídicos de EGMASA, por tratarse de una sociedad mercantil, lo cierto es que el Tribunal desestimó esta pretensión con fundamento en el art. 73 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa, aun advirtiendo “que dicho precepto deja a la potestad del juez o tribunal competente la anulación de aquellos actos anteriores a los efectos generales de la sentencia firme por concurrir causas o circunstancias que no sean de mera firmeza de la sentencia”. Sin posibilidad de entrar ahora en la salvedad que menciona la sentencia²³, que justificaría *per se* un estudio autónomo²⁴, sí parece conveniente subrayar que si la ampliación del objeto social se hubiera

²³ En cualquier caso, el TS explicó que “en el supuesto enjuiciado, no es posible atender a la pretensión anulatoria de carácter genérico formulada por el sindicato demandante, al ignorarse la naturaleza y circunstancias de esos actos anteriores dictados al amparo de la norma reglamentaria que en esta nuestra sentencia declaramos nula de pleno derecho, razón por la que tal pretensión debe ser desestimada”

²⁴ Nótese que el TS admite que sea el propio órgano judicial –no por tanto la Administración a través de sus potestades de revisión de oficio ni los afectados por los actos firmes mediante el ejercicio, en su caso, de la acción de nulidad– el que entre a considerar qué actos (distintos de

caracterizado como el contenido de un acto y no de un reglamento, no hubiera jugado, de entrada, el art. 73 de la Ley de la Jurisdicción, de manera que hubiera sido factible en teoría la anulación de los actos –administrativos– que hubieran sido dictados en ejecución del Decreto, con la consiguiente dificultad añadida que presumiblemente hubiera planteado la propia ejecución de la sentencia.

No ha sido así, como acabamos de examinar. Ello no obstante, la sentencia, incluso en los términos en que se pronuncia, merece unos comentarios adicionales.

Debemos destacar que en el fallo se dice “desestimamos la pretensión de anulación de todos los actos dictados o realizados por la Administración de la Junta de Andalucía y EGMASA, en desarrollo y ejecución del Decreto que hemos declarado radicalmente nulo **antes de que esta sentencia alcance efectos generales**”²⁵. Ello implica que los actos dictados o realizados por la Administración o por EGMASA en desarrollo y ejecución del Decreto antes de que la sentencia alcanzase efectos generales han permanecido, amparados en la presunción de validez de los actos no recurridos, ya sean administrativos o actos sujetos a Derecho Privado²⁶. Luego entonces, los estatutos de EGMASA, aprobados lógicamente en fecha muy anterior a la sentencia, siguen existiendo y surtiendo los efectos que le son propios como acto jurídico. En nuestra opinión, probablemente no fue ésta la solución querida por el propio TS, que como sabemos había fijado como objeto del recurso –incorrectamente a nuestro juicio– la modificación de los Estatutos. El fallo de la sentencia, sin embargo, no deja lugar a dudas: la invalidez se predica sólo del Decreto, que no aprobó los Estatutos ni modificó los mismos.

Por otra parte, aun cuando la ejecución de la sentencia se ciña, como es lógico, al Decreto y no a los Estatutos, su efecto será el de revivir el anterior Decreto 17/1989, de 7 de febrero, con la modificación efectuada por el De-

las sanciones aún no ejecutadas completamente) deben permanecer y cuáles desaparecer. Sobre los actos dictados en aplicación del reglamento anulado, *vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G. *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 332 ss.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, pp. 394 ss.

²⁵ La negrilla es nuestra.

²⁶ Es preciso llamar la atención, una vez más, acerca de que el Tribunal Supremo no cuestionó su falta de jurisdicción sobre los actos de EGMASA. Es en esta clave en la que se sitúa en este momento nuestro comentario.

creto 187/1990. Por ello, y en la medida en que, como es natural, el art. 67 de la Ley 8/1997 no ha resultado afectado por el proceso, poca trascendencia práctica parece que habrá de tener la sentencia que comentamos en lo que al funcionamiento de EGMASA se refiere.

VIII. VALORACIÓN

En nuestra opinión, la sentencia que se ha analizado es muy significativa y, aunque de ello quizás no sea consciente el mismo TS, es finalmente fruto de un conjunto de interpretaciones, no todas pacíficas y más o menos discutibles algunas, que, unidas todas ellas, propiciaron que se alcanzara la nulidad del Decreto: así, la consideración reglamentaria del Decreto, el entendimiento de que éste modifica el objeto social de EGMASA (sus Estatutos según la sentencia), el reconocimiento de la legitimación del sindicato con apoyo en la relación existente entre el Decreto y el empleo público, el rechazo implícito de la presunción de no afección a intereses de una disposición organizativa, la superación del obstáculo que podría suponer el carácter voluntario de la sindicación mediante la puesta en valor de la representación colectiva que asumen los sindicatos ...

La Junta de Andalucía ha subrayado –en un comunicado del que se hacen eco los medios de información y los sectores interesados pero al que no hemos tenido acceso²⁷– que tan sólo se ha tratado de un defecto de forma, que no se ha declarado que la actuación de EGMASA sea ilegal y que la sentencia no tiene efectos prácticos de relevancia.

Ciertamente, el fallo de la sentencia y su ejecución no paralizan la actividad de EGMASA por las razones expuestas. Mucho nos tememos, en consecuencia, que tardaremos en ver modificado nuevamente el Decreto 187/1990 al ser la Junta de Andalucía consciente de que la sentencia no es obstáculo para que EGMASA siga realizando su actividad al amparo, ahora, de un Decreto que define su objeto social en términos más imprecisos.

Pero todo eso –inevitable porque a la postre, como señalamos en las primeras páginas de este comentario, el Decreto no amplió realmente el objeto social de EGMASA– acaso sea lo de menos²⁸.

²⁷ <http://www.abcdesevilla.es/20100326/nacional-andalucia-actualidad/junta-minimiza-fallo-supremo-201003260139.html>

²⁸ Con posterioridad a la finalización de este estudio, el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, ha previsto la extinción de EGMASA y la subrogación de la Agencia de Medio Ambiente y Agua

Nos parece de mayor interés destacar que el TS ha sabido apreciar la finalidad del trámite de audiencia y su funcionalidad²⁹, así como la necesidad de extremar el rigor de su exigencia en determinadas circunstancias.

En este caso concreto, fue en parte una valoración de determinados riesgos lo que llevó al Tribunal a declarar la nulidad del Decreto por omisión del trámite de audiencia: el riesgo de huida silenciosa del Derecho Administrativo, fraccionado a su vez en el riesgo de producirse un vaciamiento de potestades y en el riesgo –realidad más bien– de resultar inviable más adelante el recurso a la Jurisdicción Contencioso–Administrativa. Obviamente, queda en el terreno de las hipótesis la cuestión de si la sentencia hubiera declarado la nulidad del Decreto por falta de audiencia a CSI–CSIF si el trámite se hubiera efectivamente evacuado respecto de otro sujeto. Y queda, para el fuero interno del TS y a tenor de los párrafos en que se refiere a la huída del Derecho Administrativo mediante la creación de sociedades públicas, si el trámite del que no se debió prescindir fue el de información pública.

IX. BIBLIOGRAFÍA CITADA

CASTELLÀ ANDREU, J. M. *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs, Barcelona, 2001.

DOMÉNECH PASCUAL, G. *La invalidez de los reglamentos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. “El procedimiento previo a la creación o expansión de una empresa nacional”, *Revista de Administración Pública* núm. 49, 1966

de Andalucía en todas las relaciones jurídicas, derechos y obligaciones de los que es titular EGMASA, desde la entrada en vigor de los Estatutos de la Agencia (art. 24).

²⁹ Vid. REBOLLO PUIG, M. “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *Revista de Administración Pública* núm. 115, 1988, pp. 117 ss. CASTELLÀ ANDREU, J. M. *Los Derechos Constitucionales de Participación Política en la Administración Pública*, Cedecs, Barcelona 2001, pp. 460 ss.; VILLAR ROJAS, F. J. “Los límites del Reglamento”, *Hacienda Canaria: Foro sobre el desarrollo reglamentario del Régimen Económico y Fiscal*, núm. 20, 2007, p. 373.

- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002.
- LAVILLA RUBIRA, J. J. “El procedimiento de elaboración de los reglamentos en la Ley del Gobierno”, *Justicia Administrativa* núm. 1, 1998.
- MONTOYA MARTÍN, E. *Las empresa públicas sometidas al derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996
- REBOLLO PUIG, M, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública* núm. 161, 2003.
- “La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, *Revista de Administración Pública* núm. 115, 1988
- RIVERO ORTEGA, R. *Administraciones públicas y derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- VILLAR ROJAS, F. J. “Los límites del Reglamento”, *Hacienda Canaria: Foro sobre el desarrollo reglamentario del Régimen Económico y Fiscal*, núm. 20, 2007.

Sobre la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público a los Cuerpos de Policía Local y el principio de especialidad normativa consagrado en la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 4 de mayo de 2010

Jaime Hernández Vaillo

Letrado de la Junta de Andalucía

I. INTRODUCCIÓN

El presente comentario tiene por objeto la Sentencia de 4 de mayo de 2010, dictada en Apelación nº 60/2010, por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Sevilla.

En una primera aproximación al texto de la Sentencia, parece que el tema se circunscribe a la mera fijación o no de un límite de edad en el acceso a los Cuerpos de Policía Local. No obstante, en una lectura más profunda descubrimos que el interés de su contenido se halla en la aplicación o no del régimen especial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado frente al régimen general estatutario del Estatuto Básico del empleado público.

Resulta así, que los Cuerpos de Policía Local se regulan en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (en adelante LOCFS), que otorga a las Comunidades Autónomas la competencia para fijar los criterios de selección, entre los que se incluye el de la edad, sin especificar el rango normativo.

No obstante, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), se plantea si su artículo 56, que exige reserva de Ley para la fijación de un límite de edad distin-

to al de jubilación forzosa, debe ser de aplicación preferente a la LOCFS, o si ésta debe prevalecer en virtud del principio de especialidad. En caso contrario, la edad de acceso no podría determinarse en disposiciones de carácter general, sino exclusivamente mediante Ley, lo que conllevaría la ineficacia sobrevenida de las normas reglamentarias que se hubieran dictado en su desarrollo por las Comunidades Autónomas.

II. RESUMEN:

En el Recurso contencioso-administrativo, seguido por los trámites del procedimiento abreviado, se impugnaba la Resolución de 24 de julio de 2008 del Ayuntamiento de Sevilla, que aprobaba las bases generales correspondientes al proceso selectivo para cubrir plazas de policía local en la ciudad de Sevilla.

El Recurso fue interpuesto por uno de los aspirantes a la citada convocatoria, alegando que la previsión por las bases de una edad límite de 35 años para el acceso al Cuerpo, resultaba supuestamente discriminatoria y carente de racionalidad, con la consiguiente vulneración de los artículos 14 y 23.3 de la Constitución, sin que exista una hipotética mayor capacidad para el desempeño de las funciones del Cuerpo por el hecho de superar un límite de edad, circunstancia que ya quedaba satisfecha por la realización de las pruebas físicas pertinentes.

Por su parte, la Administración de la Junta de Andalucía basó su defensa en la plena y estricta aplicación por las bases de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 201/2003, de 8 de julio, de ingreso, promoción interna, movilidad, y formación de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local (en adelante Decreto 201/2003), que concreta ese límite de edad, estando vinculada la Corporación Local por la prohibición de la derogación singular de los reglamentos.

El Ayuntamiento de Sevilla articuló similares alegaciones oponiéndose al Recurso, y añadiendo que las funciones y características especiales de estos Cuerpos imponen un tratamiento diferenciado respecto a otros, y que suprimir el límite de edad implicaría un progresivo “envejecimiento” del Cuerpo, en perjuicio de la prestación del servicio público.

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Sevilla, de 28 de julio de 2009, consideró que el Decreto

201/2003 habría devenido inaplicable de forma sobrevenida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 56 EBEP, según el cual sólo podrá establecerse una edad de acceso a la función pública distinta de la edad de jubilación, mediante Ley.

Asimismo, razona que el límite de edad para el acceso al Cuerpo de Policía Local, fijado en 35 años, no se encontraría suficientemente motivado por las bases de la convocatoria, anulando dicha previsión y estimando, en consecuencia, el Recurso.

III. RAZONAMIENTOS Y DOCTRINA QUE CONTIENE LA SENTENCIA

Frente a dicha Sentencia del Juzgado, se interpuso recurso de apelación por Administración de la Junta de Andalucía, fundada en la inaplicación de la reserva de Ley del artículo 56 EBEP, norma que excluye expresamente de su ámbito a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en general, y a los Cuerpos de Policía Local en particular; y la plena aplicación de la LOCFS, que en su artículo 39 otorga a las Comunidades Autónomas la competencia para fijar los criterios de selección, sin que nada se especifique respecto al rango normativo que deben ostentar estas previsiones, en este caso contenidas en el Decreto 201/2003.

La parte apelada se opuso a dichas manifestaciones, alegando que EBEP sería aplicable a título supletorio, sin que la LOCFS habilite a las Comunidades Autónomas para dictar normas con rango reglamentario, y que el establecimiento de un límite de edad tendría carácter discriminatorio, defendiendo la plenitud de facultades de personas con edades avanzadas para el acceso al Cuerpo, y el paso a segunda actividad, así como que en todo caso el límite de 35 años sería desproporcionado.

La Sentencia de la Sala aquí comentada, rechaza el Recurso de apelación interpuesto, confirmando el fallo dictado en la instancia, por cuanto la LOCFS nada contemplaría respecto a la determinación del requisito de la edad, sino que “el artículo 39 se limita a otorgar a las Comunidades Autónomas la coordinación de la actuación de las Policías Locales en el ámbito territorial de la Comunidad, entre otras funciones las relativas a fijar los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de las Policías Locales”, sin que exista “precepto legal alguno que exceptúe la aplicación del artículo 56.1.c) EBEP, en cuanto exige norma con rango de Ley para establecer la edad máxima de acceso al empleo público”.

Tras analizar la doctrina del Tribunal Constitucional, la Sentencia concluye también que las bases son discriminatorias, pues no han “justificado la fijación de la edad máxima en 35 años” y “tampoco se determinan los perjuicios que una mayor edad de acceso suponen para la organización del servicio”.

IV. COMENTARIO

A nuestro modesto juicio, consideramos que la interpretación a la que llega la Sentencia, que supone inaplicar una norma reglamentaria, podría ser **gravemente dañosa para el interés general**.

Dicho quebranto se manifiesta en la preterición del régimen jurídico de la LOCFS por superposición del EBEP, en este caso concreto con relación al requisito de la edad, pero que puede extrapolarse a otras cuestiones reguladas en LOCFS, lo que supondría la aplicación del EBEP sobre una norma de carácter especial, en cuanto al régimen de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Igualmente, se produciría un grave daño al servicio público, por cuanto interesa a los ciudadanos que los integrantes de los Cuerpos de Seguridad posean una capacidad y aptitud física adecuada a las funciones que desempeñan. Está en juego, pues, la seguridad pública, por lo que resulta esencial que los miembros de las Policías Locales reúnan las condiciones necesarias que dicho Cuerpo exige para la prestación del servicio con las máximas garantías.

Por ello, la inaplicación de una norma reglamentaria, concretamente el artículo 18 del Decreto 201/2003, dictada en desarrollo de la competencia que atribuye el artículo 39 LOCFS, **supone no sólo la preterición del régimen especial de la LOFCS, sino también que no exista límite de edad para el acceso al Cuerpo de Policías Locales**, por lo que cualquier persona puede participar en los procesos de selección, y ser adjudicataria de una plaza, independientemente de su edad, lo que desde luego repercute de forma directa en la prestación y calidad del servicio público.

El artículo 104.2 de la Constitución establece que “Una Ley Orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad”. Es decir, la LOFCS contiene una regulación

propia de este colectivo de funcionarios, que cuentan con una serie de importantes peculiaridades y limitaciones en su régimen jurídico.

Entre los cuerpos que integran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, están sin duda los Cuerpos de la Policía Local. El artículo 52.1 LOFCS lo confirma indicando que Los Cuerpos de Policía Local son “Institutos armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada”. Por tanto, como institutos armados, se someten a un régimen especial regulado en la LOFCS, prevaleciendo siempre, en atención al principio de especialidad, sobre las determinaciones del EBEP, como corrobora la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2007, al indicar que **“ha de estarse primeramente a lo que establezca la propia ley orgánica”**.

En efecto, según lo dispuesto en el artículo 3.2 EBEP, “Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

Es más, a continuación el artículo 4.e) EBEP excluye a todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, salvo que la propia LOFCS disponga lo contrario. Quiere ello significar que **el EBEP está excepcionando de forma expresa su aplicación a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad en general, y a las Policías Locales en particular**, en todo lo que esté contemplado en la LOFCS.

En este sentido, el Consejo de Estado en Dictamen de 17 de junio de 2010, sobre la participación de representantes de las Comunidades Autónomas en los tribunales de selección de Entes Locales, determina que la LOFCS es de aplicación preferente a los preceptos del EBEP, y que esta norma no puede suponer una exclusión de aquélla en la fijación de los criterios de selección.

Por otra parte, siguiendo una interpretación histórica, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, **excluía ya de su ámbito de aplicación (artículo 1) a los Cuerpos y Fuerza de Seguridad**, por lo que resultaría indiferente que las bases impugnadas se hubieran dictado una vez entrado en vigor el EBEP. O lo que es lo mismo, que con una y otra norma, la conclusión es idéntica: que los Cuerpos de Policía Local se rigen por su legislación específica, quedando excluida la aplicación de la normativa básica sobre función pública, sin perjuicio de su supletoriedad.

No podemos olvidar que la LOCFS se inscribe en el bloque de constitucionalidad, que fija el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, por lo que como ya hemos indicado, la aplicación del EBEP supondría dejar sin efecto el contenido de la LOCFS, y por ende, las normas que las Comunidades Autónomas hubieran dictado en su desarrollo, concretamente *ex* artículo 39 LOCFS.

De hecho, el EBEP constituye la legislación básica en materia de función pública, y su artículo 56 posee dicho carácter básico. Pero es que si bien la previsión contenida en dicho precepto exige reserva de ley para la fijación de un límite edad distinto de la jubilación forzosa, el propio EBEP en sus artículos 3.2 y 4.e) introduce una excepción a su aplicación como norma básica en función del ámbito subjetivo, respecto a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, remitiéndose al régimen jurídico contenido en la LOCFS, pues el legislador ha querido regular especialmente una parte de la función pública.

Por tanto, **no existe dicotomía entre el EBEP como ley básica, y la LOFCS como ley orgánica**. Como viene estableciendo reiterada y pacífica jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las relaciones entre ambos tipos de leyes no es jerárquica, sino de competencia, motivo por el que el EBEP se remite a la LOFCS, así como porque se trata de una materia reservada a ley orgánica que, como tal, no puede ser modificada por una ley ordinaria.

El hecho de que el EBEP sea una ley básica en materia de función pública no empece que, con base a un principio de especialidad, la LOFCS tenga su propia regulación, debido a las características que se predicen de este colectivo de funcionarios, que cuentan con una serie de importantes peculiaridades y limitaciones en su régimen jurídico¹.

¹ Así lo expone la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 7ª, de 13 de julio de 2007, que en Recurso en interés de Ley, referido a la aplicación principal y preferente de la LOFCS sobre la normativa básica, indica que:

“La técnica de la ley básica esta prevista en la Constitución Española para regular el reparto competencial legislativo entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin que la existencia de una ley básica impida al legislador estatal regular de forma distinta una determinada materia. En este sentido son numerosas las leyes sectoriales que se apartan de la básica —por citar una, la Ley General Tributaria, en relación con la ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula determinadas instituciones de forma distinta”.

En contra de lo que interpreta la Sentencia, no cabe duda que las disposiciones de la LOFCS, son de directa aplicación en cuanto a los mecanismos de coordinación de policías locales, y más concretamente de su peculiar régimen estatutario, lo que lleva a sostener la aplicación directa de la normativa autonómica para fijar los criterios de selección, según el mandato del artículo 39 LOCFS, con base a los principios de competencia (ex artículo 148.1.22ª de la Constitución), y especialidad (artículos 104.2 CE, 3.2 EBEP y 39 LOFCS), pues como advierte el Tribunal Constitucional, “la inclusión de una competencia genérica debe ceder ante la competencia específica” (STC 192/2000, de 13 de julio, con referencia a las SSTC 75/1982 y 877/1989).

De este modo, la Administración Autónoma Andaluza ha desplegado las competencias que le confiere la LOCFS con la aprobación de la Ley 13/2001, de 11 de diciembre, de Coordinación de las Policías Locales y el Decreto 201/2003, que en su artículo 18 regula la edad máxima para el acceso al cuerpo de policías locales, siendo perfectamente legítimo desde el punto de vista de rango normativo, que esta previsión se contenga en una disposición de carácter general, pues la regulación del régimen estatutario de las policías locales no está sometida al EBEP, sino a la LOFCS y a las normas de las Comunidades Autónomas, **sin que se exija rango de Ley** en lo que respecta a los requisitos de acceso al cuerpo, entre los que se incluye la edad².

En adveración de todo lo antedicho, el artículo 7.b) del Reglamento de los procesos selectivos y de formación en el cuerpo nacional de policía, aprobado por Real Decreto 614/1995, de 21 de abril, fija como criterio para participar en las pruebas selectivas “Tener dieciocho años de edad y no haber cumplido los treinta”. Téngase en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en su artículo 1, dicha norma se dicta en desarrollo de la LOFCS, y lo que es más importante, posee rango reglamentario, sin que hasta el momento se haya discutido su legalidad, pues la LOCFS no exige reserva de ley para delimitar los requisitos de acceso de los aspirantes.

² El ya mentado Dictamen del Consejo de Estado de 17 de junio de 2010, señala que las Leyes de Coordinación de las Policías Locales, sirven de apoyo a las normas reglamentarias que fijan los criterios de selección. Respecto al rango normativo que debe revestir dichos criterios para los Cuerpos de Policía Local, el mentado Dictamen establece lo siguiente:

“Si bien esta competencia se ha ejercitado en ocasiones mediante Ley (...) en otros muchos casos es una norma de rango reglamentario la que precisa esta composición. Así lo han hecho varias Comunidades Autónomas en normas entre las que cabe citar el Decreto 201/2003, de 8 de julio, de ingreso, promoción interna, movilidad y formación de los Cuerpos de Policía Local de Andalucía...”.

A mayor abundamiento, recientemente ha sido publicado el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, que regula en su artículo 16 los requisitos específicos de edad máxima, que oscilan entre los 20 y 37 años, los cuales en ningún caso podrán ser superados para participar en los procesos de selección, debiendo tener en cuenta que el Consejo de Estado, en Dictamen 1782/2009, no hace objeción alguna al respecto.

Por todo ello y en definitiva, el régimen jurídico de los Cuerpos de Policía Local, dada su particular naturaleza, ha de quedar excluido de la regulación del EBEP por expresa previsión de sus artículos 3.2 y 4.e), conteniéndose en la LOFCS, por lo que **la reserva de Ley establecida en el artículo 56.1.c) EBEP, no resulta aplicable respecto de los Cuerpos de Policía Local**, siendo competentes las Comunidades Autónomas para fijar los criterios de selección de dichos Cuerpos de Policía Local, mediante normas con rango reglamentario, en aplicación del artículo 39 LOFCS.

Sentado lo anterior, y descendiendo al caso concreto, vemos que en la Sentencia de la Sala, se defiende sin embargo, que no existe precepto legal que exceptúe de aplicación la previsión de reserva de Ley contenida en el artículo 56.1.c) EBEP, dada la interpretación —a nuestro respetuoso juicio errónea—, que mantiene la Sala sobre el régimen jurídico aplicable a los Cuerpos de la Policía Local.

Entendemos no obstante que debe partirse de lo dispuesto en el artículo 39 LOFCS, el cual establece que corresponde a las Comunidades Autónomas coordinar la actuación de las policías locales, fijando “los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de las Policías Locales”, lo que se materializa en el ejercicio de potestades normativas.

A partir de aquí, no cabe duda de que la doctrina que postula la Sentencia de la Sala en apelación, es errónea y gravemente dañosa para el interés general, desde el momento en que no considera la edad como un “criterio de selección”, cuando bien es sabido que **la edad es, cualitativamente, un requisito esencial indiscutible para el acceso a la función pública, formando parte, por tanto, de los criterios de selección.**

Resulta incoherente, pues, que la LOFCS deba referirse a la edad de acceso a los Cuerpos de Policía Local, toda vez que ésta constituye un criterio de selección. De admitirse la tesis de la Sentencia, todo requisito de acceso a la

función pública que no estuviera contemplado de manera expresa en la LOCFS (tener más de dieciocho años, ser español, etc.), conllevaría la aplicación del EBEP, lo que equivaldría a dejar sin efecto el contenido del artículo 39 LOCFS.

Esta exégesis es contraria a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, al no haber interpretado el citado precepto conforme al sentido propio de sus palabras, ni a su espíritu y finalidad. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, es evidente que las normas no tienen que integrar un contenido tan exhaustivo como el propuesto por la Sentencia de la Sala en apelación, bastando con que se infiera del mismo, acudiendo a otros preceptos del ordenamiento jurídico con base al principio de plenitud, en los términos antes indicados.

Pero es que además, respecto a la supuesta falta de justificación por las bases del límite de edad, **la exigencia del mismo se encuentra implícita en la naturaleza del cuerpo al que se aspira**³. Pues bien, en este orden de cosas, a efectos de la trasposición de la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de diciembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se dictó la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, indicando en su artículo 34 que “Las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior –origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación se-

³ Por todas, la STC 75/1983, de 17 de agosto, concluye lo siguiente:

“Es claro que para el cumplimiento de dichas funciones la Administración está obligada a velar por que los aspirantes reúnan unas condiciones físicas y psíquicas acordes al contenido y relevancia de las funciones atribuidas al puesto de trabajo y esas condiciones físicas comprenden no sólo la exigencia de una determinada aptitud física sino también de una determinada constitución física, siendo llano que la determinación de dichas circunstancias físicas (altura o edad) no se realiza con acepción de personas, es objetiva y general, no arbitraria.

Tal es la importancia del requisito de la edad para el ingreso en el CNP que el límite de 30 años enjuiciado se justifica no solo en la potestad del Estado de seleccionar al personal que considere idóneo para el cometido de las funciones a encomendarle, sino incluso en el que esta selección concreta tiene por fin el que por el Estado se garantice la seguridad ciudadana, lo cual implica la realización de cometidos que requieren en todo funcionario policial un buen estado físico general, lo que se garantiza de modo objetivo no solo con la realización de pruebas físicas sino igualmente con el establecimiento de un límite de edad para el acceso a la función policial. Y si la edad y las condiciones físicas son elementos esenciales para la función policial, por su eficacia, operatividad, riesgo y penosidad, serán estas mismas circunstancias las que justifiquen la limitación de edad por ingreso, y por ello la hagan razonable y constitucionalmente admisible, sin que de ella pueda colegirse arbitrariedad o discriminación alguna”.

xual— no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

Así, la exposición de motivos de la LOCFS declara que “las condiciones físicas son especialmente determinantes de la eficacia en el ejercicio de la profesión policial”, lo que ha de ponerse en relación con la exposición de motivos de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la situación de segunda actividad en el cuerpo nacional de policía, cuando señala que “las funciones que, por mandato constitucional, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, atribuye a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, son eminentemente operativas y en ocasiones arriesgadas y penosas, lo que requiere determinadas aptitudes psicofísicas en aquellos, que naturalmente se van perdiendo con la edad o por determinadas circunstancias”.

La fijación de un límite de edad no tiene, pues, carácter discriminatorio, sino que está en función de las características propias del cuerpo al que se aspira, y en el caso de las Policías Locales es necesaria no sólo una capacidad física concreta, sino que además, ésta se mantenga durante un periodo de tiempo relativamente largo, para garantizar la eficacia del cuerpo policial en su conjunto, y evitar la acumulación de funcionarios destinados a segunda actividad, con el consiguiente perjuicio al Cuerpo, y por ende, al servicio público.

En atención a ello, el límite de la edad parte de una doble necesidad: la de garantizar unas condiciones físicas apropiadas a la naturaleza de las funciones encomendadas, y de mantenerlas a lo largo de un periodo de tiempo suficiente. **No es un problema de hallarse o no en las adecuadas condiciones en el momento del ingreso, lo que es desde luego exigible, y a ello responden las pruebas físicas y otras exigidas en la convocatoria, sino la garantía de estabilidad de la plantilla ingresada en sus mejores condiciones y a lo largo de un periodo suficiente de tiempo**, porque indudablemente ello contribuye al logro de la necesaria eficacia del cuerpo policial en su conjunto.

No podemos concluir sin mencionar la **Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de enero de 2010**, atinente al cuerpo de bomberos, que ha venido a confirmar todo lo expuesto, justificando la necesidad de fijar un límite de edad, dado que la edad

máxima de contratación impuesta tiene el objetivo de garantizar que los funcionarios puedan cumplir las misiones que exigen una capacidad física particularmente elevada durante un período de tiempo relativamente largo de su carrera.

Consideramos como valoración final, que los fundamentos de la Sentencia no se ajustan a una interpretación acorde con **el principio de especialidad normativa**, el principio *rationae materie*, al impedir la aplicación de las normas de las Comunidades Autónomas sobre la materia por imperativo del artículo 39 LOCFS, y el principio de seguridad jurídica.

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.

A. Derechos fundamentales y libertades públicas.

1. Sentencia 147/2009, de 15 de junio (BOE de 17 de julio). Ponente: Pérez Vera (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 24; 25.

Objeto: Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jaén de fecha 29 de noviembre de 2006, dictada en el procedimiento abreviado núm. 328–2006, condenando por dos delitos contra la hacienda pública, y contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 9 de abril de 2007, que estima parcialmente el recurso de apelación núm. 39–2007, interpuesto contra la anterior.

Materias: Seguridad jurídica, en relación con la aplicación del instituto de la prescripción; tutela judicial efectiva; presunción de inocencia.

(*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO. Catedrático de Derecho de Financiero. Universidad de Sevilla.

Se ha invocado por el recurrente la doctrina de la STC 63/2005 en relación con el cómputo del plazo de prescripción de los delitos, siendo en ambos casos rechazada su pretensión por considerar el órgano judicial que concurrían circunstancias de todo orden que impedían la aplicación del art. 5.1 LOPJ (y, por tanto, de la STC 63/2005), como eran, en primer lugar, que la citada STC 63/2005 era un precedente aislado; en segundo lugar, que el Tribunal Supremo tenía una sólida línea interpretativa en sentido contrario; y, en fin, que la Fiscalía General del Estado en su Instrucción de 15 de junio de 2005 mantenía la tesis contraria; se considera por el demandante de amparo que han sido vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); en consideración a que se habría hecho por los órganos judiciales una interpretación arbitraria y no razonable del instituto de la prescripción penal en contra de la doctrina recogida en la STC 63/2005, al dar validez a una denuncia de la AEAT presentada antes de finalizar el plazo de prescripción de cinco años, cuando el Auto de incoación se dictó transcurrido ese plazo; al tiempo, se le habría condenado utilizando como única prueba de cargo unos informes emitidos por la AEAT que, además de aplicar arbitrariamente el régimen de estimación directa, están basados en unas informaciones que no fueron objeto de adverbación. Por el contrario, la Abogacía del Estado considera que se debe denegar totalmente el amparo pretendido, al entender que no se está ante ninguno de los supuestos analizados por las SSTC 63/2005 y 29/2008 en los que este Tribunal Constitucional se ha visto forzado a atenerse a la exigencia de la interposición judicial como causa interruptiva del cómputo del plazo prescriptivo; y, en segundo lugar, porque existe una prueba de cargo suficiente frente a quien ha descuidado absolutamente sus deberes de documentación propia; no es exactamente ésa la posición del Ministerio Fiscal, al entender que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y no así el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dado que conforme a la doctrina de las SSTC 63/2005 y 29/2008 ninguna relevancia tiene la interposición de la querrela o denuncia en plazo, al carecer tales actos de virtualidad interruptiva del plazo prescriptivo, pues no puede entenderse que con tales escritos el procedimiento se haya dirigido contra el culpable (lo que supone que al momento de la incoación del proceso el día 20 de abril de 2005, la infracción correspondiente al ejercicio fiscal del año 1999 había prescrito); al mismo tiempo entenderá el Ministerio Público que procede su desestimación pues sí existió prueba de cargo bastante para fundar la condena, ya que no sólo se valoraron las actas de la inspección, sino también las pruebas documentales y periciales practicadas en el juicio oral, el interrogatorio del acusado y la testifical efectuada. Con relación a la primera vulneración alega-

da precisará el TC que, con la perspectiva constitucional, el principio *in dubio pro reo*, en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial ni está dotado de la protección del recurso de amparo, ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas (SSTC 63/1993, FJ 4; 103/1995, FJ 4; 16/2000, FJ 4; 209/2003, FJ 5; 61/2005, FJ 4; y 137/2005, FJ 3). Sin necesidad de entrar en las consideraciones que las Sentencias impugnadas realizan con respecto a la oposición existente entre el criterio del TC y una de las líneas interpretativas de la prescripción de las infracciones penales que ha seguido el TS, oposición que, en todo caso, queda resuelta en aplicación de la previsión del art. 5.1 LOPJ, lo cierto es que para resolver la cuestión planteada basta con acudir a doctrina sentada por el TC en las SSTC 63/2005 y 29/2008, relativas al cómputo de la prescripción penal y, más concretamente, a la eficacia interruptiva de las denuncias o querellas, para apreciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo (art. 24.1 CE). Se apoyará el TC en que el art. 132.2 CP dispone que la prescripción *se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable*, recordando su doctrina de que la querrella o denuncia de un tercero *es una 'solicitud de iniciación' del procedimiento* (SSTC 63/2005, FJ 8 y 29/2008, FJ 10), *no un procedimiento ya iniciado* (STC 29/2008, FJ 10), razón por la cual, no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo de prescripción, para lo cual es necesario un *acto de interposición judicial* (STC 29/2008, FJ 12.c) o de *dirección procesal del procedimiento contra el culpable* (STC 63/2005, FJ 5). Como más extensamente ya concluyó el TC *si la prescripción penal supone 'una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi' motivada por el mero transcurso de un periodo de tiempo más o menos dilatado, lógicamente solo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos o, por el contrario, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del ius puniendi. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el artículo 132.2 del Código penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión; [...] esta interpreta-*

ción resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso (STC 63/2005, FJ 5). Excluirá el TC en su consideración de la cuestión si el *dies a quo* en el cómputo del plazo de la prescripción penal, cuando se trata de delitos contra la hacienda pública cometidos en materia de IVA, es el día siguiente a la finalización de cada período mensual o trimestral de liquidación o el día siguiente a la finalización del último período de liquidación del año, afirmará que en el presente caso incluso aceptando esta última hipótesis, se habría producido la prescripción de la responsabilidad penal por el ejercicio 1999; concluyendo que si el plazo de presentación de la última declaración del ejercicio finalizaba el día 30 de enero de 2000, el día 30 de enero de 2005 sería el último día del plazo de prescripción de la responsabilidad criminal de cinco años prevista en el art. 131.1 CP. Supuesta esta consideración, aun cuando la denuncia de la Administración tributaria –solicitud de iniciación del procedimiento– se presentó el día 10 de enero de ese mismo ejercicio de 2005, el primer acto de interposición judicial –de iniciación del procedimiento– con virtualidad interruptiva –de conformidad con el art. 132.2 CP– habría sido el Auto de incoación de diligencias previas de fecha 20 de abril de 2005, dictado casi tres meses después de haberse extinguido la responsabilidad criminal, de conformidad con lo previsto en el art. 130.6 CP; por tanto, la interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal por el citado ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal, es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto que dicha interpretación abrió paso a la condena por un delito contra la HP por el citado ejercicio, afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad del actor *ex art. 17 CE* (STC 29/2008, FJ 10). Considera el TC que no contraría la anterior conclusión la tesis del Abogado del Estado conforme a la cual para poder apreciar o no la prescripción de la responsabilidad criminal habría que estar a la existencia de un conocimiento previo o no del acusado en la persecución del delito, o a su grado de colaboración en la investigación administrativa previa; dos son las precisiones que se hace el TC: en primer lugar, el valor al que sirve el instituto de la prescripción penal, que no es otro que *la seguridad jurídica, evitando una pendencia sine die de la amenaza penal sobre aquéllos a quienes pueda considerarse implicados en un delito* (STC 29/2008, FJ 11; STC 129/2008, FJ 8), a los efectos de ga-

rantizar su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal (SSTC 157/1990, FJ 3; 29/2008, FJ 11 y 79/2008, FJ 2), razón por la cual no se vincula sólo al paso del tiempo, sino que ... se relaciona con la actividad judicial a través de la cual se ejerce el *ius puniendi* del Estado (STC 29/2008, , FJ 11), siendo el momento interruptivo de la prescripción, no el de la *notitia criminis* por parte del órgano judicial como consecuencia de la mera presentación y registro de una querrela o denuncia, sino el de la existencia de un acto de interposición judicial, por quien tenga atribuido el *ius puniendi* del Estado, porque *‘el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal’* (STC 29/2008, FJ 12.c); en definitiva, sostendrá el TC, *si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del ius puniendi del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que sólo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones (naturalmente, por quien tenga la competencia para ejercer el ius puniendi en dicho campo, quien en el actual estado de nuestra legislación únicamente puede ser el Juez) de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito* (STC 29/2008, FJ 12.b); con estas consideraciones, deducirá el TC que ni es factible otorgar relevancia interruptiva del cómputo del plazo prescriptivo a las actuaciones administrativas dirigidas a la previa determinación de la responsabilidad tributaria, ni tampoco es posible otorgar tal eficacia al conocimiento por el culpable de su propia responsabilidad, pues la *notitia criminis* hace referencia al conocimiento por parte del órgano judicial de la comisión de un ilícito para que pueda ejercer el *ius puniendi* del Estado y, por tanto, interrumpir el cómputo del plazo de prescripción mediante la emanación de un acto de interposición; acto de interposición judicial que, si se produce una vez transcurrido el plazo previsto en la norma penal (en el supuesto de los delitos contra la hacienda pública, de cinco años), no evita la extinción de la responsabilidad criminal, con independencia de la mayor o menor dilación en su emisión posterior; en segundo lugar, con relación al grado de colaboración del acusado en la investigación del delito, no cabe duda de que esta alegación del Abogado del Estado no tiene encaje en un proceso penal como el español que, como es bien sabido, se rige por el principio acusatorio —y no por el principio inquisitivo—, en el que *el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo*, y, por tanto, su declaración —o colaboración— *a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa*, razón por la cual *ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones* (STC 197/1995, FJ 5); afirmará el TC que no resulta admisible la pretensión de vincular los efectos de una eventual extinción de la responsabilidad criminal —por prescripción— al grado de colabo-

ración de los culpables cuando, como es bien sabido, la Constitución española garantiza en su art. 24.2 el derecho *a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*, como así hace también, por ejemplo, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre 1966, que al recoger las *garantías mínimas* de las personas acusadas de un delito en su art. 14.3 cita, entre ellas, el derecho *[a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable* [letra g)]. Si bien es cierto que este derecho no viene consagrado en el Convenio europeo de derechos humanos de 4 de noviembre de 1950, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación como una garantía integrada en el *derecho a un proceso equitativo* a que hace referencia el art. 6.1 CEDH (así, por ejemplo, STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia); lo contrario supondría vulnerar el derecho de todo acusado a no autoincriminarse (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia; de 4 de octubre de 2005, asunto Shannon c. Reino Unido; de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh c. Alemania; de 19 de junio de 2007, asunto Macko y Kozuval c. Eslovaquia; y de 29 de junio de 2007, asunto O'Halloran y Francis c. Reino Unido), derecho éste que se encuentra estrechamente conectado con los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa [entre otras, SSTC 197/1995, FJ 6; 161/1997, FJ 5; 229/1999, FJ 3 b); 127/2000, FJ 4; 67/2001, FJ 6; 18/2005, FJ 2; 75/2007, FJ 6; y 76/2007, FJ 8] y que impiden que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, FJ 5; 18/2005, FJ 2; 75/2007, FJ 6; y 76/2007, FJ 8, entre otras); en definitiva, sostendrá el TC que la colaboración del culpable podrá utilizarse como una circunstancia favorable a la modificación de la responsabilidad criminal (art. 21 CP), pero es constitucionalmente inadmisibles que su falta de colaboración puede tomarse como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal, como sucedería si incidiera, negativamente para sus intereses, en el cómputo del plazo de prescripción del delito que se le imputa. Rechazará el TC la queja relativa a la falta de virtualidad probatoria de los informes de la AEAT y su validez como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); estimará que se pretende una nueva valoración de los hechos y de la prueba que concluya con una declaración absolutoria ignorando que el TC no es una tercera instancia casacional en la que se pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, quedando limitada su función a comprobar que haya habido una actividad probatoria de cargo válida y que la resolución judicial no haya sido arbitraria, irracional o absurda

(SSTC 96/2000, FJ 5; y 12/2004, FJ 2), o lo que es lo mismo, debe controlar únicamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (SSTC 123/2006, FJ 5; y 245/2007, FJ 7). Estima el TC que no sólo existe una prueba de cargo suficiente en la que se fundamenta la conclusión condenatoria, tanto respecto del elemento objetivo del tipo (la existencia de cuotas tributarias defraudadas en cuantía superior al mínimo legalmente establecido, a saber, 120.000 €), como respecto de la existencia de dolo o ánimo defraudatorio, sino que las resoluciones judiciales incorporan un razonamiento externo que conecta dicha prueba de cargo con los hechos que se declaran probados; del examen de las actuaciones se desprende la existencia de un informe elaborado por dos Inspectores de Hacienda (ratificado en el acto del juicio oral), en el que se practican las liquidaciones tributarias correspondientes al IVA de los ejercicios 1999 y 2000, que fue elaborado –ante la falta de contabilidad y de registros de ingresos y gastos– mediante la prueba obtenida a través de terceras personas (que mantuvieron relaciones económicas con el actor), tanto de tipo documental (facturas, medios de pago, etc.), como testifical; en ello se basará el TC para apreciar que el órgano judicial no sólo ha ponderado razonablemente las pruebas practicadas, sino que ha motivado detalladamente las razones por las que otorga más relevancia a esos informes de la Inspección que a la declaración del acusado, la documental aportada y la pericial practicada a su instancia; en consecuencia, apreciará que existe una prueba de cargo suficiente cuya valoración por los órganos judiciales no puede ser calificada como irrazonable, ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia, ni desde la óptica del grado de solidez requerido (SSTC 328/2006, FJ 5; y 209/2007, FJ 6). Precizará, finalmente el TC que cuando el actor cuestiona la selección del régimen de estimación directa para el cálculo de las bases imponibles y, en su consecuencia, de las cuotas defraudadas, está planteando una cuestión de legalidad ordinaria; recordará el TC que no es su función revisar la interpretación que de la legalidad hayan podido efectuar los Jueces o Tribunales en el ejercicio de la función jurisdiccional que les compete en virtud del art. 117.3 CE (SSTC 136/2003, FJ 2; y 276/2006, FJ 2), sino únicamente controlar que la motivación judicial no resulte irrazonable, arbitraria o incurra en error manifiesto (por todas, SSTC 110/2003, FJ 3; y 276/2006, FJ 2); en atención a esta doctrina, *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 toda motivación o razonamiento* (SSTC 214/1999, FJ 4; 104/2006, FJ 7; y 276/2006, FJ 2). Apreciará el TC que el órgano judicial considera de for-

ma razonada y razonable que el criterio de cuantificación directa de bases imponibles es pertinente al contar la Administración tributaria, a efectos del IVA, con los datos suficientes (contratos, facturas y medios de pago) derivados de la base consolidada de proveedores y clientes de la AEAT (ex modelos 347) para proceder a un cálculo directo de las operaciones realizadas; asimismo afirmará que la aplicación o no de este régimen al otro impuesto comprobado —el IRPF— podrá tener una eventual trascendencia en este otro impuesto, pero en modo alguno desnaturaliza las razonadas y razonables conclusiones de los órganos judiciales en el impuesto objeto de la condena penal; considera el TC que es patente, que los órganos judiciales han manifestado cuáles son las razones que les lleva a entender aplicable con carácter preferente uno u otro régimen, por lo que no cabe sino rechazar la queja del actor en este extremo, en la medida que las resoluciones judiciales cumplen, en este punto, con las exigencias constitucionales en la materia. Rechazada la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) del recurrente en amparo, al existir una prueba de cargo válida suficiente, pero apreciada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haberse efectuado una interpretación del instituto de la prescripción penal lesiva de este derecho, en cuanto que con ella se abrió la condena del actor por un delito contra la hacienda pública por el ejercicio 1999, debe estimarse parcialmente el presente recurso de amparo; esta estimación alcanza única y exclusivamente a la responsabilidad penal derivada del delito cometido en el ejercicio 1999 y no así a la del delito correspondiente al ejercicio 2000, pues respecto de este último no ha operado el instituto de la prescripción y existe una prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, razón por la cual, deben anularse las resoluciones judiciales impugnadas en cuanto se refieren al ejercicio 1999. Se otorga parcialmente el amparo solicitado y, en consecuencia se declara que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) del demandante de amparo; se ordena restablecer al demandante en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jaén de fecha 29 de noviembre de 2006 y la de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha de 9 de abril de 2007 en relación con el delito referido al ejercicio 1999; se desestima el recurso en todo lo demás.

VOTO PARTICULAR (Rodríguez Arribas): se discrepa en atención a las siguientes consideraciones: Habida cuenta de que en la Sentencia referenciada se hace aplicación de la doctrina sentada en STC 29/2008, a la que el disidente formuló VP discrepante y por coherencia con el mismo, a cuyo contenido se remite, se formula el presente, reiterando el respeto a la opinión de la mayoría de la Sala.

2. Sentencia 206/2009, de 23 de noviembre (BOE de 29 de diciembre). Ponente: Gay Montalvo (Recurso de amparo).

Preceptos constitucionales: 17 y 24.

Objeto: Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2006, dictada en rollo de apelación núm. 122-2006, en el procedimiento abreviado núm. 397-2005, y contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid de 11 de enero de 2006, que condenan al recurrente por cuatro delitos contra la hacienda pública a la pena de siete meses de prisión por cada uno de ellos, multa y penas accesorias.

Materias: Tutela judicial efectiva: Presunción de inocencia. Principios jurídicos básicos: prescripción: determinación del término *a quo* en los supuestos de inicio del momento de la interrupción de ésta.

El presente recurso de amparo aparece fundado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la indebida inaplicación de la prescripción a los delitos referidos al impago del impuesto sobre la renta de las personas físicas en los ejercicios de 1993 y 1994, al haberse realizado una interpretación de la interrupción de la prescripción contraria a la doctrina constitucional establecida en la STC 63/2005 y por la inaplicación de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, así como en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haber sido condenado el recurrente sin atender a las pruebas de descargo obrantes. El Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, por su parte, solicitan la desestimación íntegra de la demanda, considerando, en lo referido a la alegación de prescripción, que, si bien es cierto que las resoluciones combatidas optan por inaplicar la doctrina constitucional en materia de interrupción de la prescripción, no cabe afirmar la vulneración del derecho fundamental porque con la aplicación de dicha doctrina al caso también podría considerarse interrumpida la prescripción. Seguirá el TC el orden expuesto en la demanda y comenzará por las que llevarían, caso de ser estimadas, a la retroacción de actuaciones, con el fin de salvaguardar el carácter subsidiario del proceso de amparo (por todas, SSTC 100/2004, FJ 4 y 53/2005, FJ 2); comenzando, por tanto, con el motivo de amparo referido a la defectuosa motivación sobre el instituto de la prescripción, procederá en primer lugar a exponer la doctrina constitucional existente al efecto. Se ha reiterado, en primer lugar, que si bien la concurrencia o no de la prescripción es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que care-

ce, por su propio contenido, de relevancia constitucional, ello no significa que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en un proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo (por todas, SSTC 63/2001, FJ 7; 63/2005, FJ 2; 82/2006, FJ 10; 79/2008, FJ 2; 195/2009, FJ 2), habiendo declarado que el canon aplicable para proceder en cada caso a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente (SSTC 214/1999, FJ 4; 63/2001, FJ 7; 63/2005, FJ 3; 82/2006, FJ 10; 79/2008, FJ 2), si bien el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación habrá de ser más riguroso en estos casos, por cuanto, como se recordó por el TC en su STC 29/2008, FJ 10, la prescripción penal afecta de lleno a los derechos de libertad del art. 17 CE, dado que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo. Esa tutela reforzada exige *tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución*. En consecuencia, la decisión *debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a esta institución —que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal* (SSTC 63/2005, FJ 3; 79/2008, FJ 2; 195/2009, FJ 2); de ahí que estime el TC que la jurisdicción constitucional no puede eludir la declaración de inconstitucionalidad en aquellos casos en los que la interpretación de la norma reguladora del instituto de la prescripción, aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleve consigo, al exceder de su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. *Y por ello también la expresión '[la] prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento se dirija contra el culpable' (art. 132.2 CP) no pueda entenderse en sentido distinto al de su claro tenor literal, es decir, en el de que es indispensable para di-*

*cha interrupción que haya comenzado un procedimiento que, al tener que estar dirigido contra el culpable —cualquiera que sea la impropiedad con que este término haya sido empleado—, no puede ser otro que el procedimiento penal o, lo que es lo mismo, el abierto o iniciado por quien tiene atribuido el ejercicio del ius puniendi del Estado en el actual estado de la legislación; esto es, el Juez (STC 195/2009, FJ 2, citando la STC 29/2008, FJ 10). Sobre esa premisa, el TC ha considerado que la exégesis del citado precepto que, frente a la acabada de mencionar, considera interrumpida la prescripción con la presentación de denuncia o querrela, sin necesidad de ningún acto de interposición judicial, no respeta las exigencias de tutela reforzada antes señaladas, al no tomar en consideración, ni las exigencias derivadas de la seguridad jurídica, ni el fundamento de la institución, ni la implicación del derecho a la libertad. Concretamente, respecto de esa interpretación —que es la que han optado por aplicar las resoluciones ahora recurridas en amparo— ya tiene afirmado el TC que genera indefensión e inseguridad jurídica (STC 63/2005, FJ 5), y que fijar como momento interruptivo del cómputo del plazo de prescripción el de la mera recepción por parte del órgano judicial de la *notitia criminis* supone atender a una circunstancia no rodeada de una publicidad y cognoscibilidad mínima y, por ello, indónea como soporte de una interpretación constitucionalmente admisible para delimitar una institución que sirve precisamente a la seguridad jurídica” (STC 29/2008, FJ 12); además, en dichas Sentencias ya afirmó el TC también que la referida interpretación aparece absolutamente desvinculada del fundamento de la prescripción en la renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*, puesto que dicho ejercicio sólo puede ser realizado por los órganos judiciales (STC 147/2009, FJ 2; 195/2009, FJ 3). Subrayará el TC la importancia de resaltar también que con lo afirmado no pretende proporcionar la interpretación correcta del art. 132.2 CP, pues ello excedería del ámbito de su jurisdicción; por el contrario, su doctrina *tan solo establece un límite a las posibilidades interpretativas de la jurisdicción ordinaria, derivado de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los otros derechos fundamentales y valores constitucionales que están en juego cuando se aplica el instituto de la prescripción, señaladamente el derecho a la libertad, consagrado en el art. 17.1 CE: la exigencia de lo que hemos denominado acto de interposición judicial, que constituye un mínimo irrenunciable impuesto por los derechos fundamentales en juego. Y ello supone el ejercicio propio de nuestra jurisdicción y entra de lleno en el ámbito de nuestras competencias, dado que se trata de un derecho susceptible de tutela en el proceso de amparo y que se alegan vulneraciones concretas y efectivas del mismo, operando, por tanto, el Tribunal dentro de los límites de su jurisdicción de amparo* (STC 195/2009, FJ 4). Partiendo de estos criterios, el TC, ante los argumentos esgrimidos en las Sentencias impugnadas para deliberadamente inaplicar la doctrina establecida en la STC 63/2005, considera que resulta también procedente enfatizar que, como recuerda la*

citada STC 195/2009, tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE), y que al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC), corresponde decir la última palabra sobre la interpretación de la misma, en el marco de los distintos procesos constitucionales y, por supuesto, dentro de los límites de éstos, que son los de su jurisdicción (SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 5; 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6). El Tribunal Supremo es, ciertamente, el órgano superior en todos los órdenes, ‘salvo en materia de garantías constitucionales’ (art. 123 CE). Dicha materia y, en concreto, la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales corresponde en último término, a través de los diversos procesos constitucionales, a este Tribunal Constitucional, cuya doctrina han de respetar todos los órganos jurisdiccionales. A esa lógica responden las previsiones del art. 5.1 LOPJ, cuando establece que todos los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos ‘según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos’, y del art. 7.2 LOPJ, cuando establece que los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.2 CE vinculan a los Jueces y Tribunales ‘de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido’ (FJ 4). La aplicación de la citada doctrina al presente caso lleva al TC a la estimación del motivo de amparo, y a declarar lesionado por las resoluciones judiciales recurridas el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); la Sentencia del Juzgado de lo Penal, aun asumiendo que la opción por ella seguida es contraria a lo dispuesto en la STC 63/2005, aplica al supuesto de hecho el criterio seguido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según el que basta para interrumpir la prescripción con la interposición de la denuncia o querrela, y es en virtud de tal doctrina por la que termina por rechazar la existencia de prescripción; reproducirá el TC los argumentos de las Sentencias controvertidas al citar este pasaje: *aplicando esta doctrina al caso de autos, ha de rechazarse la prescripción alegada, al haberse formulado por el Ministerio fiscal denuncia por los ejercicios fiscales de 1991 y 1994 el día 17 de junio de 1997, antes del transcurso de cinco años a partir del día 22 de junio de 1992, para el ejercicio de 1991 y del día 21 de junio de 1995 para el ejercicio de 1994. Más concretamente, respecto del ejercicio fiscal del impuesto sobre la renta de las personas físicas de 1993, concluye que, valorando además que la maniobra defraudatoria realizada ha dificultado la identificación del culpable, por haber utilizado a una persona interpuesta, ha de rechazarse igualmente la prescripción, por haber imputado al acusado los testigos ... en las declaraciones prestadas el día 16 de febrero, 10 y 16 de marzo de 1999 ante la Brigada Provincial de la Policía Judicial, poniendo en conocimiento del Juzgado un determinado comportamiento punible, con anterioridad al transcurso del plazo de cinco años, plazo computable a partir del 21 de junio; y en relación con el ejercicio fiscal de 1994 considera interrumpida la prescripción al haberse formula-*

do la denuncia contra el acusado turnada al Juzgado número 34, el día 17 de junio de 1997 antes de vencer el plazo de cinco años previsto en la ley; pondrá el acento el TC en que la Audiencia hace suyos tales argumentos, manifestando expresamente que la STC 63/2005 es una resolución aislada que por ello no puede entenderse constituya doctrina consolidada del Alto Tribunal, máxime cuando fue objeto de voto particular y cuestionada por el Pleno del Tribunal Supremo en Acuerdo no jurisdiccional de 12 de mayo de 2005; frente a estos argumentos de las Sentencias controvertidas, el TC considera que [s]in necesidad de entrar en las consideraciones que las Sentencias impugnadas realizan con respecto a la oposición existente entre el criterio de este Tribunal Constitucional y una de las líneas interpretativas de la prescripción de las infracciones penales que ha seguido el Tribunal Supremo, oposición que, en todo caso, queda resuelta en aplicación de la previsión del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (STC 147/2009, FJ 2), la mera lectura de la argumentación seguida por las resoluciones impugnadas basta para declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto, expresado en los términos de la citada STC 147/2009, FJ 2, la interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal por el citado ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal, es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto que dicha interpretación abrió paso a la condena por un delito contra la hacienda pública por el citado ejercicio, afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad del actor ex art. 17 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10). Frente a tal conclusión considera el TC que no puede oponerse la alegación que tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado esgrimen, referida a que la aplicación al caso de la tesis sobre la interrupción de la prescripción que exige un acto de interposición judicial, habría llevado igualmente a concluir que no había transcurrido el plazo de prescripción. Como hemos venido reiterando, la concurrencia o no de la prescripción es, en sí misma, una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios (SSTC 63/2001, FJ 7; 63/2005, FJ 2), proyectándose el control de constitucionalidad exclusivamente sobre la motivación seguida por los órganos judiciales; afirmará el TC que no le corresponde enjuiciar si en el supuesto fáctico de referencia resulta o no aplicable el instituto de la prescripción, sino tan solo revisar la constitucionalidad del enjuiciamiento concretamente efectuado por los órganos judiciales, que en el caso presente hemos ya concluido que no satisface los estándares exigidos por el art. 24.1 CE en relación con el art. 17 CE. Por lo que se refiere al alcance de la estimación del presente motivo de amparo, al estar fundada la declarada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en un déficit de motivación, procede anular las resoluciones recurridas y retro-

traer las actuaciones, a fin de que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes se pronuncien acerca de la suficiencia o insuficiencia de los actos de interposición judicial producidos en el caso para interrumpir el cómputo del plazo de prescripción, conforme al canon de motivación reforzada anteriormente expuesto (STC 195/2009, FJ 6), decisión que exime al TC de analizar las restantes vulneraciones alegadas. Se otorga parcialmente el amparo solicitado por don José Antonio Hurtado García y, en consecuencia, se declara que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En segundo lugar, restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular parcialmente —exclusivamente en lo referido a la condena por delitos contra la hacienda pública referidos a los ejercicios fiscales del impuesto sobre la renta de las personas físicas de los años 1993 y 1994— la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de diciembre de 2006, desestimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 26 de Madrid de 11 de enero de 2006, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la primera de las Sentencias indicadas a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS

1. Sentencia 161/2009, de 29 de junio de 2009 (BOE de 28 de julio). Ponente: Salas Sánchez (Cuestión de inconstitucionalidad).

Preceptos constitucionales: 9.3

Objeto: Planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada a la misma por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre

Materias: Irretroactividad de normas tributarias, en atención al principio de seguridad jurídica.

Considera el TC que antes de entrar en el examen de fondo de la constitucionalidad del precepto cuestionado resulta necesario acometer la delimitación precisa del objeto del presente proceso constitucional; estima el TC que a pesar de que el órgano judicial que plantea la cuestión la extiende formalmente a los apartados primero y segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, hay que entender que la inconstitucional-

lidad que se suscita se refiere únicamente al apartado segundo de la misma, relativo a liquidaciones efectuadas al amparo de disposiciones sobre tarifas portuarias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante; las liquidaciones origen del proceso *a quo* se han dictado en sustitución de otras, anuladas por Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de diciembre de 2001, que habían sido giradas en aplicación de lo previsto en una Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, liquidaciones posteriores, por tanto, a la entrada en vigor de la ya citada Ley 27/1992, de 24 de noviembre. El supuesto de nuevas liquidaciones giradas en el lugar de otras dictadas en aplicación de disposiciones posteriores a la Ley 27/1992 resulta ser el definido en el apartado segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, tanto en su redacción original como en la ahora cuestionada, dada por la Ley 14/2000; en atención a estas consideraciones estima el TC que dicho apartado segundo resulta ser el relevante para la resolución del pleito en cuyo seno se suscita la cuestión de inconstitucionalidad. Al tiempo, considerará que ello determina, asimismo, el deber de apreciar que el apartado primero de la misma disposición adicional trigésimo cuarta, en la redacción dada por la Ley 14/2000, al referirse a situaciones anteriores a la vigencia de la Ley 27/1992, no es de aplicación en el proceso judicial *a quo*, sin perjuicio de advertir que el mismo ya ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 147/2009. Por lo que se refiere al fondo de la cuestión planteada el TC la considera resuelta por su doctrina establecida en la STC 116/2009 en la que se declaró inconstitucional y nula la inicial redacción del apartado primero de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999; el TC consideró vulnerado el art. 9.3 CE, toda vez que la norma establecía la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, dotándola de una retroactividad auténtica, ya que habilitaba 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, sin que concurrieran exigencias cualificadas de interés común que hubieran podido imponerse a la prohibición de la retroactividad; en atención a estos precedentes es claro que similares consideraciones son igualmente predicables del apartado segundo de esa misma disposición adicional trigésimo cuarta, una vez modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, puesto que, al igual que la norma declarada inconstitucional y nula en la STC 116/2009, se tra-

ta de un precepto con indudable carácter retroactivo, en cuanto que permite la práctica de nuevas liquidaciones que sustituyan a las anteriores anuladas, sin que concurren exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes y justifiquen su legitimidad constitucional; en consecuencia se declara la inconstitucionalidad y nulidad del apartado segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000; se estima la declaración de inconstitucionalidad.

VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO

A. Comunidades Autónomas

B.2. Competencias

1. Sentencia 162/2009, de 29 de junio (BOE de 28 de julio). Ponente: Aragón Reyes (Cuestión de inconstitucionalidad)

Preceptos constitucionales: 149.1.18

Objeto: Art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón o, de modo alternativo, en relación con la disposición final segunda de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, en cuanto la misma declara básico el art. 107.1 de esta Ley.

Materias: Carácter básico de la norma estatal: apreciación de los límites que impone al desarrollo legislativo de la competencia normativa autonómica.

Estima el TC que para el órgano judicial promotor de la cuestión la previsión normativa contenida en el art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999 vulnera lo dispuesto, con carácter básico, en el art. 107.1 de la Ley 33/2003 y, a su través, las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1.18 CE; alternatively, el órgano judicial cuestiona el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003, en cuanto declara el carácter básico del art. 107.1 de la propia Ley 33/2003, si se entendiera que con ello se excede de las competencias atribuidas al Estado por el art. 149.1.18 CE; el Abogado del Estado solicita que se declare la inconstitucionalidad del art. 184.2 de la Ley 7/1999 mientras que el Fiscal General del

Estado y la representación procesal del Gobierno de Aragón interesan la desestimación de la cuestión, y las Cortes de Aragón postulan la declaración de inconstitucionalidad del apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003, en cuanto declara el carácter básico del art. 107.1 de esta Ley. Planteada así la presente cuestión precisará el TC que su análisis ha de atender a determinar si, una vez que el legislador estatal ha procedido a aprobar la normativa básica en materia de procedimiento de adjudicación de contratos para la explotación de bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones públicas (art. 107.1 de la Ley 33/2003), puede entenderse que el art. 184.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón se ajusta a esa normativa básica estatal sobrevenida o si, por el contrario, entra en contradicción con la misma; considerará el TC que esta eventual apreciación de la infracción de la normativa básica determinaría que nos encontrásemos ante un supuesto de los que ya ha calificado (por todas, SSTC 151/1992, FJ 1; 163/1995, FJ 4; 166/2002, FJ 3; y 87/2009, FJ 2) como inconstitucionalidad de carácter mediano o indirecto, en cuanto que la infracción por la normativa autonómica del orden constitucional de distribución de competencias derivaría, en su caso, de su efectiva contradicción con la norma estatal básica; es su criterio que para que dicha vulneración exista será necesaria la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa; apreciará el TC que la regulación establecida en el art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de Administración local de Aragón, encontraba su inicial fundamento en la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma de Aragón por el art. 35.1.2 de su Estatuto de Autonomía de 1982, en la redacción vigente en 1999, conforme al cual Aragón tenía competencia exclusiva en materia de régimen local, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE; con el vigente Estatuto de Autonomía de Aragón, esta Comunidad Autónoma continúa ostentando competencia exclusiva en materia de régimen local, en los términos establecidos en el art. 71.5 del Estatuto y, asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75.11 del Estatuto, competencias para el desarrollo de las bases del Estado establecidas en el art. 149.1.18 CE para las Administraciones públicas aragonesas, incluidas las entidades locales; fijará su atención el TC en que en el momento en que se aprueba la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, la regulación sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos sobre arrendamiento y cesión

de uso de los bienes patrimoniales de las entidades locales aragonesas que se contiene en el art. 184.2 de dicha Ley no se apartaba de las previsiones establecidas con carácter general en la normativa estatal; de ahí que concluya el TC que la Comunidad Autónoma de Aragón actuó dentro del margen de sus competencias cuando promulgó la Ley 7/1999 en la que se contiene el precepto cuestionado (art. 184.2), al tiempo que considere que dicha regulación era plenamente compatible con la normativa estatal reguladora de la preparación y adjudicación de los contratos de arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las entidades locales en el momento en que la citada Ley aragonesa 7/1999 fue aprobada; considera el TC que al dictar el legislador estatal la Ley 33/2003, surge la contradicción entre la legislación estatal y la legislación aragonesa, por cuanto el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003 declara el carácter básico del art. 107.1 de esta Ley, precepto que establece el concurso como forma ordinaria de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones públicas (incluidas, desde luego, las entidades locales), admitiéndose excepcionalmente el procedimiento de adjudicación directa; así, mientras que el art. 184.2 de la Ley aragonesa 7/1999 establece la subasta como forma ordinaria de adjudicación de estos contratos, admitiendo el concurso de forma excepcional, el art. 107.1 de la Ley estatal 33/2003, expresamente calificado como norma básica dictada al amparo del art. 149.1.18 CE, establece el principio general de adjudicación de estos contratos patrimoniales mediante concurso, con admisión excepcional de la contratación directa en determinados supuestos. La consideración de esta antecedente compatibilidad no es óbice, a tenor del criterio del TC, para considerar la sobrevenida inconstitucionalidad si se llegase a la conclusión de que lo dispuesto en el art. 107.1 de la Ley 33/2003 tiene carácter de legislación básica y que existe una efectiva contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, insalvable por vía interpretativa. De ser así, habríamos de concluir que la disconformidad sobrevenida del precepto autonómico cuestionado con las nuevas bases en materia de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de las Administraciones públicas adoptadas por el legislador estatal tras el momento de promulgación de la Ley aragonesa 7/1999 determina la actual inconstitucionalidad de aquélla disposición, originariamente respetuosa del orden constitucional de distribución de competencias (STC 1/2003, FJ 9). Pasará el TC a determinar si el art. 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, respeta efectivamente la doble dimensión (formal y material) consustancial a la noción de *bases*; le parecerá evidente que el art. 107.1 de la Ley 33/2003 cumple con el requisito formal, cuyo respeto ya ha exi-

gido de manera reiterada el TC, de modo que, salvo en supuestos excepcionales, la normativa básica *venga incluida en la Ley votada en Cortes que designe su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad* (SSTC 80/1988, FJ 5; 197/1996, FJ 5; 223/2000, FJ 6), pues no en vano es un precepto con rango de Ley formal aprobado por las Cortes Generales y su carácter básico está expresamente proclamado por el apartado 5 de la disposición final segunda de esta misma Ley 33/2003; en lo que toca a la verificación del carácter materialmente básico del art. 107.1 de la Ley 33/2003, hemos de comenzar recordando que la competencia del Estado para establecer las bases del régimen patrimonial de las Administraciones públicas, a las que ha de ajustarse el desarrollo legislativo por parte de las Comunidades Autónomas al regular su patrimonio propio, se halla (STC 58/1982, FJ 1) en diversos títulos del art. 149.1 CE, que reservan esta materia a la competencia exclusiva del Estado: *por ejemplo, la legislación civil (art. 149.1.8 CE) ... las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18. CE), o la legislación básica sobre contratos o concesiones administrativas (ibídem)*. Esta doctrina se reitera en la STC 85/1984, de 26 de julio, FJ 3; será en las nociones de *bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas* y de *legislación básica sobre contratos o concesiones administrativas*, contenidas en el art. 149.1.18 CE, donde ha de entenderse residenciada la competencia estatal en materia de régimen patrimonial de las Administraciones públicas. Subrayará el TC que el apartado 5 de la DF 2ª Ley 33/2003 proclama el carácter básico, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 149.1.18 CE, de diversas disposiciones de esta Ley, entre las que se encuentra precisamente su art. 107.1, que establece la regla general de adjudicación por concurso de los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de todas las Administraciones públicas, y las posibles excepciones a esta regla (supuestos de adjudicación directa). El establecimiento por el legislador estatal de esta norma, al amparo del art. 149.1.18 CE, responde a la vinculación de las bases estatales con las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica, que rigen la contratación pública, (SSTC 141/1993, FJ 5, y 331/1993, FJ 6), a fin de asegurar a los ciudadanos un tratamiento uniforme en sus relaciones con las Administraciones públicas, que se vería comprometido, en lo que aquí importa, si las formas de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales pudieran ser diferentes en las distintas partes del territorio nacional; admitirá el TC que tanto la subasta como el concurso son formas de adjudicación de los contratos susceptibles de satisfacer las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica; no obstante, que el legislador estatal haya optado por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las Adminis-

traciones públicas excluyendo en todo caso la subasta, no puede reputarse como una decisión que exceda del común denominador normativo que encierra el título básico contenido en el art. 149.1.18 CE; considerará el TC que la opción del legislador estatal resulta justificada especialmente en atención a las garantías de igualdad y libre concurrencia de la contratación pública, en la medida en que el concurso permite una mayor flexibilidad, al introducir la posibilidad de elegir a un adjudicatario teniendo en cuenta la proposición más ventajosa, lo que puede contribuir a facilitar el acceso a los contratos de explotación de bienes patrimoniales a mayor número de interesados, al tiempo que asegura la obtención por la Administración pública, a través de la promoción de la competencia, de las condiciones más ventajosas para el interés público; no encontrará contradicción el TC con el hecho de que tratándose de negocios jurídicos de explotación de bienes patrimoniales de las entidades locales, *estos bienes están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquéllas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular* (STC 166/1998, FJ 13), pues dicha finalidad puede satisfacerse perfectamente seleccionando al adjudicatario mediante concurso, forma de adjudicación del contrato en la que habrá de tenerse en cuenta el del precio ofertado, criterio determinante si existiera empate entre ofertas atendiendo a los restantes criterios de adjudicación del concurso. Afirmará el TC que este principio general de adjudicación por concurso de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales se completa con la admisión, con carácter excepcional, de la adjudicación por contratación directa, previsión que encuentra su justificación en la existencia de supuestos peculiares, enumerados en el propio art. 107.1 33/2003; en todo caso, el control de la decisión administrativa de optar por la adjudicación directa queda asegurado por la exigencia legal de que esa decisión sea motivada y, en consecuencia, susceptible de revisión jurisdiccional. Se rechazará por el TC que la regulación establecida por el art. 107.1 de la Ley 33/2003 sea tan minuciosa o exhaustiva que no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo en esta materia; al optar el legislador estatal por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de bienes patrimoniales de las Administraciones públicas, no se agotan las posibilidades de que el legislador autonómico pueda llevar a cabo desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, contengan prescripciones y peculiaridades de detalle o de procedimiento que las Comunidades Autónomas hayan estimado conveniente introducir (SSTC 32/1981, FJ 6; 1/1982, FJ 1; 49/1988, FJ 16; 197/1996, FJ 5; y 109/2003, FJ 4, entre otras), en consecuencia, concluirá el TC, el art. 107.1 de la Ley 33/2003 debe ser considerado también básico desde el punto de vista ma-

terial. Afrontará ahora el TC la cuestión de si existe una efectiva contradicción entre esa norma legal estatal y el art. 184.2 Ley 7/1999 de Administración local de Aragón y, de ser así, si esa contradicción resulta insalvable por vía interpretativa; apoyará el TC la posición del Abogado del Estado cuando sostiene que el precepto autonómico cuestionado contradice de forma abierta e insuperable por vía interpretativa lo dispuesto con carácter básico por el art. 107.1 Ley 33/2003, pues mientras que este precepto prescribe el concurso como forma general de adjudicación de cualquier *contrato para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales*, por el contrario el art. 184.2 de la Ley aragonesa impone la subasta como forma de adjudicación en los arrendamientos o cualquier otra forma de cesión del uso de bienes patrimoniales admitiendo sólo excepcionalmente el concurso, en los supuestos especificados en el art. 184.2; ello significará que para un mismo supuesto de hecho la consecuencia jurídica del precepto legal autonómico es radicalmente distinta a la prevista en la norma básica estatal sobrevenida; en atención al carácter básico, formal y materialmente considerado, del art. 107.1 al amparo del art. 149.1.18 CE, y siendo insalvable la contradicción existente entre este precepto y el art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, ha de concluirse que el precepto autonómico es inconstitucional. En relación con los efectos de esta Sentencia, el TC considera atendiendo a que la disconformidad constitucional del precepto autonómico tuvo lugar no originariamente, en el momento de promulgación de la Ley aragonesa 7/1999, sino con posterioridad, en el de entrada en vigor de la Ley 33/2003 de patrimonio de las Administraciones públicas, los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (art. 39.1 LOTC) del art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999 deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal (SSTC 27/1987, FJ 9 in fine y 1/2003, FJ 9), no siendo susceptibles de ser revisadas como consecuencia de esta declaración de nulidad las situaciones jurídicas consolidadas, tanto las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) en las que se haya aplicado el art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, como, por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas en aplicación de ese mismo precepto mediante acto administrativo firme (por todas, SSTC 45/1989, FJ 11, y 179/2006, FJ 11). Se estima la cuestión de inconstitucionalidad.

2. Sentencia 200/2009, de 28 de septiembre (BOE de 21 de octubre). Ponente: Aragón Reyes (Conflicto positivo de competencia)

Preceptos constitucionales: 149.1.13.

Objeto: Conflicto positivo de competencia planteado por la Junta de Galicia contra diversos preceptos del Real Decreto 1916/2008, de 21 de noviembre, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros.

Materias: Planificación de la actividad económica: competencia exclusiva del Estado. Actividad estatal de subvenciones y ayudas públicas: límites y modo de ejercicio en relación con actividades que son de la competencia exclusiva de una Comunidad Autónoma. Orden constitucional de distribución de competencia y modo de coordinarlo.

La iniciativa cuestionada trae causa de lo previsto inicialmente en la DA 49^a Ley 2/2004 de PGE para 2005, donde se regula la denominada *Iniciativa de Modernización de Destinos Turísticos Maduros del Litoral Español*; en desarrollo de tal disposición legal se aprobó el RD 721/2005; la disposición legal fue derogada por la DA 43^a Ley 42/2006, de PGE para 2007, modificada, a su vez, por la Ley 51/2007, de PGE para 2008, dictándose el RD objeto del presente conflicto en desarrollo de la referida DA 43^a Ley 42/2006, con la modificación antes señalada. A esta iniciativa, dirigida a impulsar la transformación de los destinos turísticos maduros para su adaptación y modernización, también se hace referencia en el denominado Plan de turismo español 2008–2012, el cual desarrolla el Plan del turismo español *Horizonte 2020*, ambos aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2007; el RD 1916/2008 se proclama dictado al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (DF 1^a) con la finalidad de apoyar financieramente los planes de renovación, modernización y reconversión integral de destinos turísticos maduros que se desarrollen por las administraciones locales y por las empresas turísticas; el citado apoyo se materializa en tres líneas de financiación: (1) la relativa a las operaciones llevadas a cabo con cargo al denominado Fondo financiero del Estado para la modernización de las infraestructuras turísticas (FOMIT), operaciones que, a su vez y conforme al art. 10 del Real Decreto 1916/2008, pueden ser de tres tipos: (a) desembolso de aportaciones por la Administración General del Estado al capital social de aquellas sociedades que constituya o en las que pueda participar (art 11); (b) el otorgamiento de préstamos con largos plazos de amortización, incluyendo períodos de carencia y bajos tipos de interés (arts. 12 a 25); (c) la constitución en garantía sin contraprestación y para asegurar los préstamos que se otorguen en su caso por el Instituto de Crédito Oficial (ICO) a favor de los beneficiarios del propio fondo (art. 26); (2) apoyo a los tipos de interés de la línea de financiación del ICO para activi-

dades turísticas privadas (art. 27), (3) la concesión de ayudas destinadas a la realización de actividades complementarias de estudio, promoción y comercialización de los destinos turísticos modernizados (arts. 28 a 35). La Junta de Galicia entiende que determinados preceptos del Real Decreto 1916/2008 vulneran sus competencias en materia de turismo y fomento y planificación de la actividad económica de Galicia así como su autonomía financiera y sus competencias en materia de medio ambiente y espacios naturales protegidos. La alegada vulneración se produciría en cuanto esos preceptos del RD 1916/2008, ignoran a su entender la doctrina constitucional relativa a las subvenciones y ayudas públicas (singularmente, la STC 13/1992), la recaída específicamente en materia de ayudas al turismo (STC 242/1999) y en materia de utilización de préstamos como medida de fomento (STC 95/1986); por su parte, el Abogado del Estado sostiene que las previsiones impugnadas del Real Decreto 1916/2008 se insertan en la competencia estatal del art. 149.1.13 CE, pues la finalidad perseguida por la norma citada solamente podría alcanzarse a través de la selección de unos determinados proyectos en condiciones de identidad para todo el territorio lo que justificaría que las competencias sobre las mismas se residencien en su totalidad en órganos estatales; es criterio del TC que nos encontramos ante una controversia trabada sobre la delimitación de competencias en relación con la regulación y aplicación de ayudas o subvenciones al sector turístico; acudirá a su doctrina reiteradamente establecida (entre las últimas, SSTC 136/2009 y 138/2009), de la distribución de competencias existente en la materia constitucional en la que proceda encuadrar las ayudas o subvenciones de que se trate; encontrará el TC coincidencia entre las diversas partes en la apreciación de que en la norma se inserta en la materia *turismo*, coincidencia que se extiende a la apreciación de que, pese al carácter exclusivo con el que las competencias en dicha materia han sido asumidas por los distintos Estatutos de Autonomía (en el caso de Galicia, art. 27.21 del EA), sobre las mismas incidirían las competencias estatales relativas a la planificación de la actividad económica del art. 149.1.13 CE, extremo señalado por la doctrina del TC en relación expresamente con ayudas y subvenciones estatales en el sector turístico (al respecto, SSTC 242/1999 ó 75/1989); para el TC no cabe duda de que, en la competencia del Estado *ex art.* 149.1.13 CE, se incluye la planificación básica de determinadas actuaciones de inversión en destinos turísticos en el territorio español, lo que justifica la regulación por éste de los correspondientes instrumentos de financiación ya que con ello se trata de asegurar el mantenimiento de unas inversiones necesarias desde el punto de vista de la política económica general en atención al peso del sector turístico en nuestra economía; en atención a estas consideraciones concluirá el TC que el Estado puede destinar

las ayudas reguladas en el Real Decreto 1916/2008 a las finalidades previstas en el mismo si bien, al no tratarse el turismo de una competencia exclusiva estatal, el alcance de esta actividad genérica de fomento debe delimitarse con precisión a fin de evitar la invasión del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas; a este fin acudirá el TC a recordar su doctrina en relación con la actividad estatal de subvenciones y ayudas públicas; partirá de su fundamental STC 13/1992, y de los criterios recogidos en la STC 242/1999, relativa a ayudas y subvenciones específicamente en materia turística: *no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado* o, lo que es lo mismo, *que el Estado ... no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público), entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial* [FJ 6 a), que remite a la STC 13/1992]; igualmente destacamos que las diversas *instancias territoriales* ejercerán sobre las subvenciones las competencias que tienen atribuidas, de modo que *si estas instancias son exclusivamente estatales, por ser también de competencia exclusiva del Estado la materia o sector de la actividad pública, no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial. Cuando, por el contrario, tal materia o sector corresponden en uno u otro grado a las Comunidades Autónomas, las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatuario de competencias* pues, de no ser así, *el Estado estaría restringiendo la autonomía política de las Comunidades Autónomas y su capacidad de autogobierno* [FJ 6 c)]; de modo que cuando la materia directamente implicada sea de la exclusiva competencia estatal, el Estado podrá regular y gestionar completamente las subvenciones correspondientes; por el contrario, cuando las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias sobre la materia objeto de la subvención, el fundamento jurídico 8 de la ya citada STC 13/1992 sintetiza los cuatro supuestos que pueden darse, según el alcance e intensidad de las competencias autonómicas, distinguiendo entre: (a) supuestos en los que el Estado no invoca título competencial alguno, mientras que la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia; (b) aquéllos en los que el Estado dispone de un título genérico, básico o de coordinación, correspondiendo a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución; (c) casos en los que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, cuya ejecución corresponde a la Comunidad Autónoma; y (d) supuestos de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero en los que concurren circunstancias excepcionales que determinan que la gestión de las ayudas pueda ser realizada por el Estado. Encuadradas las ayudas y subvenciones controvertidas en la materia turismo el debate trabado entre las partes se centra en torno al supuesto que resulta de aplicación, de los cuatro mencionados, a las ahora controvertidas; la representación procesal de la Junta de

Galicia entiende que nos encontramos en el denominado segundo supuesto, recogido en el FJ 8 b) de la meritada STC 13/1992, el cual determina lo siguiente: *El segundo supuesto se da cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si ésta se califica de exclusiva (v.gr., la ordenación general de la economía), o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. En estos supuestos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios presupuestos generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias; la posición del Abogado del Estado disiente de este enfoque al considerar que la peculiaridad de estas ayudas conlleva que, como excepción, resulte procedente la aplicación a todas ellas de la doctrina recaída en el fundamento jurídico 8 d) de la misma Sentencia 13/1992, en el que mantuvo el TC que la gestión centralizada estatal: sólo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circunstancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior, a saber: que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada de la medida de fomento de que se trate.* Afrontará su juicio el TC analizando separadamente cada una de las iniciativas del Real Decreto 1916/2008 en los aspectos que han sido objeto de impugnación; por lo que se refiere a los denominados préstamos bonificados, no se ha cuestionado su existencia ni tampoco las características de los mismos; la reivindicación se centra exclusivamente en los aspectos relacionados con su convocatoria y gestión, todos ellos centralizados en órganos estatales, consistiendo la intervención autonómica en la primera valoración y priorización de las solicitudes de préstamo presentadas, emitiendo un informe que será vinculante en caso de ser negativo (art. 16) así como en la emisión de un informe en caso de iniciarse un procedimiento de reintegro

por incumplimiento (art. 25.3); la defensa que se hace de este régimen por parte del Abogado del Estado en atención a lo establecido en el FJ 8.d) STC 13/1992; es criterio del TC que no se ha aportado ninguna justificación que haga imprescindible la intervención estatal en la gestión, más allá de la referencia de que la norma persigue seleccionar unos concretos proyectos dirigidos a la consecución de un modelo o tipo de destino turístico predeterminado; se objetará por el TC que es éste un objetivo que puede conseguirse a través del sistema constitucional de distribución de competencias teniendo muy en cuenta que, como ya se dijo en la STC 242/1999, FJ 20, la cooperación y la coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas constituye el elemento fundamental del Estado autonómico, en particular, en ámbitos como el presente en que han de conciliarse las competencias estatales de ordenación económica del sector turístico con las exclusivas autonómicas en esta materia, lo que puede producirse bien sea a través de convenios ajustados al orden de distribución de competencias (SSTC 95/1986, FJ 5 y 13/1992 FFJJ 7 y 10). Además, no debe olvidarse que respecto al criterio del *interés, importancia o calidad* de los proyectos en relación con las eventuales facultades de gestión estatales, es doctrina sólida que (STC 190/2000, FJ 10, citando la STC 186/1999, FJ 10): *tampoco puede admitirse como justificación de la gestión centralizada el argumento de que lo determinante para recibir la subvención es la excelencia de los proyectos, debiendo valorarse a tal efecto todos los que se presenten en el conjunto del territorio nacional, pues tal técnica conduciría, simplemente, a la distorsión del orden de competencias y por ello hemos declarado que ... bastaría que en el diseño de una legislación estatal reguladora de una materia se dificultara artificialmente su ejecución autonómica para justificar la negación o supresión de esa competencia (STC 106/1987, FJ 4)*; añadirá, además, el TC una consideración de suma relevancia cuando desecha, en atención al carácter exclusivo de las competencias autonómicas en la materia, que pueda ser considerada suficiente la existencia de un margen de intervención de la Comunidad Autónoma para apreciar que no se hayan invadido las competencias autonómicas (al respecto, STC 75/1989, FJ 5); recordará su doctrina, la gestión por el Estado de las actividades de ejecución orientadas al otorgamiento de los préstamos previstos en el Real Decreto 1916/2008 sólo sería constitucionalmente admisible si la centralización de los expresados incentivos económicos resultase imprescindible para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, siendo al tiempo un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales o de los créditos que hayan de destinarse al sector; es criterio del TC que ninguna de estas exigencias concurre en el presente caso. La cuantía de los fondos que el Es-

tado vaya a destinar, con cargo al FOMIT, no es cuestión controvertida por lo que la dimensión cuantitativa de esta modalidad de incentivos resulta así plenamente asegurada, sin riesgo de quebrantamiento por la gestión que lleve a cabo la Comunidad Autónoma que ha planteado el conflicto; análogo razonamiento sostiene el TC en relación con las condiciones y requisitos básicos que han de observarse en la concesión y disfrute de aquellos beneficios, pues su aplicación homogénea en todo el territorio nacional queda también garantizada por la regulación unitaria del Real Decreto, bastando aquí con comprobar si en las peticiones de créditos y subvenciones se dan o no todos los elementos que justificarían su otorgamiento o denegación; en conclusión, dado que estas ayudas se insertan en la materia turismo, les será de aplicación el segundo supuesto recogido en el FJ 8 b) de la STC 13/1992, en la medida en que se entiende que no concurren las circunstancias excepcionales previstas en la doctrina constitucional para que resulte justificada la regulación completa de las subvenciones y la centralización en la gestión que se contiene en los preceptos impugnados; concluirá el TC que en este ámbito al Estado le corresponderá *ex art. 149.1.13 CE* la especificación del destino de la subvención y la regulación de sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica pero siempre que deje espacio a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino de la subvención y para desarrollar las condiciones de otorgamiento y tramitación; sobre estas bases, enjuiciará el TC las concretas vulneraciones denunciadas respecto a la regulación de los denominados préstamos bonificados. En cuanto a los arts. 15, 18 y 20.1 se les reprocha su excesiva concreción, al exceder de aquellos aspectos que resultan necesarios para la regulación unitaria de los préstamos a los que hacen referencia; en relación al art. 15, regulador del contenido de las solicitudes, considera el TC que si bien es cierto que, en ocasiones, ha reconocido que la necesidad de dicha documentación pueda ser establecida por el Estado, advierte que tal reconocimiento se ha producido cuando, en el caso enjuiciado, la regulación garantizaba *una homogeneidad sin duda necesaria en la tramitación de las ayudas en todo el territorio nacional y, a la vez, permite a las Comunidades Autónomas atender a las especificidades de sus propias políticas en la medida en que se prevé que aquéllas regulen ciertos aspectos de los estudios que han de ser aportados por los solicitantes* (STC 126/2002, FJ 10.a); es criterio del TC que en el presente supuesto no puede alcanzarse la misma conclusión, puesto que el precepto aborda con todo detalle la regulación de los documentos que se exigen, omitiendo cualquier referencia en el precepto a la eventual intervención autonómica en la materia, lo que determina que el mismo sea incompatible con el orden constitucional de distribución de competencias. Idéntica conclusión se alcanza con la imposición de un determinado modelo de solicitud

pues, conforme a la doctrina del TC (por todas, STC 242/1999, y las allí citadas), *no son básicos los modelos normalizados de solicitud*; en similar línea apreciará el TC en el art. 18, relativo a los criterios de evaluación que deben aplicarse a las solicitudes de financiación con cargo al FOMIT, el establecimiento de una regulación que, por su grado de detalle, igualmente desborda el ámbito de la competencia estatal, por lo que ha de estimarse que el referido precepto vulnera las competencias autonómicas en materia de turismo (como ya fue apreciado en relación a un supuesto similar en la ya citada STC 242/1999, FJ 11.); idéntica vulneración ha de predicarse también del art. 20.1, en tanto que remite al anterior. Los arts. 14, 16, 19, 20.2, 21.1 y 2, 22 y 25 son cuestionados todos ellos por no residenciar en las autoridades autonómicas la gestión o tramitación administrativa que pueda existir en el procedimiento de otorgamiento de los préstamos a los que hacen referencia tales preceptos. El art. 14 regula la apertura y presentación de solicitudes estableciendo que el Secretario de Estado de Turismo podrá efectuar para cada ejercicio presupuestario la correspondiente convocatoria de concesión de préstamos en la que se fijará el volumen de recursos del FOMIT que se destinan a esta finalidad; en atención a que la convocatoria es un acto de gestión administrativa de la ayuda, es patente que violenta un orden competencial en el que, de acuerdo con lo ya razonado, el Estado puede, al ostentar un título competencial genérico de intervención (art. 149.1.13 CE), consignar subvenciones de fomento en sus presupuestos generales, correspondiendo la gestión de esos fondos a las Comunidades Autónomas. Por ello, el primer párrafo del art. 14.1, en la medida en que residencia en un órgano estatal la facultad de convocatoria, ha de reputarse contrario al orden constitucional de distribución de competencias. Por el contrario no sucede lo mismo, sin embargo, con las previsiones del precepto, en el segundo párrafo de ese art. 14.1, relativas a la determinación por un órgano estatal del volumen de recursos del FOMIT que se destinan a préstamos pues el Estado siempre podrá, en uso de su potestad financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, correspondiendo al mismo tanto la determinación de la finalidad perseguida como la asignación de concretos recursos a la consecución de tal finalidad (STC 13/1992, FJ 7); igualmente el hecho de que las solicitudes de préstamos con cargo al FOMIT se presenten en las entidades de crédito mediadoras con las que el ICO haya suscrito los correspondientes acuerdos (art. 14.2) no vulnera las competencias autonómicas (al respecto, STC 152/1988, FJ 11) ya que dichos acuerdos constituyen el instrumento para la movilización de los recursos financieros que se requieren, recursos cuya determinación corresponde al Estado. Por lo que se refiere a la instrucción del procedimiento de concesión de préstamos (art. 16), vulnera, conforme al canon que el TC viene

utilizando, las competencias autonómicas al atribuir a un órgano estatal las competencias relativas a la ordenación e instrucción de las solicitudes de préstamos; de esta forma resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias el apartado 1 así como el 4, pues las competencias en torno a la instrucción y ordenación del procedimiento, con la consiguiente valoración de las solicitudes presentadas, han de corresponder a la Comunidad Autónoma, sin que dicha apreciación pueda verse enervada por la intervención autonómica en el procedimiento de concesión que prevé el mencionado apartado 4 pues, como ya se afirmó (STC 75/1989, FJ 5), no basta el reconocimiento de ciertas facultades de gestión de la Comunidad Autónoma para que se consideren respetadas sus competencias exclusivas de ejecución la restricción de la intervención autonómica a la emisión de un informe, aun cuando el mismo sea vinculante caso de ser negativo, resulta ser contraria al orden constitucional de distribución de competencias; lo expuesto determina que la referencia del art. 20.1 a la emisión del informe también haya de entenderse contraria al orden constitucional de distribución de competencias. Será vulneración asimismo apreciable en los arts. 19, en cuanto que atribuye a la Comisión de valoración en él prevista la función de evaluar y formular una propuesta de resolución de concesión o denegación de las solicitudes [apartado cuatro, letra a)], y 20.2, que hace referencia a esa propuesta de resolución formulada por dicha Comisión; se apreciará por el TC que en ambos casos se trata de cuestiones vinculadas a la aprobación de los proyectos y propuesta de concesión de créditos que se residen sin dificultad en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma; a idéntica conclusión llegará el TC en relación con los arts. 21, apartados 1 y 2, que atribuyen a un órgano estatal la resolución y notificación de las solicitudes de financiación con cargo al FOMIT y 22, relativo al régimen del recursos, pues, sin perjuicio de que el mismo reproduce reglas generales tanto de la legislación de procedimiento administrativo común como de la reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cierto es que la determinación de los recursos procedentes guarda directa relación con la cuestión del órgano competente para resolver, cuya designación corresponde a la Comunidad Autónoma por resultar atinente al procedimiento de concesión de la ayuda controvertida; finalmente, del art. 25, relativo al reintegro por incumplimiento, se cuestiona que no reconozca las competencias autonómicas para su tramitación y resolución; considera el TC que el reintegro y, en particular, el procedimiento para su exigencia, incide en aspectos relacionados con el control de las ayudas, que se incardinan en el ámbito de las competencias autonómicas en materia de turismo las cuales resultan así vulneradas; recordará el TC, al respecto, que es reiterada su doctrina según la cual las normas procedimentales *ratione materiae*

deben ser dictadas por las Comunidades Autónomas competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común (por todas, STC 98/2001, FJ 8, con cita de la STC 227/1998, FJ 32); según ésa resultan contrarios al orden constitucional de distribución de competencias los apartados 3, 4 y 5 del precepto cuestionado en cuanto que los mismos regulan aspectos relativos al procedimiento de reintegro, de competencia autonómica; precisará el TC, por otra parte, que las referencias del apartado 2 a la Ley 38/2003 general de subvenciones, han de entenderse hechas a aquellos preceptos de la misma que, regulando el reintegro, tengan carácter básico conforme a la disposición final primera de dicho texto legal. El art. 24.3 relativo a la posibilidad de que el ICO pueda recabar, de las entidades financieras y de las Comunidades Autónomas, la información y documentación que considere necesaria para efectuar el control de la financiación concedida siguiendo los procedimientos habituales del Área de supervisión y seguimiento del ICO es cuestionada por la Comunidad Autónoma por entender que establece una aparente solicitud de información que en realidad encubre un mecanismo de control; considerará el TC que este precepto se enmarca en una regulación más general en la que se atribuye a las Comunidades Autónomas el control y seguimiento de las actuaciones financiadas con cargo al FOMIT (art. 24.1), las cuales deberán informar a la Secretaría de Estado de Turismo de la ejecución de las inversiones (art. 24.2); esa previsión se conecta con otras más generales que responden a las actividades relativas a la verificación y control del cumplimiento de las condiciones a que se someta el otorgamiento de las ayudas por parte de sus beneficiarios, las cuales deben corresponder por regla general a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, evidenciando también una actividad típica de la relación de colaboración, implícita en la Constitución y consustancial al Estado Autonómico, como es el suministro de información de una Administración pública a otra; teniendo en cuenta esa premisa, apreciará el TC que la mención a las Comunidades Autónomas contenida en el apartado 3 del art. 24 vulnera las competencias de Galicia en cuanto la somete a las verificaciones estatales y al control de un departamento de una entidad pública empresarial estatal, lo que implica una forma de control sobre la actuación de la Administración autonómica, además de no prevista constitucionalmente, incompatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de éste deriva (SSTC 4/1981; 6/1982, FJ 7; 76/1983, FJ 12); recordará el TC que ya en otras ocasiones ha declarado [SSTC 201/1988, FJ 4 y 98/2001, FJ 8 k] que el establecimiento de normas de control de la gestión autonómica de las subvenciones debe considerarse un control exorbitante que invade la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la infor-

mación que la Comunidad Autónoma deba remitir a la Administración General del Estado, según lo previsto en el art. 86.2, regla sexta, LGP; en atención a estas consideraciones, considera el TC que el inciso *y de las Comunidades Autónomas* del art. 24.3 del Real Decreto 1916/2008 incurre en infracción del orden constitucional de distribución de competencias y, con ello, en inconstitucionalidad. Por lo que se refiere al art. 26, relativo a la prestación de garantías por parte del FOMIT en operaciones de préstamo concertadas entre el ICO y entidades públicas que sean, a su vez, beneficiarias del referido Fondo, es cuestionado por la Junta de Galicia en cuanto a las menciones a la decisión de un órgano estatal autorizando la constitución de la garantía y sus condiciones. El TC no atenderá estos reproches de inconstitucionalidad atendiendo al distinto alcance de esta medida en relación a las hasta ahora examinadas; la doctrina del TC en relación a la gestión administrativa de las subvenciones ha insistido en que la misma debe corresponder a la Administración competente para realizar las funciones ejecutivas en la materia de que se trate, pues el poder subvencional no es autónomo respecto del reparto constitucional de competencias; sin embargo, entenderá el TC que las operaciones de crédito a las que el precepto hace referencia no caen propiamente dentro del ámbito específico de una medida de fomento como la subvención, pues se trata de relaciones crediticias y, como tales, en caso de ejecución de la garantía, ésta habrá de ser reembolsada por la entidad deudora del préstamo en cuyo favor se constituyó la referida garantía; apreciará el TC que el elemento fundamental de esta relación es que la financiación otorgada, de la que el FOMIT se constituye en garante, no se concreta en una disposición a fondo perdido, ya que se entrega con vocación de devolución y con una contraprestación en forma de intereses pactados por las partes; y advertirá que aunque es un supuesto en el que pueden estar en juego fondos públicos, se trata esencialmente de una relación contractual en la que ambas partes tienen inexcusables obligaciones; en ese contexto la evidente finalidad de la garantía es asegurar al prestamista que el préstamo concedido va a ser devuelto en todo caso sin que haya una inmediata disponibilidad de gasto, la cual solamente se producirá ante un eventual incumplimiento del deudor del préstamo; sobre esta consideración se apoyará el TC para considerar que no es aplicable a este supuesto la doctrina constitucional en materia de subvenciones y ayudas públicas, pues de lo contrario la Comunidad Autónoma estaría disponiendo de recursos estatales cuyo destino, precisamente por esa razón, ha de ser determinado por el Estado, en tanto que titular de los mismos; las atribuciones autonómicas no pueden extenderse a decisiones como la que ahora se cuestiona, relativa a la prestación de un aval, pues ello implicaría que los fondos estatales serían dispuestos por una instancia distinta a la que, llegado el caso, asumiría

las responsabilidades derivadas de la ejecución de la garantía constituida; no debe olvidarse, apreciará el TC que, conforme a las disposiciones que regulan la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, el FOMIT se nutre fundamentalmente de las dotaciones que al mismo le asignan los PGE, siendo gestionado por un órgano estatal y correspondiendo su administración financiera al ICO, extremos todos ellos que no han sido controvertidos competencialmente, por lo que la decisión estatal respecto a la forma de disposición de sus propios recursos para garantizar préstamos concedidos por el ICO a entidades que, a su vez, son beneficiarias del Fondo, no vacía de contenido las competencias autonómicas, sino que, en la medida en que el FOMIT asume una función de garante, persigue asegurar la realización de determinados proyectos en cuya selección y propuesta de concesión de préstamo ya habrán intervenido las instancias autonómicas conforme a los criterios hermenéuticos afirmados por el TC. Por lo expuesto, procede desestimar la impugnación del art. 26. Afrontará enseguida, el TC, las denunciadas vulneraciones denunciadas respecto a las denominadas *Ayudas complementarias a los Planes de dinamización turística* reguladas en los arts. 28 a 35 del Real Decreto 1916/2008. Se ha considerado por el representante de la recurrente que tales ayudas deberían ser gestionadas por las Comunidades Autónomas competentes por razón de la materia, de acuerdo con el criterio establecido en el fundamento jurídico 8 b) de la STC 13/1992; impugnará, por eso, los arts. 29; 30.2; 32.2, párrafo segundo; 32.3; 33.2 y 3; 34 y 35; se opondrá la Abogacía del Estado para la que esta concreta acción es complementaria de las restantes previstas en el Real Decreto 1916/2008, resultando procedente por ello su gestión centralizada, señalando además que la impugnación es prematura al ser anterior a la aprobación de las bases reguladoras para la concesión esta línea de ayudas; rechazará el TC estas alegaciones; en cuanto al canon de enjuiciamiento aplicable a estas ayudas, coincidirá el TC con lo argumentado por la representación procesal de la Junta de Galicia estimando que, en la medida en que se trata de una materia en la que concurren las competencias estatales del art. 149.1.13 CE con las autonómicas exclusivas en materia de turismo, que se encuentra en el denominado segundo supuesto (FJ 8 b) STC 13/1992), al que ya antes se ha hecho referencia; el carácter complementario de estas ayudas respecto del resto de iniciativas previstas en el Real Decreto 1916/2008 determina que tampoco estime el TC las razones aportadas por el Abogado del Estado en favor de la gestión centralizada de las ayudas; considera el TC que su objeto se endereza a la consecución de actividades típicamente promocionales en materia turística que se integran en el ámbito ordinario de la competencia autonómica sin contener elemento alguno que exija la gestión centralizada; sobre esta premisa, comenzará el TC su

enjuiciamiento por los arts. 29 y 30.2, cuya impugnación desestima dado que los mismos se limitan a establecer que los recursos para la financiación de estas ayudas provendrán de la dotación anual consignada en los PGE, así como la finalidad perseguida por las mismas, extremos ambos que no vulneran las competencias autonómicas y pueden entenderse amparados por la competencia estatal *ex* art. 149.1.13 CE; sin embargo, reputará el TC contrario al orden constitucional de distribución de competencias el segundo párrafo del art. 32.2 en tanto que la aprobación de las bases reguladoras está directamente vinculada a las competencias autonómicas de gestión de las ayudas; dichas bases se refieren al procedimiento de tramitación y concesión de las ayudas; asimismo estimará el TC que los arts. 32.3 y 34 vulneran las competencias de la Junta de Galicia dado que ambos regulan aspectos relativos a la gestión de estas subvenciones, la cual, conforme a reiterada doctrina del TC, corresponde a la Comunidad Autónoma en atención a las competencias que la misma ostenta en materia de turismo. En cuanto al art. 33, apartados 2 y 3, ya estableció el TC que no es conforme con el orden constitucional de distribución de competencias la reducción de la intervención autonómica a la emisión de un informe; disconformidad con el orden competencial que también ha de apreciarse respecto al art. 35, en cuanto el mismo regula el reintegro remitiendo para ello a preceptos no básicos de la Ley General de Subvenciones. En relación con el alcance de la vulneración de competencias apreciada, parte el TC de que la parte demandante pretende que se acuerde la nulidad de los preceptos impugnados del Real Decreto 1916/2008 así como la territorialización de los fondos destinados a financiar las denominadas ayudas complementarias a los planes de dinamización turística; con respecto a la declaración de nulidad de los preceptos reglamentarios impugnados no cabe duda que la disposición recurrida pretende establecer el marco de referencia de esta iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros, marco a partir del cual y en desarrollo del mismo han de efectuarse las correspondientes convocatorias anuales de las distintas medidas previstas en la misma; de esta forma la norma controvertida no ha agotado, por dicha razón, todos sus efectos, sino que, por el contrario, ha sido dictada con vocación de permanencia, lo cual determina que, de acuerdo con las facultades que al TC otorga el art. 66 LOTC, además de declarar la titularidad de las competencias discutidas en el proceso, se haya de apreciar también la nulidad de pleno derecho de los preceptos que han sido estimados contrarios al orden constitucional de distribución de competencias, pues la cobertura competencial en la que han pretendido ampararse y de la que carecen es la misma en cualquier parte del territorio del Estado sin que tampoco se trate de preceptos que regulen medidas temporales ya agotadas en el momento de dictarse la presente re-

solución, dado que los mismos son susceptibles de ser aplicados en sucesivos ejercicios presupuestarios. Considerará el TC cuestión distinta la de la eventual extensión de la declarada nulidad de los preceptos relativos a la gestión estatal de estos incentivos a las resoluciones que los desarrollan y aplican, las cuales han sido dictadas con vigencia temporal limitada; en relación con éstas, el TC se ve obligado a distinguir entre la dictada en desarrollo de la regulación de los préstamos bonificados de aquélla otra que aplica preceptos relativos a la concesión de ayudas destinadas a realizar actividades complementarias de estudio, promoción y comercialización de los destinos turísticos modernizados; en relación con ésta última apreciará que las ayudas en cuestión fueron convocadas, para el ejercicio 2009, mediante la ya citada Resolución de 15 de abril de 2009 del Instituto de Turismo de España, habiendo ya transcurrido el plazo máximo que la misma fija para dictar y notificar la resolución concediendo o denegando las ayudas cuestionadas; en atención a esta consideración, la necesidad siempre presente de procurar conservar la eficacia jurídica de aquellos actos cuya anulación afectaría a legítimos derechos de terceros generados en su día por la presunción de legalidad de los mismos conduce en este caso, en aplicación del ya citado art. 66 LOTC, a que la declaración de nulidad antes apreciada no implique la de la meritada Resolución ni tampoco proceda, por tanto, pronunciamiento alguno respecto a la exigencia de territorialización de las mismas en lo que se refiere a las convocadas para el vigente ejercicio presupuestario; sin embargo, considerará el TC que no ocurrirá lo mismo, respecto a la línea de préstamos con cargo al FOMIT, cuya convocatoria para el año 2009, aprobada por Resolución de la Secretaría de Estado de Turismo de 8 de julio de 2009, establece la gestión centralizada de esta iniciativa, centralización que ya consideró el TC contraria al orden competencial, sin que, a diferencia del caso anterior, los efectos de la convocatoria se hayan agotado, pues el cierre de la misma no se producirá, conforme al apartado sexto de la última Resolución citada, hasta el día 15 de noviembre de 2009, lo que determina que el TC se vea obligado a declarar que esta Resolución carece igualmente de eficacia en aquellos aspectos que incidan en las reconocidas competencias autonómicas de gestión en relación con los préstamos a los que en la misma se hace referencia. En atención a estos FFJJ, el TC falla estimar parcialmente el presente conflicto positivo de competencia promovido por la Junta de Galicia y, en consecuencia, declarar, con los efectos previstos en el FJ 8 de la presente Sentencia, que son inconstitucionales y nulos, por vulnerar las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia los siguientes preceptos del Real Decreto 1916/2008, por el que se regula la iniciativa de modernización de destinos turísticos maduros: primer párrafo del apartado 1 del art. 14; art. 15; apartados 1 y 4 del art. 16; art.18; letra a) del

apartado cuatro del art. 19; art. 20; apartados 1 y 2 del art. 21; art. 22; el inciso “y de las Comunidades Autónomas” del apartado 3 del art. 24; apartados 3, 4 y 5 del art. 25; segundo párrafo del apartado 2 y apartado 3 del art. 32; apartados 2 y 3 del art. 33; art. 34 y art. 35. Desestima el conflicto en todo lo demás.

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

INSCRIPCIÓN EN EL CATÁLOGO DE AGUAS PRIVADAS

El TS sintetiza las características del derecho a la prueba, indebidamente aplicado por el Tribunal de instancia.

A tal efecto, hemos de señalar los siguientes argumentos:

Procede, en primer término, declarar la prosperabilidad del primer motivo de casación articulado –fundamentado en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio– por cuanto la interpretación que la Sala de instancia realiza en torno a la exigencia de “*expresión ordenada*”, en los escritos de demanda y contestación, de “*los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba*”, tal como hemos expresado al analizar supuestos similares al de autos, ha implicado una vulneración del derecho a la prueba, al apreciarse que la Sala de instancia ha realizado una aplicación inapropiada del artículo 60.1

(*) Subsección preparada por JOSÉ I. LÓPEZ GONZÁLEZ.

de la LRJCA, “que resulta lesiva, por su rigor formalista, del derecho de defensa jurídica y del derecho al proceso debido que garantiza el artículo 24 de la Constitución” (por todas STS de 24 de abril de 2007), por cuanto la propia jurisprudencia viene exigiendo, al Juez de lo Contencioso-administrativo “que realice una aplicación razonable, funcional y congruente de estas normas procesales que disciplinan la admisión de las pruebas, que modula el arbitrio judicial, que base el juicio de legitimidad sobre el recibimiento del proceso a prueba y sobre la admisión de las pruebas propuestas en propiciar la aportación de todos los hechos relevantes para la decisión del proceso, en aras de impartir Justicia, evitando la indefensión de quienes demandan tutela jurisdiccional, y le autoriza a complementar, en su caso, las facultades de proposición de prueba de las partes, disponiendo la práctica de cuantas pruebas “estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto””.

De una reiterada jurisprudencia constitucional (SSTC 165/2001, de 16 de julio 168/2002, de 30 de septiembre, 131/2003, de 30 de junio, 74/2004, de 22 de abril 165/2004, de 4 de octubre, 3/2005, de 17 de enero, 244/2005, de 10 de octubre ó 359/2006, de 18 de diciembre), debemos destacar ahora dos aspectos:

1º Que, puesto que el derecho a la utilización de los medios de prueba dentro de los procedimientos jurisdiccionales, “se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento totalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre); 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo; 26/2000, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio, 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995: 164/1996, de 28 de octubre, 189/1996, de 25 de noviembre, 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997 (RTC 1997, 190): 96/2000, F. 2).

2º. Que, por otra parte, “es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea “decisiva en términos de defensa” (SSTC 1/1996, de 15 de enero, F. 2; 219/1998, de 17 de diciembre, F. 3; 101/1999, de 31 de mayo, F. 5; 26/2000; 45/2000 F. 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae a los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero, 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre 45/2000, F. 2)”.
 c) Y, este doble planteamiento, hemos de proyectarlo sobre el supuesto de autos, pudiendo comprobarse la concurrencia de ambos aspectos: esto es,

podemos, de una parte, considerar que en el planteamiento y solicitud del procedimiento a prueba la recurrente cumplió con las exigencias formales previstas en el artículo 60.1 de la LRJCA, y, de otra parte, que la misma sufrió una evidente indefensión.».

(STS de 11 de noviembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 4º. Magistrado Ponente Sr. Fernández Valverde. Ar. 7993).

VI. CONTRATOS

DOCTRINA DEL RIESGO IMPREVISIBLE

El TS delimita los conceptos de riesgo y ventura frente a la doctrina del riesgo imprevisible.

«FJ 4º.— Los cuatro motivos residen en su argumentación en que procede una revisión de precios por quebranto del equilibrio financiero al no prever las oscilaciones del mercado respecto a los productos bituminosos que fue considerado en la jurisprudencia que invoca.

Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación.

Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 CCivil) y de buena fe (art. 7.1 CCivil) por la aparición de un riesgo anormal que cerceña el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública.

Habrà de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes.

Tal cual se ha dicho en la reciente sentencia de 18 de abril de 2008 (RJ 2008. 2614), recurso de casación 5033/2006, respecto a una situación análoga, es claro que, tal cual refleja la Sala de instancia, los precios del petróleo se liberalizaron tras la Orden Ministerial de Hacienda de 1 de octubre de 1986. En consecuencia, en la fecha de adjudicación del contrato 1993 ya estaban liberalizados los precios constituyendo por ello un riesgo si incrementaban el precio o una ventura en el caso de que aquel disminuyese.

Es cierto que el art. 14 LCAP estatuye que los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado. Por ello se fijan mecanismos legales para garantizar la equivalencia de prestaciones

y el equilibrio financiero. Uno de tales mecanismos es la revisión de precios cuya fórmula o sistema de revisión deberá venir detallado en el pliego de cláusulas administrativas conforme al art. 104 LCAP. art. 103 TRLCAP, art. 77 de La ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Y taxativamente declara el Tribunal de instancia que el Pliego de condiciones establecía la invariabilidad de las fórmulas de revisión de precios aplicadas al contrato durante su vigencia.

FJ 5º.- Lo expuesto en los fundamentos precedentes evidencia que no obstante el notorio incremento del precio del petróleo acontecido en los últimos tiempos no nos desenvolvemos en circunstancias semejantes a las enjuiciadas en las sentencias anteriormente citadas.

Los contratos subyacentes en las mismas carecían de fórmula de revisión de precios o la misma no se adecuaba a las fórmulas instauradas tras los Decretos más arriba mencionados recogiendo ya un nuevo cuadro para los pavimentos bituminosos elaborado a la vista de lo entonces acontecido.

El contrato aquí controvertido si prevé la revisión de precios y justamente con arreglo a una de las fórmulas implantadas tras las antedichas elevaciones de precios por lo que la Sala de instancia no conculcó la jurisprudencia esgrimida. Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo.

En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2.5% del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas.

Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2.57% en presupuesto inicial, o 3.14% en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible.»

(STS de 16 de junio de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 5º. Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo. Ar. 5783).

VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

FEDERACIÓN DEPORTIVA AUTONÓMICA

El TS suspende la modificación de los estatutos de la Federación Vasca de Automovilismo, que le atribuían la representación de este deporte federado vasco en el ámbito estatal e internacional, siendo así que no hay reconocida una federación de ámbito nacional en la que se inscriban dichos deportes vascos.

«Antes de resolver la cuestión hemos de fijar los presupuestos sobre los que la misma ha de basarse, partiendo para ello del derecho positivo a aplicar y de la aplicación jurisprudencial efectuada de los principios que de la norma se desprenden, tal cual se hizo en la sentencia de 21 de mayo de 2009.

Dice el art. 130 de la Ley de la Jurisdicción que “1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. 2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

Entran en juego en este precepto las dos obligaciones que la Ley impone al Tribunal a la hora de discernir si procede acordar la medida cautelar o, por el contrario, denegarla. De acuerdo con el núm. 1 del precepto “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

Esa expresión revela el principio del “periculum in mora” o peligro derivado de la duración del proceso, y constituye uno de los presupuestos jurídicos que han de concurrir para que el tribunal adopte la medida cautelar pretendida. En este caso la suspensión pretendida y no acordada en su totalidad estaría dirigida a impedir que si finalmente se estimara el recurso la Sentencia pudiera llevarse a la práctica de modo útil.

Pero además de ese principio el precepto citado contiene otro también de obligado cumplimiento para el Tribunal a la hora de adoptar o denegar la medida cautelar pretendida, y que se caracteriza por la “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto”.

El juego conjunto de uno y otro principio que el tribunal debe conjugar en su decisión se decanta siempre en favor de evitar la perturbación grave de los intereses generales o de tercero. Entra también en juego la naturaleza casuística propia de la justicia cautelar que obliga a la ponderación circunstanciada del supuesto concreto, sin olvidar que se resuelve con carácter in-

diciario y provisional como corresponde a esta fase cautelar del proceso. Nos pronunciamos pues de forma igual a la sentencia de 21 de mayo de 2009, recurso de casación 1081/08, relativo a la Federación de Deportes Vascos cuyo criterio seguimos en lo esencial, en aras a los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica.

Por ello no es posible aceptar los razonamientos para obtener las conclusiones que la Sala de instancia alcanzó, y que le decidieron a denegar la suspensión acordada, en un primer momento, y acceder a una suspensión parcial al resolver el recurso de súplica.

Esta Sala conoce los precedentes a que se refiere la sentencia de 21 de mayo de 2009. La diferencia entre aquel y este supuesto se funda en que no es posible que exista una duplicidad de representaciones al no estar reconocida una federación de ámbito nacional en la que se inscriban esos juegos y deportes vascos que tampoco han sido reconocidos a través de su federación por el Consejo Superior de Deportes. Motivo que este Tribunal no reputó suficiente para conjurar el daño que para el interés general de la imagen internacional de España puede suponer la presencia de una federación deportiva en el exterior que en España posee únicamente un ámbito territorial propio, el de su Comunidad Autónoma, representando un deponer en el ámbito internacional y produciendo una indudable confusión al poder presentarse como representante internacional de sus deportes superando su ámbito territorial y arrogándose una representación que en principio puede no poseer.»

(STS de 1 de julio de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª FD. 4º y 5º Magistrada Ponente Sra. Pico Lorenzo. Ar. 5889).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

DERECHO A LA PRUEBA

El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba exige dos circunstancias: a) denegación inmotivada o interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y b) que la actividad probatoria sea decisiva para la resolución del conflicto.

«Resulta oportuno recordar que constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 37/2000, de 14 de febrero, 19/2001, de 29 de enero y 133/2003, de 30 de junio) que «el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra

por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso».

Derecho no absoluto que, por tanto, no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales (SSTC 1/1996, de 15 de enero, 246/2000, de 16 de octubre). Por otro lado, no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduciría a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa sino solo cuando comporta una efectiva indefensión (SSTC 246/2000, de 16 de octubre y 35/2001, de 12 de febrero).

Con base en los anteriores criterios el máximo interprete constitucional (por todas la STC 99/2004, de 27 de mayo SIC), con una amplia cita de otras anteriores insiste en que el alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa resulta condicionado por su carácter de garantía constitucional de índole procedimental, lo que exige que para apreciar su vulneración quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, que se traduce en la necesidad de argumentar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos en la resolución del pleito, al ser susceptible de alterar el fallo a favor del recurrente.

Se observa, por tanto, que la conculcación del derecho fundamental exige dos circunstancias. Por un lado la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero y 133/2003, de 30 de junio) o que la inejecución sea imputable al órgano judicial. Y, por otro, que la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, 219/1998, de 27 de enero y 133/2003, de 30 de junio). Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada comporta, además, que se muestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas y no practicadas así como argumentar la incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones que hubiera tenido la admisión y práctica de la prueba (SSTC 133/2003, de 30 de junio, y 42/2007, de 26 de febrero SIC).

También se ha afirmado que no cabe denegar la práctica de prueba de los hechos en que se basaba la pretensión para luego reprochar que no se ha practicado aquella (Sentencia de 22 de mayo de 2003) o que el recurso de casación ha de ser estimado porque la sentencia se apoya en esta falta de prueba, previamente denegada por la Sala, para obtener sus conclusiones lo

que evidencia, sin ningún género de dudas la efectiva indefensión (Sentencia de 4 de febrero de 2004).

Se constata, pues, que debe darse a las partes la oportunidad para acreditar las alegaciones en que funden sus pretensiones (Sentencias de 13 y 26 de mayo de 2003 y de 30 de octubre de 2003). Se trata de no producir indefensión a la parte que no ha tenido ocasión de demostrar los hechos en que sustentaba su pretensión, incluso cuando se pretende demostrar una actuación que ofrece dificultades probatorias al concernir a la motivación interna del acto como es la desviación de poder (sentencia de I de diciembre de 2003). Todo ello no es óbice para que quepa denegar las inútiles, impertinentes, innecesarias o inidóneas, es decir que no guarden conexión con el objeto del proceso (Sentencia de 27 de enero de 2004).

En definitiva, el derecho a la practica de la prueba, integrado en el más amplio derecho de defensa, no se configura en nuestro ordenamiento como un derecho absoluto a la practica de cualquier medio de prueba, y sí, como un derecho a obtener y practicar las pruebas que en cada caso procedan, y al respecto conviene recordar que el artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción, dispone, que el proceso se recibirá a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y estos fueran de trascendencia a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito, de lo que obviamente se infiere que es el órgano jurisdiccional, el que tiene potestad para admitir o denegar cualquier medio de prueba, cuando los hechos que con el mismo se traten de acreditar no tengan trascendencia para la resolución del pleito. En este sentido, dispone el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso contencioso-administrativo de conformidad con lo dispuesto por la disposición final primera de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no se admitirá ninguna prueba impertinente, es decir, que no guarde relación con lo que sea objeto del proceso, o inútil, es decir, que no pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, según reglas y criterios razonables y seguros.

Por otro lado, el adecuado ejercicio del derecho a la prueba en vía casacional exige al recurrente que, frente a la denegación, no se aquiete en la instancia, sino que recurra , oportunamente utilizando para ello los medios de impugnación establecidos (Sentencia de 20 de octubre de 2003 (RJ 2003,8885) con cita de otras anteriores 22 de abril y 24 de junio de 2002, 17 de marzo de 2003). Es decir cumpla con lo preceptuado actualmente en el art. 88.2. de la Ley Jurisdiccional. Requisitos que sí fueron cumplidos en el caso formulando el oportuno recurso de súplica.»

(STS de 30 de junio de 2009. Sala 3ª, Secc. 4ª. F.D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Martí García. Ar. 202/2010).

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

INEXISTENCIA SOBREVENIDA DE LA CAUSA EXPROPIANDI

La declaración judicial de nulidad del planeamiento, conlleva la desaparición de la declaración de utilidad pública o interés social (causa expropriandi) y con ello se desvanece la potestad de la Administración para realizar actos válidos con eficacia expropriatoria.

«El tema de la incidencia de la anulación del planeamiento sobre el que se sustenta la expropiación llevada a cabo ha sido ya objeto de consideración por diversos pronunciamientos de este Tribunal, en el último de los cuales, contenido en la sentencia de 10 de febrero de 2009, se examina la práctica totalidad de las infracciones que se denuncian por el recurrente al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, pronunciamientos que, en aras del principio de unidad de doctrina y, en definitiva, por respeto al principio de igualdad, hemos de seguir en el presente caso, en cuanto que de la citada sentencia, que recoge otros distintos relacionados con la cuestión enjuiciada ahora, son plenamente aplicables al presente caso.

Como afirmamos en aquella sentencia, los autos impugnados no responden al desistimiento de las partes ni suponen tampoco un reconocimiento extraprosesal de las pretensiones ejercitadas por las mismas en relación con el acto de fijación de justiprecio por el Jurado: por el contrario, el fundamento de tales resoluciones es la declaración judicial de nulidad del Planeamiento que justificaba la expropiación, en cuanto supone la desaparición de la causa expropriandi y la subsiguiente nulidad del procedimiento expropriatorio, incluido el acto de determinación del justiprecio, como ha declarado en numerosas ocasiones esta Sala, por lo que carece de objeto el examen de la legalidad de dicho acto, con independencia de que difieran las pretensiones ejercitadas respecto del mismo por las distintas partes recurrentes, y, por ello, no es de aplicación lo previsto en los apartados 5 y 7 del artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción.

La declaración de utilidad pública o interés social, afirmamos también en aquella sentencia, forma parte de la esencia misma del instituto expropriatorio, de tal modo que su falta determina la inexistencia de “causa expropriandi” y la consecuente carencia de potestad en la Administración para realizar actos válidos con eficacia expropriatoria. Fallando la declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado, los actos que con una pretendida finalidad expropriatoria verifique

la Administración no tienen validez jurídica alguna, por lo que deben calificarse como nulos de pleno derecho. Como consecuencia de ello, no cabe la subsanación que es aplicable a los supuestos de anulabilidad.»

(STS de 21 de octubre de 2009. Sala 3ª, Secc 6ª. F.D. 3º. Magistrado Ponente Sr. Puente Prieto. Ar. 7559).

XIV. HACIENDA PÚBLICA

VÍA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA

Las garantías del artículo 24 CE deben aplicarse en cualquier ámbito de la esfera jurídico-pública, cuya intervención sirva los intereses generales de los que en ningún caso puede desentenderse la Administración.

Esta Sala, a partir del Auto de 20 de diciembre de 1990 ha venido dictando una jurisprudencia unánime a favor de la tutela cautelar, reconociendo que la suspensión de un acto administrativo forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, incorporando la apariencia de buen derecho como un criterio adicional a tener en cuenta a la hora de resolver.

Nada impide aplicar esta doctrina también a la vía económico-administrativa, pues el contenido del artículo 24 de la Constitución no puede limitarse únicamente a la sede jurisdiccional, sino que debe aplicarse en cualquier ámbito de la esfera jurídico-pública, cuya actuación sirva los intereses generales, de la que en ningún caso puede desentenderse la Administración, en virtud del artículo 53.1 de nuestra Constitución, lo que explica que el Tribunal Constitucional en sentencias 110/1984, de 26 de noviembre y 76/1990, de 26 de abril defendiera la extensión de la protección que dispensa el derecho a la tutela judicial a la vía económico-administrativa.

Llevando estas consideraciones al caso que nos ocupa nos encontramos con una reiterada doctrina jurisprudencial que impide acordar el apremio antes de la notificación de la resolución sobre la solicitud de suspensión de la liquidación.

Así en la sentencia de 29 de abril de 2009, por citar una de las más modernas se señala lo siguiente:

“La Administración no puede iniciar la vía ejecutiva en tanto la decisión sobre la suspensión penda sobre ella. Lo mismo cabe decir en los supuestos en los que la solicitud se produce en vía judicial. Existiendo una obligación de resolver por parte de la Administración,

su inactividad nunca puede perjudicar a la reclamante que ejercita el derecho a solicitar la suspensión sin obtener una respuesta en Derecho por parte de la Administración. Esta consideración conecta directamente con el derecho constitucional a la tutela cautelar que impide la ejecutividad del acto administrativo en tanto penda la decisión de una petición de suspensión.

En el presente caso, al tiempo de dictar las providencias de apremio no se había producido siquiera la resolución de inadmisión de la suspensión solicitada. En consecuencia, la eficacia frente a la providencia de apremio de la inadmisión no se había podido desplegar, pues la eficacia de la resolución de inadmisión depende de la notificación en legal forma a la interesada. La fecha en que la interesada se dé por notificada es la que ha de tenerse en cuenta para la producción de efectos de la inadmisión de la solicitud de suspensión. En el caso de autos ni siquiera se había dictado la resolución de inadmisión cuando se dictaron las providencias de apremio.

De lo anterior resulta que, hasta la fecha de la resolución sobre su denegación, la suspensión deberá entenderse acordada preventivamente por lo cual cualquier actuación de la Administración tendente a la recaudación de la deuda carece de cobertura legal y debe reputarse nula. Por lo tanto, al haberse dictado la providencia de apremio con fecha 4 de febrero de 1997, en el período de tiempo en que la deuda impugnada se encontraba suspendida preventivamente por estarse a la espera de una resolución expresa del TEAC sobre la concesión o denegación de la suspensión de la liquidación originaria, debe entenderse nula la providencia de apremio.

Solicitada por la entidad recurrente la suspensión de la liquidación tributaria impugnada, ello debió suponer la paralización inmediata de cualquier actuación de cobranza o apremio, a pesar de lo cual la Administración tributaria siguió adelante hasta dictar providencia de apremio, por lo que, concurriendo los requisitos legales para ello, procede acordar la nulidad de la providencia de apremio.»

(STS de 23 de octubre de 2009. Sala 3ª, Secc. 2ª. F.D. 5º y 6º. Magistrado Ponente Sr. Frías Ponce. Ar. 7646).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

PRESENTACIÓN DE ESCRITOS SUJETA A PLAZO

Es aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa, no obstante lo dispuesto en los artículos 46 y 128.1 de la LJ, lo dispuesto por el artículo 135.1 de la LEC para la presentación de los escritos a término.

«Aceptando lo que se dice en la sentencia respecto al cómputo del plazo, el problema no es la interpretación del artículo 46 de la ley jurisdiccional, sino si se aplica, incluso en el caso de interposición de recurso el artículo 135

de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), que permite ingresar los escritos correspondientes hasta las quince horas del día siguiente al cumplimiento de plazo.

En este sentido, la sentencia de esta Sala de fecha treinta y uno de octubre de 2008 sostiene en su fundamento jurídico cuarto que:

“Para el examen del citado motivo, bastará con reproducir lo que este Tribunal Supremo tiene dicho, entre otros, en sus autos de 8 de mayo de 2003 (recurso de queja núm. 231/2000) y de 26 de junio de 2003 (recurso de queja núm. 114/02) y en sus sentencias de la sección 3ª, de 2 de diciembre de 2002» (recurso de casación para la unificación de Doctrina núm. 101/02), sección 6ª, 28 de abril de 2004 (recurso de casación 2816/2002), sección 5ª, de 1 de febrero de 2005 (recurso de casación 6610/2001) y sección 3ª, de 19 de septiembre de 2006 (recurso de casación 5915/2004).

La jurisprudencia invocada resolvió las cuestiones planteadas, y precisamente en sentido contrario a aquél por el que optó la Sala de instancia, pues en aquellas resoluciones se concluye que en el proceso contencioso-administrativo, puede efectuarse la presentación de los escritos de término en la forma prevista en el artículo 135.1 LEC, basándose, extractadamente en los siguientes criterios:

Esta Sala entiende que en el proceso contencioso-administrativo es aplicable lo establecido en el mencionado artículo 135.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que habilita una forma de presentación de escritos de término al no ser posible hacerlo, dado lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo 135, en el Juzgado que preste el servicio de guardia.

Dado el carácter supletorio de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la sustanciación del proceso contencioso-administrativo (Disposición Final Primera de la Ley de esta Jurisdicción 29/1998 y Art. 4 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que supone que esta Ley rige como supletoria en lo no previsto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no regularse por ésta la presentación de escritos de término cuando no es posible efectuar aquélla en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que esté establecido, en virtud del expresado carácter supletorio hay que entender que la referida presentación de escritos de término podrá efectuarse en la forma prevista en el artículo 135.1.

c) Para verificar si en el artículo 128.1 de la Ley 29/98 se establece alguna singularidad en el proceso contencioso-administrativo respecto del civil, dicho artículo se debe poner en relación con el artículo 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por referirse ambos a la improrrogabilidad de los plazos, pero no se puede comparar con lo dispuesto en el artículo 135.1 de dicha Ley procesal civil al regularse en éste algo distinto como es la forma de presentación de un escrito cuando dicha presentación está sujeta a plazo.

d) No puede oponerse a la conclusión que se ha sentado sobre la aplicación del Art. 135.1, diciendo que en el artículo 128.1 de la Ley de esta Jurisdicción se contiene un

sistema de presentación de escritos, específico del orden jurisdiccional contencioso administrativo, al establecer que la presentación del escrito que proceda, una vez transcurrido el plazo en principio establecido, debe hacerse, por imperativo de dicho artículo, “dentro del día en que se notifique el auto”. Este precepto establece cuándo se debe presentar el escrito de que se trate después de transcurrido el plazo originario, pero no regula la forma de presentarlo el día del vencimiento (Juzgado de guardia, sistema del Art. 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, buzón o cualquier otro que pudiera establecerse) cuando no es posible hacer dicha presentación en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que esté establecido. Tampoco se indica en el referido artículo 128 la forma de presentar un escrito de término el día del vencimiento del plazo inicialmente concedido.

e) Debe indicarse asimismo que si en el proceso contencioso administrativo se presenta un escrito en la forma prevista en el Art. 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se trate de un escrito de aquellos cuya presentación ha de hacerse “dentro del día en que se notifique el auto”, la presentación en la forma expresada en el indicado artículo producirá todos los efectos legales pues, en virtud de la ficción legal presente en dicho artículo, habrá que entender que la presentación en cuestión se hizo dentro del día en que se notificó el auto.

f) Por tanto, si bien la forma de presentación prevista en el indicado artículo 135.1 supone que materialmente el escrito de que se trate se presenta el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en virtud, como se ha dicho, de la ficción legal presente en dicho precepto, formalmente el escrito hay que entenderlo presentado el día del vencimiento del plazo, sin que, por ello, pueda entenderse que en el repetido art. 135.1 se regule una prórroga del plazo inicialmente concedido”.

En el fundamento jurídico quinto de esta sentencia se sostiene que:

«Los razonamientos precedentes conducen a la conclusión que resulta aplicable en este proceso contencioso-administrativo el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en relación con el régimen de presentación de escritos establece como criterio general que “cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al vencimiento del plazo, en la Secretaría del Tribunal o de existir, en la oficina o servicio de registro central que haya establecido”, no cuestionándose por el auto recurrido que el escrito de interposición del recurso de súplica contra el auto de fecha 7 de noviembre de 2001, se presentó en el Registro General del Tribunal Superior de Justicia de Madrid antes de las quince horas del día siguiente hábil al del vencimiento del plazo, esto es el 22 de noviembre de 2001”.

Y en el sexto se concluye que:

“Procede, pues, considerar aplicable el art. 135.1 en cuestión en el proceso contencioso-administrativo, sin que, por lo razonado anteriormente, sea necesario, para que la presentación del escrito de término produzca todos sus efectos legales, intentar dicha presentación en el Juzgado de Guardia a fin de obtener la certificación a la que se refiere el artículo 41 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio del Consejo General del Po-

der Judicial, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, *en la redacción dada por el Acuerdo Reglamentario 3/2001, de 21 de marzo.*»

(STS de 3 de noviembre de 2009. Sala 3ª, Secc. 7ª. F.D. 2º. Magistrado Ponente Sr. Díaz Delgado. Ar. 7934).

XVI. MEDIO AMBIENTE

PLANES DE RECUPERACIÓN DE ESPECIES EN PELIGRO DE EXTINCIÓN

Establecen limitaciones y restricciones a la propiedad que deben ser compensadas económicamente.

«Pues bien, el artículo 31.2 de la expresada Ley 4/1989 establece los Planes de Recuperación como medidas precisas para la protección de especies en «peligro de extinción». Esta protección se enmarca en la general «catalogación de especies amenazadas» que rotula el capítulo II, donde se encuentra sistemáticamente el citado artículo 31.2, y que se desglosa en diferente intensidad de la protección, de los planes específicos previstos –planes de recuperación de conservación o de manejo– según la naturaleza de la especie, que difiere si es «en peligro de extinción», «sensible a la alteración de su habitat», «vulnerable», o de «interés especial». En este caso el Plan de Recuperación impugnado en la instancia se dicta porque el Águila Imperial Ibérico está catalogada como un especie «en peligro de extinción» que exige un Plan de dicha naturaleza en el que se definan las medidas necesarias para eliminar tal peligro para la supervivencia de la especie.

Partiendo de la naturaleza del Plan de Recuperación citado, bastaría para la desestimación de este motivo de casación, respecto a la infracción del artículo 10.3 de la Ley 4/1989 y los demás de la Ley de Expropiación Forzosa y del Código Civil, que el citado Decreto no acuerda la declaración de un «espacio natural protegido», a que se refiere el artículo 10.3 citado cuando dispone que «la declaración de un espacio como protegido lleva aparejada la de utilidad pública, a efectos expropiatorios de los bienes y derechos afectados, y la facultad de la Administración competente para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, en las transmisiones onerosas intervivos de terrenos situados en el interior del mismo».

Ahora bien, sentado que no estamos ante un supuesto expropiatorio, veamos las limitaciones o restricciones que el plan establece para los propietarios de los terrenos incluidos en la delimitación de las áreas de protección A tenor de lo dispuesto en los artículos 5, 6 y 7 del Plan de Recuperación ci-

tado, la intensidad de las limitaciones se concretan en una significativa planificación forestal, restricción de facultades de recreo y turísticas, prohibiciones temporales de caza, prohibición de utilización de maquinaria, soterramiento de líneas eléctricas o instalación de parques eólicos, entre otras, que revelan la intensidad de las restricciones derivadas de la inclusión en el área de protección. De manera que estamos ante unas limitaciones o restricciones singulares en el aprovechamiento de la finca y, por tanto, en las facultades propias del titular dominical. Teniendo en cuenta que dichos límites no recaen sobre toda la comunidad sino especialmente sobre los propietarios de los terrenos afectados que deben ser por ello compensados.

Pues bien, la propia Ley 4/1989 en su disposición adicional sexta, apartado 2, señala que «se podrán conceder ayudas a los titulares de terrenos o derechos reales para la realización de programas de conservación cuando dichos terrenos se hallen ubicados en espacios declarados protegidos, o para llevar a cabo los planes de recuperación y manejo de especies, o de conservación y protección de hábitat previstos en el art. 31 de esta Ley». Y precisamente este tipo de ayudas se recogen y regulan en el artículo 9 del citado Decreto, como acciones de fomento y compensación, en las que se dispone que para «compensar las limitaciones derivadas de la aplicación del Plan de recuperación», concretamente se prevén en el objetivo 6 del plan citado como una preferencia en ayudas convocadas por la Junta de Castilla y León destinadas a la conservación del medio y mejora de la gestión.

Es precisamente la previsión de la disposición adicional sexta de la Ley 4/1989 el cauce adecuado para hacer efectivo el principio general de nuestro ordenamiento jurídico, recogido ahora en el artículo 33.3 de la Constitución, en virtud del cual nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada y la protección del medio ambiente y, en este caso concreto, de las especies en peligro de extinción, que constituye la causa justificada que legitima aquella decisión de prohibición. Esta ayuda o compensación por tales razones se adopta sin acudir al procedimiento expropiatorio y sin cumplimentar sus singulares trámites, sino al amparo de la citada disposición adicional sexta de la Ley 4/1989. En este sentido, las privaciones en que se concreta intensidad de la protección, a que antes nos hemos referido, exceden de una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que, por el contrario, suponen una restricción singular de ese aprovechamiento que no tiene del deber de soportar sin una congruente indemnización.»

(STS de 24 de junio de 2009. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 5º y 6º. Magistrada Ponente Sra. Tesso Gamella. Ar. 198/2010).

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

SUELO URBANO

El concepto es reglado y limitativo de la potestad discrecional de planeamiento.

«Desde tiempo atrás la legislación urbanística y la jurisprudencia de este Tribunal han considerado la clase del suelo urbano como un concepto reglado limitativo de la potestad discrecional de planeamiento (STS de 27 de noviembre de 2003), que parte de la concurrencia sobre el terreno de ciertas condiciones físicas tasadas (acceso rodado, energía eléctrica y suministro y evacuación de aguas, o áreas ya edificadas en determinada proporción). Así se reguló en el artículo 78 del Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril aprobatorio del Texto Refundido de la Ley del Suelo, en el artículo 21 del Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, aprobatorio del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RPU), y en el artículo 8 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), este último de carácter básico y aplicable al caso. Se funda por tanto en la «fuerza normativa de lo táctico», de tal manera que el planificador no puede clasificar como urbano el suelo que carezca de esos servicios urbanísticos, debiendo clasificarlo como tal en el caso contrario. Siempre y cuando dichos servicios resulten de características adecuadas para los usos previstos en el planeamiento y la parcela en cuestión se integre dentro de la «malla urbana» de la ciudad (SS. TS de 23 de noviembre de 2004 RC 5823/2000 y 17 de julio de 2007).

En este concreto caso, y en concordancia con el referido criterio jurisprudencial, la sentencia de instancia consideró en sus fundamentos jurídicos tercero, sexto y séptimo, tras analizar el resultado de la prueba pericial practicada, que la franja de terreno que se reclasificó directamente de suelo no urbanizable a suelo urbano (para agregarse en una superficie de 915 m² a la UA-44 y en otra de 24.024 m² a la UA-45) no reúne los requisitos del suelo urbano, porque la premisa fáctica de la que se parte (inserción en la malla urbana) *«se rompe ante la aseveración del perito procesal: este SNU carece dentro de su ámbito de los elementos de urbanización o de edificación exigidos en el artículo 115.a) del DL 1/1990, de 12 de julio y no dispone de infraestructura urbanística»*. Y este es un juicio que en cuanto atinente a las circunstancias fácticas del litigio, no puede ser revisado en casación, salvo en supuestos excepcionales que no se han alegado ni concurren.

Por tanto, y como correctamente apreció la sentencia recurrida, la parte del ámbito en cuestión que se reclasificó de suelo no urbanizable a urbano no

ha sido sometida a un proceso ordenado urbanizador de transformación que permitiera integrarla en la malla urbana de la ciudad, careciendo al mismo tiempo de la «infraestructura urbanística» básica necesaria para alcanzar la condición de suelo urbano, (sea consolidado, sea no consolidado, porque este último, aún necesitado de obras de urbanización mediante una ejecución sistemática, ha de ser ya suelo urbano).

Por lo que este motivo debe ser desestimado, al haber acertado la Sala anulando por esta causa la disposición impugnada.»

(STS de 14 de enero de 2010. Sala 3ª, Secc. 5ª. F.D. 6º. Magistrado Ponente Sr. Yagüe Gil. Ar. 22/2010).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (*)

VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Colegios profesionales. Colegio oficial de dentistas. Decreto 427/08, de 29 de julio de 2008, dictado por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se crea y regula el registro de profesionales sanitarios de Andalucía. Plena legalidad de la obligación de Registro, del régimen sancionador en él previsto y de todo el referido Decreto.

El objeto del presente recurso contencioso administrativo es el Decreto 427/08, de 29 de julio de 2008, dictado por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por el que se crea y regula el registro de profesionales sanitarios de Andalucía.

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.- El dictado del referido Decreto vulnera la reserva de ley establecida en el art. 36 CE respecto de la regulación del régimen jurídico de los colegios profesionales, e invade las competencias y funciones propias de los Colegios profesionales en materia de registro de profesionales sanitarios, como deriva del art. 5 de la Ley 44/03, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

2.- El art. 10.1 del Decreto es nulo porque vulnera el principio de jerarquía normativa, ya que al referirse a que los colegios profesionales llevarán el registro respecto de sus “colegiados”, impone algo que la ley no dice.

3.- Es nulo el art. 11 a) porque impone a los colegios profesionales recoger y actualizar datos; los arts. 11 c), 12, y 7 a) que imponen a los colegios la cesión de los datos del propio Registro a la administración sanitaria; el art. 14 que impone el régimen sancionador correspondiente para el caso de incumplimiento de la anterior obligación de cesión de datos inscribibles; y los art. 1.1, 4.1 y 5 d) respecto del ámbito de aplicación del Decreto.

(*) Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN.

La parte actora suplica la estimación de la demanda y la declaración expresa de que el Decreto es nulo en su totalidad, y subsidiariamente, la nulidad de la expresión “colegiados” del art. 10.1, la expresión “incorporados al Colegio profesional correspondiente” del art. 11 a), el art. 11c), 12,7 a), 14, 1.1,4.1 y 5 d).

La Administración demandada instó la desestimación del recurso presentado, fundamentado, en primer lugar, en la concurrencia de dos causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo, relativas a la falta de acuerdo para recurrir el presente Decreto y la falta de legitimación activa; y en segundo lugar, en que la resolución recurrida es ajustada a derecho. Por razones de lógica procesal han de analizarse, en primer lugar, las alegadas causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo.

Respecto de la falta de acuerdo para recurrir, ha de ser rechazada, dado que, atendidos los documentos obrantes en las actuaciones, se constata la existencia de certificado de la Secretaria del consejo andaluz de Colegios oficiales de dentistas, que determina la celebración de un Pleno del mismo el día 3-10-08, en el que se acordó, entre otras materias, ratificar el acuerdo de la Comisión Permanente de 26-9-08 relativo a la impugnación en vía judicial del Decreto 427/08. Si bien el acuerdo de ratificación es de fecha 3-10-08, cuando el recurso contencioso administrativo se interpuso el día anterior, es de aplicación lo establecido para la convalidación de los actos administrativos en el art. 67 de la Ley 30/92.

Respecto de la falta de legitimación activa del Consejo andaluz de Colegios oficiales de dentistas para recurrir el referido Decreto, ha de destacarse con carácter previo que el T.S., como es exponente su sentencia de 19-5-2000, ha tenido ocasión de establecer reiterada doctrina sobre la interpretación que había de darse al art. 28.a) LJ, en relación con los arts. 7.3 y 11.3 LOPJ, que ha de estar orientada en todo caso por los postulados que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos, en lo que se refiere a su contenido normal consistente en la obtención de un pronunciamiento judicial, fundado en derecho, sobre el fondo del proceso, lo que ha supuesto un entendimiento expansivo del concepto de legitimación que puede resumirse en los siguientes términos:

a) El más restringido concepto de “interés directo” del art. 28. a) LJ de 1956 debe ser sustituido por el más amplio de “interés legítimo”; aunque sigue siendo una exigencia indeclinable la existencia de un “interés” como base de la legitimación. Como decía la sentencia del TS de 15 de diciembre de 1.993, aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ampliación del interés tutelable, en cuanto presupuesto de la legitimación, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión “interés legítimo”, utilizada en el art. 24.1 de la Norma Fundamental, aún cuando sea un

concepto diferente y más amplio que el de “interés directo”, ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 257/1.989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1.990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acacimiento. (SSTS de 4 de febrero de 1.991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1.995 y 12 de febrero de 1.996, 9 de junio de 1997 y 8 de Febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/1994 y ATC 327/1997). La vigente Ley Jurisdiccional -art. 19.1.a)-, siguiendo las mencionadas pautas jurisprudenciales y ya sin distinguir entre impugnación de actos -actuación-y disposiciones, reconoce legitimación a “las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo” y, al propio tiempo, a “las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos o entidades a que se refiere el art. 18 -grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas- que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos”.

b) Pese a esta amplitud, el concepto de interés legítimo no puede ser asimilado al de interés en la legalidad, que haría equiparable la legitimación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a la legitimación popular, que solo en los casos “expresamente” contemplados en la Ley es admisible, conforme actualmente determina el art. 19.1.h) de la vigente Ley Jurisdiccional. Al respecto, esta Sala, en auto de 21 de Noviembre de 1997, declaró la imposibilidad de reconocer ese interés legitimador cuando resultaba únicamente de una autoatribución estatutaria, por cuanto aceptar tal posibilidad equivaldría a admitir como legitimada a cualquier asociación que se constituyera con el objeto de impugnar disposiciones de carácter general o determinadas clases de actos administrativo. Es necesario traer aquí a colación el requisito de que la ventaja o perjuicio en que se materialice el interés legitimador sea “concreto”, es decir, que cualquiera que sea su naturaleza -material o moral-, afecte o haya de afectar de forma necesaria a la es-

fera jurídica del sujeto de quien se predique su condición de legitimado. Con palabras del Tribunal Constitucional -Auto núm. 327/1997, de 1 de Octubre, F.J. 1 - es preciso que la anulación pretendida “produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro pero cierto” en el recurrente. Aunque el art. 6 de la Ley andaluza 6/95, de 29 de diciembre, por la que se regulan los Consejos Andaluces de colegios profesionales, no prevea con carácter expreso, como determina el Letrado de la Junta de Andalucía en su escrito de contestación a la demanda, que dichos Consejos tengan atribuida la función, entre otras, de impugnar normas generales, como la aquí cuestionada, esto no supone la imposibilidad de ejercitar esta posibilidad en representación de todos los colegios oficiales que aglutina y para todo el ámbito territorial de Andalucía. Además, la interposición del correspondiente recurso contencioso administrativo no se ciñe a la defensa de la legalidad, sino que se circunscribe en la defensa de lo que entiende son los derechos de sus colegiados, respecto de los cuales también se impone la inscripción en el registro de profesionales sanitarios de Andalucía, que se regula en el Decreto objeto de impugnación.

Por ello, esta causa de inadmisibilidad también ha de ser rechazada.

Con carácter previo al análisis de cada uno de los preceptos impugnados, y en relación a la pretensión principal ejercitada por la parte recurrente relativa a la nulidad absoluta de todo el texto del Decreto recurrido, ha de destacarse la STS de 3-5-2006 que establece que: “los colegios profesionales son corporaciones sectoriales de base privada, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad en gran parte privada, aunque tengan atribuidas por ley, o delegadas, algunas funciones públicas. Así se desprende de las STC 123/1987 y STS 19/12/1989. Estos Colegios han sido creados pues primordialmente para la defensa de los intereses privados de sus miembros, pero también atienden a finalidades de interés público, como expresan las STC 20/88 y STS de 29/11/1990; constituyendo así “una realidad jurídica de base asociativa y régimen particular distinta del de las asociaciones de naturaleza privada” (STS 5/1996 EDJ1996/11). Este carácter de Corporaciones Públicas “no logra oscurecer la naturaleza privada de sus fines y cometidos principales” (STC 20/88), quedando limitada su equiparación a las Administraciones públicas de carácter territorial “a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se concreta y singulariza la dimensión pública de los Colegios” (STC 87/1999).

Así pues, su configuración como Administración “secundum quid” obliga a examinar caso por caso, si la actuación colegial se realiza en uso de facultades atribuidas por la ley o delegadas por la Administración, en cuyo caso la revisión jurisdiccional de dicha actuación corresponderá al orden jurisdic-

cional contencioso-administrativo, mientras que en los restantes supuestos, el enjuiciamiento corresponderá al orden jurisdiccional civil.

Por su propia naturaleza son ámbitos competenciales o fines privados de los Colegios profesionales los relativos a la protección mutual, y la asistencia social de sus miembros y su familia, y entendemos que además lo son el presupuesto y la aprobación de cuentas necesarios para el funcionamiento colegial. Dicha cuentas se integran por la liquidación anual de gastos y de cada partida, no siendo pues claramente fiscalizable por este orden jurisdiccional cuya competencia se limita al control de la formación de voluntad del órgano colegial que aprueba las cuentas, es decir la Junta o Asamblea General Ordinaria del Consejo correspondiente.

Por el contrario, constituye actividad colegial administrativa sujeta al posterior control jurisdiccional contencioso-administrativo: a), la colegiación obligatoria (STC 194/1998 EDJ1998/21840); b), todo su régimen electoral c), el régimen disciplinario; d), el visado colegial de los trabajos profesionales de los colegiados, cuando así lo exijan los respectivos Estatutos; y d) el régimen de recursos contra los actos administrativos dictados por los distintos órganos colegiales, en el ámbito de sus competencias respecto de sus colegiados.

Se considera por la parte recurrente que el decreto recurrido vulnera la reserva de ley establecida en el art. 36 CE, que establece que la “ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”.

Al respecto la STS de 17-3-97 ya estableció que: “la decisión constitucional de reservar a la ley en sentido estricto, a la ley formal emanada del poder legislativo, la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas (artículo 36 CE), comporta, a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional números 83/1984, 42/1986, 93/1992 y 111/1993, que deba ser ese producto normativo, sin que sean admisibles otras remisiones o habilitaciones a la potestad reglamentaria que las ceñidas a introducir un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, el que regule:

La existencia misma de una profesión titulada, es decir, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos.

Los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio.

Su contenido, o conjunto formal de las actividades que la integran; y todo ello porque el principio general de libertad que consagra la Constitución en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a re-

quisitos o condiciones determinadas, y porque el significado último del principio de reserva de ley, garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”.

Y precisamente, con la visión que proporcionan las anteriores consideraciones, la conclusión que se alcanza al estudiar los motivos de ilegalidad esgrimidos contra el Decreto impugnado es, obligadamente, la de su rechazo y, en definitiva, la de la procedencia de un pronunciamiento desestimatorio de esta pretensión global de nulidad de la totalidad de la disposición reglamentaria, ya que, la regulación realizada por la misma es la referente a un registro de todas las profesiones sanitarias en Andalucía, imponiendo obligaciones a los colegios profesionales en relación a la llevanza y actualización de los registros de su competencia, que son los que se refieren a sus colegiados, así como la cesión de los datos en ellos inscribibles a la Administración sanitaria autonómica; sin que ello, incida en el ámbito normativo propio y estricto de la “regulación del ejercicio de las profesiones tituladas”.

Atendiendo a los preceptos concretos objeto de impugnación, ha de destacarse la tacha del ámbito de aplicación y el objeto del Decreto impugnado, que se establece en los recurridos arts. 1.1, 4.1 y 5 d) del mismo, en los que se determina que el objeto es la creación y regulación del Registro de profesiones sanitarias de Andalucía y el establecimiento de los requisitos mínimos de los registros de profesionales de los colegios de profesionales sanitarios y consejos andaluces de colegios profesionales sanitarios, centros sanitarios y entidades de seguro que operen en el ramo de la enfermedad, señalando que es función, entre otras, del órgano competente para la gestión del Registro la de integrar al sistema de información sanitaria de Sistema Nacional de Salud los datos relativos a los profesionales sanitarios que se establecen el anexo al presente Decreto.

Y precisamente estas previsiones tienen su justificación en la dicción del art. 5.2 de la Ley 44/03 de ordenación de las profesiones sanitarias, que establece que para garantizar de forma efectiva y facilitar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado primero de este art. 5 (relativo a los principios generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos), “los colegios profesionales, consejos autonómicos y consejos generales, en sus respectivos ámbitos territoriales, establecerán los registros públicos de profesionales que, de acuerdo con los requerimientos de esta ley, serán accesibles a la población y estarán a disposición de las Administraciones Sanitarias”. Y además establece que “los criterios generales

y requisitos mínimos de estos registros serán establecidos por las Administraciones sanitarias dentro de los principios generales que determine el Consejo interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que podrá acordar la integración de los mismos al del Sistema de Información Sanitaria del Sistema Nacional de Salud”, y concretamente, dicho acuerdo sobre los registros profesionales sanitarios se aprobó por el Pleno del referido Consejo interterritorial del Sistema nacional de salud, que se publicó por resolución e 27-3-07 de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económico-Presupuestarios del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Por ello, el objeto y ámbito de aplicación y funcionamiento de los registros de profesionales sanitarios, que establecen los referidos preceptos del Decreto 427/08 se ajustan al marco establecido por la Ley 44/03.

Este mismo razonamiento ha de aplicarse a la impugnación de la expresión “colegiados” del art. 10.1, y de la expresión “incorporados al Colegio profesional correspondiente” del art. 11 a), porque la llevanza del registro de los profesionales por parte de los colegios oficiales debe ceñir a los que son sus propios colegiados, por derivación de lo que constituye su propia naturaleza jurídica, como se señalaba en fundamentos anteriores, sin que el Decreto pueda imponer una obligación de llevanza y actualización de tales registros que exceda de este ámbito personal de aplicación.

En relación a los arts. 7 a), 11 c) y 12 del Decreto, ha de considerarse, que al imponer, en el procedimiento de recogida de datos, la facilitación de datos de manera obligatoria por parte de los colegios profesionales y consejos andaluces de colegios de profesionales sanitarios, entre otros, [(art. 7 a)]; la función de los órganos competentes para la gestión de otros registros públicos de facilitar al Registro que crea el Decreto los datos en relación con los profesionales sanitarios que estén incorporados al colegio correspondiente [art. 11 c)]; y la transferencia de datos de dichos registros al Registro que crea el Decreto, para lo cual se establecerán los adecuados mecanismos de conexión entre las bases de datos de dichos registros; no se vulnera disposición legal alguna, sino que se respeta el tenor en que se expresa el ya citado art. 5.2 de la Ley 44/03.

La consecuencia lógica del establecimiento de esta obligación a los colegios oficiales y consejos andaluces de tales colegios de facilitar datos a la Administración sanitaria para la configuración y actualización de su Registro de profesionales sanitarios, es el régimen sancionador delimitado en el art. 12, también impugnado, del Decreto.

Y esta clasificación de infracciones tiene su marco dentro del art. 35 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece que:

“Se tipifican como infracciones sanitarias las siguientes: A) Infracciones leves.

1^a) Las simples irregularidades en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia directa para la salud pública.

2^a) Las cometidas por simple negligencia, siempre que la alteración o riesgo sanitarios producidos fueren de escasa entidad.

3^a) Las que, en razón de los criterios contemplados en este artículo, merezcan la calificación de leves o no proceda su calificación como faltas graves o muy graves.

B) Infracciones graves.

1^a) Las que reciban expresamente dicha calificación en la normativa especial aplicable en cada caso.

2^a) Las que se produzcan por falta de controles y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate.

3^a) Las que sean concurrentes con otras infracciones sanitarias leves, o hayan servido para facilitarlas o encubrirlas.

4^a) El incumplimiento de los requerimientos específicos que formulen las autoridades sanitarias, siempre que se produzcan por primera vez.

5^a) La resistencia a suministrar datos, facilitar información o prestar colaboración a las autoridades sanitarias o a sus agentes.

6^a) Las que, en razón de los elementos contemplados en este artículo, merezcan la calificación de graves o no proceda su calificación como faltas leves o muy graves.

7^a) La reincidencia en la comisión de infracciones leves, en los últimos tres meses.

C) Infracciones muy graves.

1^a) Las que reciban expresamente dicha calificación en la normativa especial aplicable en cada caso.

2^a) Las que se realicen de forma consciente y deliberada, siempre que se produzca un daño grave.

3^a) Las que sean concurrentes con otras infracciones sanitarias graves, o hayan servido para facilitar o encubrir su comisión.

4^a) El incumplimiento reiterado de los requerimientos específicos que formulen las autoridades sanitarias.

5^a) La negativa absoluta a facilitar información o prestar colaboración a los servicios de control e inspección.

6^a) La resistencia, coacción, amenaza, represalia, desacato o cualquier otra forma de presión ejercida sobre las autoridades sanitarias o sus agentes.

7^a) Las que, en razón de los elementos contemplados en este artículo y de su grado de concurrencia, merezcan la calificación de muy graves o no proceda su calificación como faltas leves o graves.

8^a) La reincidencia en la comisión de faltas graves en los últimos cinco años”.

Precisamente con esta regulación legal se da base a que el decreto establezca la concreción de las conductas típicas, en cuanto que se efectúa en el marco de la Ley General de Sanidad, y se concretan las mismas en correlación con la materia concreta y especial objeto de regulación en el Decreto, especificando en lo referente al Registro de profesionales sanitarios creados qué incumplimiento de qué tipo de requerimientos son susceptibles de constituir infracciones penales, así como qué negativa a facilitar información o colaboración a los servicios de la Administración sanitaria es constitutiva de infracción.

Por todo ello, no procede más que un pronunciamiento desestimatorio del recurso contencioso administrativo.

(St. de 23 de septiembre de 2010. Sala de Granada Se transcribe completa. Ponente Martín Morales)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Medidas de restablecimiento de la legalidad. Prescripción y caducidad. Imposibilidad de adoptar las medidas de restablecimiento en un procedimiento que la propia Administración declara caducado.

Frente a la consideración contenida en la sentencia de apelada de que caducado el procedimiento sancionador no es posible ordenar en dicho procedimiento la demolición del muro construido como obligación de restitución del terreno a su estado originario, la Junta de Andalucía considera que tal posibilidad es consecuencia de lo establecido en el art. 83 de la Ley 8/2001 de Carreteras de Andalucía en cuanto que dispone que la caducidad del procedimiento no supone la prescripción de la infracción o de la sanción y que la primera no impide que la Administración pueda adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento del orden jurídico infringido y la realidad alterada, con reposición de las cosas a su estado anterior.

Es cierto que la sanción de multa y la obligación de restitución tienen naturaleza diferenciada pues la segunda no tiene carácter sancionador, sino que es una consecuencia del ilícito que obliga a la reparación del daño causado. Ninguna de ellas precisa de la otra, de tal modo que cabe sanción sin reparación y a la inversa e incluso no es necesario que se imponga y declare una y otra en la misma resolución que ponga fin a un único procedimiento administrativo.

Ahora bien, ambas, la sanción y la restitución o reparación, exigen la existencia de un procedimiento administrativo que culminado en todos sus trámites declare la existencia de la infracción y consiguiente sanción y/o de-

clare la obligación de reparación. Lo que resulta inacogible es que en un procedimiento, cuya caducidad es declarada por la propia Administración, se intente encontrar el válido soporte instrumental que culmine con la declaración de la obligación de demolición del muro en cuestión. Si el procedimiento ha caducado, esa caducidad lo es a todos los efectos. No cabe pensar que el procedimiento ha caducado para la sanción pero no para las consecuencias de otra naturaleza derivadas de idéntico ilícito administrativo. Si no es posible sancionar la conducta infractora porque, como en el presente caso, al mismo tiempo ha prescrito la infracción, la alternativa de la Administración sería la de iniciar otro procedimiento para declarar la obligación de reparación del daño, pero nunca declarar esta dentro de un procedimiento que al mismo tiempo ha declarado caducado. El que los bienes jurídicos en uno y otro caso sean distintos no habilita para valerse de un procedimiento cuya inoperancia deriva de su caducidad, pues admitir esta postura sería tanto como validar una decisión administrativa para cuya emisión no se ha seguido procedimiento alguno.

(St. de 12 de julio de 2010. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Derecho a la educación. Negativa a matricular en Colegio concertado. Medida cautelar de admisión. No es medida positiva si el niño fué inicialmente admitido.

La resolución de la Delegación Provincial de Educación recurrida modifica una situación jurídica preexistente, ya que el menor había sido previamente admitido mediante Acuerdo del Titular del Centro.

El art. 129 de la Ley 29/1998 posibilita la solicitud en cualquier estado del proceso, de cuantas medidas, no sólo negativas, aseguren la efectividad de la sentencia. No obstante, deben atenderse las circunstancias del caso concreto, es decir, la medida que se solicita, implica que «el menor se mantenga en un centro en el que ya había sido admitido, y ordenando la resolución administrativa su salida del centro se considera conveniente la adopción de la medida de suspensión, que no tiene naturaleza positiva, para evitar perjuicios irreparables al menor; por otra parte, no se aprecia quebranto ostensible del interés público ni de terceros; el menor se puede beneficiar de la medida, y su no adopción privarla al recurso de su legítima finalidad; a sensu contrario, de no adoptarse, el menor podría verse perjudicado, y el recurso serviría para poco de resultar estimada la pretensión de los actores.

Cuestión diferente es la resolución que pueda adoptarse al valorar la prueba y analizar el fondo del asunto centrado a considerar el domicilio familiar, cuyas consecuencias, de ser desestimada su pretensión, asumen los padres actores.

DISPONGO: Acceder a la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, la Resolución de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Educación de 14/7/2010 por la que se acuerda no conceder puntuación en el proceso de escolarización por domicilio familiar y en su lugar se acuerda “cauteladamente” la escolarización del menor X en el Colegio Concertado “X” para cursar Primer Curso del 2º Ciclo de Educación Infantil curso escolar 2010/2011; debiendo mantenerse la escolarización de éste en el Centro en cuestión, mientras subsista la medida cautelar.

Dicha medida se mantendrá hasta que se dicte sentencia firme que ponga fin al proceso, o hasta que éste finalice por cualesquiera otra de las causas previstas en la LJCA, y sin perjuicio de su modificación o revocación, si cambiaran las circunstancias tenidas en cuenta en esta resolución. No se hace especial imposición de costas.

(Auto del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Sevilla de 27 de septiembre de 2010. Jueza Doña M^a José Pereira Maestre. Se transcribe completo.)

XII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Ordenación del territorio, expropiación y planeamiento urbanístico. El ejercicio de sus competencias por la Administración Autonómica no puede supeditarse al resultado incierto de la decisión municipal en el ámbito urbanístico.

En la sentencia apelada se hace referencia a la validez de la expropiación de una parcela de terreno propiedad de la apelante de 520 m² por parte de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía para la construcción de un acceso peatonal al Hospital de Montilla al ser anterior en el tiempo a la aprobación definitiva del Proyecto de Innovación del PGOU de dicha localidad a desarrollar mediante Plan Parcial y que prevé como uno de sus fines el garantizar el acceso rodado y peatonal al citado Hospital.

Por el contrario considera la sociedad recurrente, con repetición de lo argumentado en demanda, que esa actuación de la Administración autonómica es contraria al principio de coordinación entre Administraciones al desconocer el criterio y voluntad de la Administración Local y, en definitiva, dar el visto bueno a una innovación del planeamiento urbanístico que deja sin finalidad la actividad expropiatoria.

Como ya indicó el TC en su sentencia 32/1983, de 28 de abril, la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto del sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad del sistema. Para conseguir esta finalidad, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema.

Como principio general del Derecho y en su vertiente administrativa, el concepto de coordinación referido está recogido en el art. 103.1 CE y a él se refieren también algunas normas legales de carácter general o preceptos generales de leyes sectoriales (Ley de Bases de Régimen Local o art. 5.1 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

Como tal principio general, el de coordinación desempeña las funciones propias de todo principio jurídico (función informadora del ordenamiento, función interpretativa de las normas y función supletoria de vacíos normativos y resolutoria de antinomias).

Junto a este concepto genérico o principal de coordinación coexiste otro concepto más estricto en cuanto potestad atribuida a un ente u órgano público –el coordinador- para asegurar la acción coherente de otros –los coordinados- o de estos otros con aquél. De este modo, la potestad de coordinación, de acuerdo con la sentencia del TC 214/1989, conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto del coordinado. Hay por tanto en esa potestad un cierto elemento decisorio, unilateral, que sitúa al coordinador en posición de supremacía, lo cual no quiere decir, a diferencia del principio de jerarquía, que exista incompatibilidad con la autonomía, sino un simple límite al ejercicio de ésta.

Sobre la base de las consideraciones recogidas en el fundamento anterior, no se advierte la violación o desconocimiento del principio de coordinación al que se refiere la sociedad apelante en ninguna de sus las dos acepciones referidas. Así, en el momento, no sólo de iniciación del procedimiento expropiatorio, sino incluso al levantarse el acta previa de ocupación, únicamente existe una propuesta de accesibilidad peatonal al Hospital de Montilla para cuya aprobación ha de seguir los trámites de aprobación inicial y definitiva de un Proyecto de Innovación del PGOU, además de la ulterior aprobación de un Plan Parcial. De aquí que la decisión de construir un paso elevado para posibilitar el acceso a un Hospital público no pueda demo-

rarse en el tiempo a la espera de si la solución a dicho acceso peatonal será distinta en el planeamiento urbanístico. El ejercicio de sus competencias por la Administración Autónoma no puede supeditarse al resultado incierto de la decisión municipal en el ámbito urbanístico. Una actuación expropiatoria que, además tiene lugar por el procedimiento de urgencia, atiende a solventar en el presente supuesto una necesidad pública cuya demora no se justifica por la argumentación actora de que no idéntica a una solicitud de innovación del planeamiento urbanístico. Ni tal circunstancia justifica la invocada ilegalidad del procedimiento expropiatorio ni exige la audiencia previa de la Administración local cuando no existe previsión legal que así lo ordene.

Se indica también en la apelación que con la ejecución material del procedimiento expropiatorio no se ha respetado otro interés público de especial protección que se contenía en el desarrollo urbanístico del Sector afectado como es la alineación de cipreses existentes en la linde sur de la parcela expropiada coincidente con el lindero sur del Sector la Retamosa.

La desestimación de esta alegación, carente además de toda prueba de lo afirmado, deriva en primer lugar de no haber sido hecha valer en la tramitación del procedimiento contencioso-administrativo, ni en demanda ni en conclusiones. No hay obviamente en la sentencia valoración alguna de lo expuesto por la apelante puesto que en ningún instante se hizo valer como motivo de nulidad del acto impugnado, razón por la cual tampoco en apelación, en cuanto juicio revisorio de la sentencia de instancia, cabe efectuar pronunciamiento alguno.

(St. de 17 de junio de 2010. Sala de Sevilla. Se transcribe completa. Ponente Vázquez García)

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Crónica Parlamentaria

El control parlamentario del Decreto Ley

Atrapada en el vertiginoso proceso de adopción de medidas destinadas a cumplir con el compromiso europeo de acelerar la reducción del déficit público, la Junta de Andalucía ha hecho en los últimos meses uso recurrente de la nueva vía que el reformado Estatuto de Autonomía puso en sus manos: la posibilidad de poner en marcha “legislación de urgencia” a través de la figura del Decreto-ley. Desde el mes de marzo de 2010 hasta el momento en que se ultiman estas líneas (septiembre), han sido cinco los Decretos-leyes impulsados desde el Ejecutivo autonómico para afrontar la delicada situación económica por la que atravesamos, y que incluyen desde medidas impositivas hasta recortes del gasto, pasando por la instrumentación de inversiones locales cuyos recursos proceden en última instancia del presupuesto estatal. Más concretamente, las materias reguladas han sido las siguientes: 1º Decreto-Ley 1/2010, de 9 de marzo, de medidas tributarias de reactivación económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 2º Decreto-Ley 2/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz; 3º Decreto-Ley 3/2010, de 8 de junio, por el que se modifica, amplía y aprueba una nueva edición del Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA); 4º Decreto-Ley 4/2010, de 6 de julio, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad, y 5º Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público.

Como es bien sabido, pero resulta inexcusable recordar, la facultad que se confiere al Ejecutivo para dictar normas con rango de ley, quebrantándose así el monopolio que corresponde al Parlamento, se concibe como una posibilidad excepcional que, en cuanto tal excepción, se rodea de diversas restricciones y cautelas. De una parte, porque el recurso a esta figura por parte del Consejo de Gobierno solo es posible para hacer frente a un “caso de extraordinaria y urgente necesidad”. De otro lado, se establecen condicionantes de índole material, en la medida en que determinados asuntos quedan sin más excluidos de su regulación por esta fuente del Derecho; y, siguiendo muy de cerca la regulación constitucional, el artículo 110.1 EAAnd dispone que los decretos-leyes “no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen

electoral general, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía”, declarando acto seguido la imposibilidad de que los presupuestos se aprueben por decreto-ley. Y, finalmente, se impone que los decretos-leyes se sometan de inmediato al control del legislador: “Los decretos leyes quedarán derogados si en el plazo improrrogable de treinta días subsiguientes a su promulgación no son convalidados expresamente por el Parlamento tras un debate y votación de totalidad. Durante el plazo establecido en este apartado el Parlamento podrá acordar la tramitación de los decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia” (art. 110.2).

El control parlamentario *a posteriori* constituye, en consecuencia, un rasgo esencial para determinar la naturaleza y alcance de esta fuente del derecho. El decreto-ley en cuanto obra exclusiva del Ejecutivo opera estricta y únicamente como norma provisional, entendiéndose derogado automáticamente en el plazo máximo de treinta días si no recibe el respaldo expreso de la mayoría del Parlamento. Solo cuando el decreto-ley es convalidado, y por tanto es *hecho suyo* por el legislador, pierde la nota de provisionalidad y se incorpora con afán de permanencia en el ordenamiento jurídico como norma investida de rango de ley. En esa tarea, el Parlamento goza de entera libertad: puede negarse a convalidar el decreto-ley por razones puramente políticas, al entender que no es oportuno, preciso o conveniente que se adopte dicha medida en ese concreto momento. Pero muy señaladamente la intervención del legislador está llamada a revisar si el Ejecutivo se ha contenido dentro de los límites que traza el bloque de la constitucionalidad en relación con el empleo de esta figura normativa.

Pues bien, el objetivo central de esta crónica es relatar y evaluar cómo se ha efectuado el control parlamentario de los cinco decretos-leyes arriba mencionados, aunque debemos de antemano ya indicar que, para efectuar una cabal valoración de dicho control, habremos de detenernos singularmente en dos de tales decretos y examinar el alcance de las restricciones materiales impuestas por el Estatuto. Como hemos visto, el art. 110.2 EAAnd, al igual que el texto constitucional, permite que el texto inicialmente aprobado por el Ejecutivo termine por convertirse en una Ley formal del Parlamento mediante su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Y la elección de una u otra vía (esto es, la simple convalidación del decreto-ley o su ulterior conversión en ley) no deja de tener importantes efectos jurídicos y, probablemente también, de naturaleza política, pues el alcance del debate parlamentario dista mucho de ser idéntico en uno y otro caso. Desde el plano estrictamente jurídico, las diferencias entre dichas alternativas son palmarias: Si la pura convalidación por el Parlamento conduce únicamente a que el decreto-ley

pierda la nota de provisionalidad que caracteriza por naturaleza a estos productos normativos elaborados por el Ejecutivo, incorporándose en consecuencia con vocación de permanencia al ordenamiento jurídico; la decisión de iniciar su tramitación, una vez convalidado, como proyecto de ley supone que aquél será finalmente sustituido por una Ley, a la que obviamente no serán de aplicación las restricciones materiales que el art. 110.1 del Estatuto fija en relación con esta singular figura normativa. Por otro lado, mientras que la sola convalidación parlamentaria entraña que la norma que termina incorporándose definitivamente al ordenamiento jurídico es idéntica a la que aprobó el Consejo de Gobierno; optar por su tramitación como proyecto de ley supone lógicamente que, como todo proyecto o proposición de ley, pueda sufrir alguna modificación a su paso por el Parlamento, ampliándose así la posibilidad de los grupos parlamentarios de oposición de influir, vía enmiendas, en la configuración final del cuerpo normativo en cuestión.

Así, pues, en línea de principio, el grupo parlamentario que apoya al Ejecutivo tenderá a ceñir el control parlamentario a la convalidación del decreto-ley, mientras que, por el contrario, las fuerzas políticas de oposición verán en su tramitación como proyecto de ley, como mínimo, una vía para prolongar el debate parlamentario, cuando no la posibilidad de introducir alguna propuesta en el texto definitivo de la ley que se apruebe en sustitución del decreto-ley. Decía que el grupo parlamentario que sostiene al gobierno tenderá a la sola convalidación únicamente “en línea de principio”, pues en efecto no cabe desde luego descartar que, por razones políticas, le interese que el texto definitivo reúna el máximo apoyo parlamentario posible o que su tramitación como ley resulte conveniente desde el punto de vista jurídico. Así sucederá, evidentemente, cuando se entienda que el decreto-ley adolece de algún defecto o irregularidad por no atenerse estrictamente a los límites impuestos a esta fuente del derecho por el art. 110 EA-And; vicios que pretenderán sanarse con su conversión en ley, toda vez que a ella no alcanzarían unas irregularidades que solo tendrían su proyecto en cuanto decreto-ley. La práctica seguida efectivamente respecto de los cinco decretos-leyes que nos ocupan da buena muestra de lo que se quiere decir.

De los reiterados decretos-leyes, tres han sido solamente convalidados, en tanto los dos restantes han proseguido su tramitación como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia, a saber, los decretos-leyes 1 y 4/2010, que coincidían en incorporar importantes novedades en materia impositiva¹. Por

¹ Con motivo de las vacaciones parlamentarias, el decreto-ley 4/2010, de 6 de julio, tuvo que ser convalidado por la Diputación Permanente (sesión del día 22 de julio), que acordó asimismo

consiguiente, los decretos-leyes relativos a las retribuciones del sector público andaluz (2/2010), al PROTEJA (3/2010) y a la reordenación del sector público andaluz (5/2010) han pasado a integrar permanentemente el ordenamiento jurídico andaluz sin perder su condición de decretos-leyes. En todos estos casos, el grupo parlamentario socialista se opuso a la pretensión de la oposición de que se tramitaran como proyectos de ley.

Pero, como adelantamos, nosotros vamos a centrarnos en los decretos-leyes que prosiguieron su tramitación parlamentaria como proyectos de ley, el primero de los cuales ya ha sido definitivamente aprobado cuando se terminan estas páginas². La finalidad esencial de este decreto-ley 1/2010, de 9 de marzo, como se reconocía en su preámbulo, radicaba en introducir determinadas medidas impositivas destinadas a “impulsar el incremento de la actividad económica en el territorio de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que, en aras de una mayor justicia tributaria, se incremente la carga tributaria en la realización de determinados hechos imponible”. A tal objeto, el decreto-ley venía a modificar el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos (Decreto legislativo 1/2009), afectando a los principales impuestos cedidos sobre los que el bloque de constitucionalidad ha reconocido competencias normativas a las CCAA. En este sentido, por lo que concierne al IRPF, de una parte, se crea una deducción por inversión en la adquisición de acciones y participaciones sociales como consecuencia de acuerdos de constitución de sociedades o ampliación de capital en las sociedades mercantiles, y, de otro lado, se extiende la deducción por autoempleo a todos los andaluces sin límites de edad ni sexo, elevándose su importe a 400 euros con carácter general y a 600 euros para los

su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Sin embargo, dado que el Reglamento de la Cámara exige que esta tramitación sea ratificada por el Pleno, se procedió a su ratificación en la sesión plenaria del día 15 de septiembre (*DSPA* Plenos 92, 15 de septiembre de 2010, pág. 8).

² En efecto, la Ley de medidas tributarias de reactivación económica de la Comunidad Autónoma de Andalucía fue aprobada por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 23 y 24 de junio de 2010 (*BOPA* 491, de 1 de julio de 2010, pág. 9 y ss.). La Ley, como era de esperar, mantiene prácticamente la integridad del contenido del decreto-ley, aunque incorpora alguna modificación menor. Así, se abrió paso una enmienda del grupo parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía tendente a incluir a las empresas cooperativas en la enumeración de las empresas beneficiadas por la ley [véase la intervención de su portavoz, Sr. Vaquero del Pozo, en el debate final del Proyecto de Ley (*DSPA* Plenos 88, de 23 de junio de 2010, pág. 18)].

contribuyentes mayores de 45 años. En relación con el impuesto sobre sucesiones y donaciones, se establecen diversas mejoras en la reducción estatal de la base imponible por la adquisición “mortis causa” e “inter vivos” de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades. Y, finalmente, respecto del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, se amplía el requisito del plazo máximo de transmisión de la vivienda de 2 a 5 años para la aplicación del tipo reducido de gravamen por la adquisición de viviendas para su reventa por profesionales inmobiliarios, y de otra parte se crea un tipo de gravamen del 8% aplicable a las transmisiones patrimoniales de bienes inmuebles para el tramo del valor real que supere la cuantía de 400.000 euros o de 30.000 euros en el caso de bienes inmuebles destinados a garaje, salvo en el caso de los garajes vinculados con la vivienda y con un máximo de dos. Asimismo, se contempla a propósito de este impuesto la aplicación de un tipo incrementado del 8% a las transmisiones de determinados bienes muebles: vehículos que superen determinada potencia fiscal, embarcaciones de recreo u objetos de arte y antigüedades.

El decreto-ley 4/2010, de 6 de julio, que contempla mayores y más drásticas medidas impositivas, obedece a una finalidad asaz diferente a la que inspiró el anterior decreto-ley. Si el primero perseguía fundamentalmente estimular la actividad económica y, en consecuencia, ampliaba las bonificaciones fiscales, el decreto-ley 4/2010 se adecua al compromiso con la Unión Europea de reducir rápidamente el déficit público, incrementando por ende la presión fiscal. Y así se reconoce expresamente en su preámbulo: “Las medidas que se contemplan en este Decreto-ley contribuyen a los objetivos de aceleración en la reducción del déficit y de sostenibilidad fiscal, por la vía de los ingresos tributarios, siempre desde la perspectiva del mantenimiento de un sistema en el que se primen los principios de capacidad económica, justicia, igualdad y progresividad, a la vez que se hace un especial énfasis en la desincentivación de prácticas especialmente poco respetuosas con la protección del medio ambiente”.

En la persecución de estos objetivos, entre otras medidas que luego habremos de precisar, el decreto-ley 4/2010 aborda una amplia reforma del Decreto legislativo 1/2009, ya que son numerosos los impuestos cedidos que resultan afectados: el IRPF, el impuesto sobre sucesiones y donaciones, el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, la tasa fiscal sobre el juego, el impuesto sobre ventas minoristas de determinados hidrocarburos o el impuesto especial sobre determinados medios de transporte. Pero especialmente significativas son las novedades introducidas respecto del IRPF, dado el impacto que tendrán en la presión fiscal efectivamente soportada por el contribuyente andaluz. De una parte, y en aras de aumentar la pro-

gresividad del impuesto o para un mayor control del fraude, se introducen límites de renta en determinadas bonificaciones que hasta entonces no tenían y se reproducen los exigidos por otras CCAA en relación con otras deducciones fiscales³. Y, de otro lado, se crean tres nuevos tramos en la tarifa autonómica para bases superiores a los 80.000 euros: el primero, para bases entre ochenta mil y cien mil euros, que tributarán al 22,5%; el segundo, para bases entre cien mil y ciento veinte mil euros, que lo harán al 23,5%; y el tercero, para bases que excedan los cientos veinte mil euros, que tributarán al 24,5%. Modificación de la tarifa autonómica que, tal y como reveló la Consejera de Hacienda y Administración Pública en la comparecencia ante el Pleno para informar sobre la política fiscal del Gobierno de la Junta de Andalucía, afectaría a casi veintidós mil declarantes: 10.699 en el primer tramo, 4.108 en el segundo y 7.052 en el tercero. Declarantes que verían incrementada su cuota media, en el primer tramo, en 81 euros anuales; en el segundo tramo, en 382 euros anuales, y en 4.052 euros para el tercer tramo. En resumidas cuentas, concluiría la Consejera de Hacienda: “Todas las medidas descritas en el IRPF tendrán un impacto económico de 31,3 millones de euros, que afectarán a unos veintitrés mil quinientos contribuyentes. El 99% del efecto económico y el 93% de los afectados se sitúan en la elevación de la tributación del tramo autonómico del impuesto”⁴.

Pero no son éstas las únicas aportaciones del decreto-ley 4/2010 dignas de mención. Es inexcusable hacer referencia a los dos nuevos impuestos que en el mismo se crean: el impuesto sobre los depósitos de clientes en las entidades de crédito con oficinas en Andalucía y el impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso en Andalucía. El primero grava la tenencia de depósitos de clientes que comporten la obligación de restitución, siendo sujetos pasivos a título de contribuyentes las entidades financieras que tengan la sede central u oficinas en el territorio andaluz. Importa destacar que podrán deducirse de la cuota del impuesto la obra social de las Cajas de Ahorro y el fondo de educación y promoción de las Cooperativas de Crédito, así como los créditos, préstamos e inversiones destinados a proyectos que se concierten con el Ejecutivo en el marco de la Estrategia para la Economía Sostenible. Régimen de deducciones

³ Por el contrario, en el caso de la reducción por adopción de hijos en el ámbito internacional se aumenta el límite de renta desde los 39.000 y 48.000 euros a los 80.000 y 100.000 euros en tributación individual y conjunta, respectivamente.

⁴ *DSPA* Plenos 88, de 23 de junio de 2010, págs. 43 y 44.

que permitiría a la Consejera de Hacienda sostener que el objetivo del impuesto “no es recaudatorio, sino perseguir el redireccionamiento del crédito financiero a aquellos proyectos públicos y privados de futuro para Andalucía”⁵. No obstante, cualquiera que sea la finalidad última perseguida por este nuevo impuesto, no pueden soslayarse las dudas que figuras impositivas semejantes han suscitado tanto en lo relativo a la posible quiebra del Derecho Comunitario (libertad de circulación de capitales y prohibición de ayudas de Estado)⁶ como en lo relativo a la pretendida inobservancia del bloque de la constitucionalidad, puesto que –salvo error de quien esto escribe– aún está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el impuesto extremeño sobre depósitos en entidades de crédito. La segunda figura tributaria creada por el decreto-ley que nos ocupa, el impuesto sobre las bolsas de plástico de un solo uso en Andalucía, que entrará en vigor el 1 de enero de 2011 aplicándose un tipo de cinco céntimos de euro por bolsa –que se incrementará a diez céntimos en los siguientes ejercicios–, se configura expresamente como un tributo de naturaleza extrafiscal, ya que el art. 7.2 del decreto-ley reconoce que su “objeto es disminuir la utilización de las mismas, con la finalidad de minorar la contaminación que generan y contribuir a la protección del medio ambiente”. Y en esto abundó la Consejera de Hacienda en su comparecencia ante el Pleno: “El impuesto entrará en vigor el 1 de enero de 2011. De acuerdo con la información sobre el uso actual de las bolsas de plástico de un solo uso en Andalucía, se podrían recaudar unos noventa y cinco millones de euros. Pero una de las razones de anunciar tan tempranamente esta medida es que los clientes, los fabricantes de bolsas y los establecimientos comerciales se anticipen a la entrada en vigor del impuesto y acometan, desde ahora mismo, medidas conducentes a la eliminación total de estos productos altamente contaminantes. En este caso la recaudación del impuesto sería cero, puesto que ningún cliente pagaría, y se habría alcanzado el objetivo de este impuesto medioambiental”⁷.

⁵ *Idem*, pág. 45.

⁶ Sobre los interrogantes planteados al respecto por el impuesto extremeño sobre depósitos bancarios, véase Lilo Piña Garrido: “El nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas: Autonomía, espacios fiscales propios y competencias normativas”, *Crónica Tributaria* (en prensa).

⁷ *DSPA Plenos* 88, de 23 de junio de 2010, pág. 45.

Conviene, por otro lado, reseñar que ambos decretos–leyes se fundamentan explícitamente en las competencias normativas en materia de impuestos cedidos delimitadas en el nuevo sistema de financiación (Ley 22/2009, de 18 de diciembre), pero se aprueban y entran en vigor cuando aún no se había aprobado la ley específica de cesión de tributos a Andalucía, que es condición *sine qua non* para que las CCAA asuman de forma efectiva las nuevas competencias respecto de los impuestos cedidos previstas en aquella Ley. Ello explica por qué la Disposición Adicional Única del decreto–ley 4/2010 condiciona la aplicación de la escala autonómica del IRPF a la aprobación de la ley reguladora de la cesión de tributos. Sea como fuere, y dado que asimismo otras CCAA habían ejercitado sus competencias normativas en materia de impuestos cedidos antes de que se aprobasen sus correspondientes leyes de cesión, las Leyes 16 a 30/2010, de 16 julio, de cesión de tributos del Estado a las diferentes CCAA de régimen común, entraron en vigor el 18 de julio pero con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2009 (Disposición Final Única)⁸.

En definitiva, habida cuenta de que se recurre a la figura del decreto–ley para crear nuevos impuestos y para alterar apreciablemente la carga fiscal que pende sobre los contribuyentes andaluces, al afectarse las bonificaciones y las tarifas del principal impuesto del sistema tributario, resultaba más que conveniente proseguir su tramitación como proyectos de ley. Pues, ciertamente, cabría cuestionarse si unos decretos–leyes que llegan tan lejos (señaladamente el segundo) se atienen a los límites estatutarios que pretenden restringir su uso. Dudas que no se plantean tanto respecto del eventual incumplimiento del presupuesto de hecho habilitante⁹ como sobre la posible transgresión de los límites materiales de esta figura normativa, a la vista de la ya abundante jurisprudencia vertida por el Tribunal Constitucional acerca de la posibilidad de que los Reales decretos–leyes regulen los tributos en el contexto del art. 86.1 CE. Y esta jurisprudencia, dado el estrecho paralelismo entre este precepto constitu-

⁸ En lo que concierne a Andalucía, Ley 18/2010 (BOE n° 173, de 17 de julio de 2010).

⁹ No parece discutible que la delicada situación económica y las exigencias de la Unión Europea son reconducibles al supuesto de extraordinaria y urgente necesidad que autoriza la intervención normativa del Ejecutivo, como, por lo demás, lo acredita el reiterado uso del decreto–ley por parte del Gobierno central. Con todo, y por más que el Tribunal Constitucional haga un claro ejercicio de auto–contención cuando se trata de revisar el presupuesto de hecho habilitante, cabría cuestionarse la urgencia de aquellas medidas impositivas cuya entrada en vigor se posterga al año 2011.

cional y el art. 110.1 EAAAnd, se entiende extensible al decreto-ley autonómico, según reconocía expresamente el propio Consejo de Gobierno en el encabezamiento del decreto-ley 1/2010:

“Esta similar configuración determina que sea de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en múltiples Sentencias (Sentencia 68/2007, de 28 de marzo, o 137/2003, de 3 de julio, entre otras), tanto en lo que respecta al presupuesto de hecho habilitante como en lo que hace referencia a la definición de los límites materiales del decreto-ley”¹⁰.

Y, en verdad, es difícilmente rebatible la idea de que sobre los decretos-leyes autonómicos se proyectan iguales garantías, condicionantes y restricciones que los que viene exigiendo la jurisprudencia constitucional al interpretar el art. 86 CE. Aunque tampoco puede dejar de notarse que, en lo relativo al límite material que a nosotros concierne, hay alguna diferencia entre las normas estatutaria y la constitucional que no parece baladí. Como veremos con más detalle a continuación, la doctrina constitucional restrictiva del uso del decreto-ley en materia tributaria se ha articulado esencialmente en torno a la afectación del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1), toda vez que el art. 86.1 CE excluye expresamente que esa fuente afecte “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”. En contraste, el art. 110.1 EAAAnd no llega tan lejos en la determinación de las materias excluidas, ya que las ciñe –en lo que a nosotros interesa– “a los derechos establecidos en este Estatuto”, con lo que parece quedar extramuros del ámbito de cobertura del precepto los deberes enumerados en el art. 36 EAAAnd, que están precisamente encabezados por el de “contribuir al sostenimiento del gasto público en función de sus ingresos”.

En efecto, la jurisprudencia constitucional construida en torno a las restricciones del decreto-ley en materia tributaria no se ha basado tanto en la pretendida invasión del ámbito material reservado a la ley de conformidad con los arts. 31.3 y 133.1 CE, como en que con ello se afecta de forma esencial al deber de contribuir regulado en los siguientes términos por el art. 31.1 CE: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su ca-

¹⁰ Idea en la que también insistiría el decreto-ley 4/2010 en términos muy semejantes: “Esta similar configuración determina que sea de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en múltiples sentencias, tanto por lo que respecta al presupuesto de hecho habilitante como en lo que hace referencia a la definición de los límites materiales del Decreto-ley”.

pacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Así es; debe notarse que, señaladamente a partir de la STC 182/1997, vino a corregirse de modo sustancial una primera línea interpretativa que cabía inferir de determinados pasajes de algunas resoluciones (por ejemplo, SSTC 6/1983, 41/1983 y 51/1983), en virtud de la cual se consideraban como ámbitos coextensos el límite material del art. 86.1 y el de la reserva de ley en materia tributaria. Sería, pues, la STC 182/1997 la que expresamente matizaría dicha línea jurisprudencial en su fundamento jurídico octavo: “A los efectos de la interpretación del límite material establecido por la Constitución no es preciso vincular –como se hizo en la STC 6/1983– el ámbito del art. 86.1 CE... con el de la reserva de Ley que establecen el art. 31.3 CE... y el art. 133.1 CE..., como si fueran ámbitos coextensos; de modo que cualquier modificación tributaria que afecte a los elementos o aspectos del tributo cubiertos por el ámbito de la reserva de Ley en la materia, quedarán vedados a su regulación mediante Decreto–ley. Un esfuerzo hermenéutico semejante no se concilia con el propio sentido literal del precepto constitucional, que limita el ámbito material del Decreto–ley sin referencia alguna a la reserva de Ley”.

En definitiva, de acuerdo con la línea jurisprudencial consolidada desde hace ya varios años, del hecho de que la materia tributaria esté sujeta al principio de reserva de ley (arts. 31.3 y 133.1 y 3 CE) y de que dicha reserva tenga carácter relativo y no absoluto “no se deriva necesariamente que se encuentre excluida del ámbito de regulación del Decreto–ley, que podrá penetrar en la materia tributaria siempre que se den los requisitos constitucionales del presupuesto habilitante y no ‘afecte’, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas”; límite material –prosigue esta línea jurisprudencial– que, sencillamente, no viene determinado por la repetida reserva. Y, en consecuencia, a lo que debe atenderse al interpretar el límite material del art. 86.1 CE “no es, pues, al modo cómo se manifiesta el principio de reserva de ley en una determinada materia, la tributaria en este caso (si tiene carácter absoluto o relativo y qué aspectos de dicha materia se encuentran amparados o no por dicha reserva), sino más bien al examen de si ha existido ‘afectación’ por el Decreto–ley de un derecho, deber o libertad regulado en el Título I de la Constitución. Lo que exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate”. Y, precisamente, en la sección segunda del capítulo II del título I de la Constitución, bajo la rúbrica “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, figura el art. 31.1 CE, precepto que establece “un auténtico mandato jurídico, fuente de derechos y obligaciones”, del que “se deriva un deber constitucional para los ciudadanos de contribuir, a través de los impues-

tos, al sostenimiento o financiación de los gastos públicos” (SSTC 182/1997, 137/2003 y 108/2004). En resumidas cuentas, debe incluirse entre los deberes cuya afectación está vedada al decreto-ley el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos previsto en el art. 31.1 CE.

Dicho esto, no puede dejar de recordarse que, como sucede en general con el conjunto de los límites materiales *ex* art. 86.1 CE, éstos han de interpretarse de manera que permitan salvaguardar al máximo la efectividad y vigencia de los preceptos constitucionales involucrados. O dicho sea con los propios términos utilizados por el Tribunal Constitucional, en la elucidación de este tipo de controversias ha de procurarse llegar a un punto de equilibrio, de tal suerte que “la cláusula restrictiva del art. 86.1 de la Constitución (‘no podrán afectar’) debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución ... ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I” (por todas, STC 111/1983, FJ 8). Principio hermenéutico que aplicado al supuesto que a nosotros concierne conduce a sostener que el decreto-ley “no puede alterar ni el régimen general ni los elementos esenciales del deber de contribuir”, lo que exige precisar cómo se encuentra definido dicho deber en el art. 31.1 de la Constitución (por todas, STC 108/2004, FJ 7). Pues bien, una acrisolada jurisprudencia constitucional –iniciada ya con la STC 27/1981– vincula directamente este deber de contribuir con el criterio de la capacidad económica, y a su vez lo conecta con el conjunto del sistema tributario: El art. 31.1 CE –se razonó en el fundamento jurídico cuarto de la aludida STC 27/1981–, “al obligar a todos al sostenimiento de los gastos públicos, ciñe esta obligación en unas fronteras precisas: la de la capacidad económica de cada uno y la del establecimiento, conservación y mejora de un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad”. Consiguientemente, el decreto-ley “no podrá alterar ni el régimen general ni aquellos elementos esenciales de los tributos que inciden en la determinación de la carga tributaria, afectando así al deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza mediante un sistema tributario justo”; y, por lo tanto, habrá de considerarse lesiva del art. 86 CE “cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario” (SSTC 182/1997, 137/2003 y 108/2004). En definitiva, aunque en principio es dable utilizar la figura del decreto-ley para intervenir en materia tributaria, debe necesariamente atenderse en cada caso “en qué tributo concreto incide el Decreto-ley (constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que inter-

viene el principio de capacidad económica), qué elementos del mismo –esenciales o no– resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate” (*idem*).

En consecuencia, a fin de determinar cuándo puede entenderse afectada, menoscabándola, la esencia del deber de contribuir al sostenimiento de los cargos públicos, ha de atenderse no solamente a la cuantía de la modificación que introduce el decreto–ley en cuestión, sino también a otros aspectos, entre los cuales descuella la naturaleza del tributo sobre el que se incide, razón por la cual la jurisprudencia constitucional tiende a efectuar un control más riguroso cuando se trata de aquellas figuras tributarias que constituyen ejes básicos del sistema impositivo. Y ninguno tan proclive a afectar el reiterado deber constitucional que el IRPF: “El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas –se argumenta en el FJ 9º de la STC 182/1997– es un impuesto de carácter directo, personal y subjetivo, que grava la renta global de las personas físicas de manera progresiva [...] Constituye uno de los pilares estructurales de nuestro sistema tributario y, por sus características, [...] cualquier alteración en sus elementos esenciales repercute inmediatamente sobre la cuantía o el modo de reparto de la carga tributaria que debe levantar la generalidad de los contribuyentes” (en la misma línea, por ejemplo, la STC 108/2004). Argumentación que, en el caso enjuiciado en la reiterada STC 182/1997, llevaría al Tribunal Constitucional a la convicción de que “no puede negarse que el aumento de su cuantía mediante dicho instrumento normativo ha afectado sensiblemente al deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, tal y como éste se configura en el art. 31.1 CE”. A la vista de estos antecedentes, resulta evidente la oportunidad de convertir en leyes formales del Parlamento unos decretos–leyes que, especialmente en el segundo de los casos, alteran apreciablemente la carga fiscal en relación con el IRPF.

Manuel Medina Guerrero

DOCUMENTOS Y CRÓNICAS

La gestión de la política de dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Agencia Andaluza para la atención de la dependencia

M^a Asunción Torres López

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA ARTICULACIÓN DEL SAAD ENTRE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. II. TÍTULOS COMPETENCIALES QUE HABILITAN AL ESTADO Y A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS A INTERVENIR EN LA MATERIA. 1. La competencia del Estado. 2. La competencia de las Comunidades Autónomas y el reconocimiento expreso de los derechos sociales de las personas dependientes. III. EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. 1. Los niveles de protección. 2. Clasificación de las situaciones de dependencia. 3. Las prestaciones del Sistema y su financiación. IV. EL SISTEMA PARA LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA Y DEPENDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA. 1. La competencia de las Comunidades Autónomas y el reconocimiento expreso de los derechos sociales de las personas dependientes. 2. El reconocimiento de los derechos de las personas dependientes en el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma de Andalucía. 3. La estructuración del Sistema en Andalucía. V. FORMA DE GESTIÓN DEL SAAD EN ANDALUCÍA. LA AGENCIA ANDALUZA PARA LA DEPENDENCIA. 1. La articulación del SAAD en la Comunidad Autónoma de Andalucía: la organización administrativa específica. 2. La Agencia Andaluza para la Atención a la Dependencia como forma de gestión del Sistema. A. La Administración Instrumental de la Comunidad Autónoma de Andalucía. B. Los tipos de Agencia en la LAJA. C. La Agencia para la Atención de la Dependencia como Agencia de Régimen Especial. D. La modificación por Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. LA ARTICULACIÓN DEL SAAD ENTRE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Una de las iniciativas de política social más importante de los últimos años la constituye el derecho de acceso a los servicios sociales por parte de la población dependiente. El Estado ha regulado un nuevo sistema nacional de dependencia, garantizando unos mínimos a respetar en todo el territorio nacional, dejando a las Comunidades Autónomas su regulación propia en la materia. Con esta regulación se pretende implantar una técnica de colaboración con el resto de Administraciones Públicas, mediante el establecimiento de un calendario progresivo de implantación y de asignaciones presupuestarias que coadyuven a la financiación¹.

Uno de los rasgos más significativos, como no podía ser de otra manera, es el respeto al marco competencial, toda vez que la materia servicios sociales, o asistencia social, se atribuye en exclusiva a las Comunidades Autónomas, por lo que la fórmula de la cooperación interadministrativa es la más adecuada, teniendo en cuenta la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución. Precisamente, este es el título competencial con base en el cual se dicta la nueva Ley de Dependencia, la Ley 39/2006, de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia².

Esta Ley crea un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), garantizando expresamente un nuevo derecho a todas las personas mayores o con discapacidad que no puedan valerse por sí mismas, que es el derecho de acceso a los servicios sociales públicos y a las prestaciones económicas más adecuadas a sus necesidades; esto es, el derecho a ser atendidas por las Administraciones Públicas. Las situaciones son diversas, las circunstancias también, y la Ley trata de responder a estas necesidades estableciendo unos requisitos, unos derechos y obligaciones a los beneficiarios.

¹ Sobre esta materia véase TORRES LÓPEZ, A., “El papel de las Entidades Locales en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia”, ed. CEMCI, en prensa.

² Esta Ley entró en vigor el 1 de Enero de 2007.

II. TÍTULOS COMPETENCIALES QUE HABILITAN AL ESTADO Y A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS A INTERVENIR EN LA MATERIA

1. La competencia del Estado

El compromiso adquirido por el Estado, y por todos los poderes públicos, con las cuestiones sociales y con la consecución de la necesaria igualdad entre todos los ciudadanos deriva de, entre otros, el artículo 9.2 CE y del principio de igualdad al que se refiere el artículo 14 CE, que, además, justifican la intervención del Estado a favor de las personas con discapacidad y personas mayores que se encuentren en una situación de dependencia. Si bien es cierto, que el concreto fundamento de la intervención de todos los poderes públicos en este ámbito, también del Estado, se encuentra en dos principios rectores de la política social y económica:

1.- De un lado, el contenido en el artículo 49 CE, en virtud del cual los poderes públicos tienen la obligación de realizar una política de integración social de los ciudadanos con discapacidad³.

2.- De otro lado, el contenido en el artículo 50 CE, en virtud del cual los poderes públicos han de prestar atención al colectivo de la tercera edad, con independencia de las obligaciones familiares, promoviendo su bienestar mediante un sistema de servicios sociales⁴.

Se trata de principios rectores de la política social y económica, que directamente no se refieren a la atención de las personas en situación de dependencia, pero de la conjunción de ambos, se erige en una responsabilidad pública y de todos los poderes públicos, la atención primaria a estas situaciones de dependencia que, hoy en día, la realidad nos muestra de una manera preo-

³ Dice el artículo 49 CE: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

⁴ Dice el artículo 50 CE: Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

cupante. Es por ello que aparece un nuevo derecho que debe garantizarse, el derecho de acceso a los servicios sociales por las personas con discapacidad o de las personas mayores, que se encuentren en una situación de dependencia.

Por otra parte, las competencias en materia de servicios sociales corresponden a las Comunidades Autónomas, si bien el Estado tiene competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución. Ello le permite intervenir en una regulación de mínimos, y sobre la base de la cooperación entre las distintas Administraciones Públicas.

2. La competencia de las Comunidades Autónomas y el reconocimiento expreso de los derechos sociales de las personas dependientes

El artículo 149.1.20^a CE establece la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, aunque éstas en sus respectivos Estatutos se refieren a esta materia utilizando otros términos, que, no obstante, todos ellos vienen a referirse a las materias propias de los servicios sociales⁵. Todas las Comunidades Autónomas han recogido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en esta materia. Si bien, hemos de distinguir entre dos grupos de Estatutos de Autonomía según hagan o no referencia expresa a las situaciones de dependencia. De un lado, los Estatutos de Autonomía no reformados y los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de modificación; de otro lado, los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de una reforma integral y como consecuencia, sustituidos entre los años 2006 y 2007. Sólo en estos últimos se recoge expresamente la referencia a las situaciones de dependencia⁶.

⁵ Véase TORRES LÓPEZ, M.A., "Régimen jurídico administrativo de las personas con discapacidad", en *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 177.

⁶ Si bien, un caso especial lo constituye el Estatuto Valenciano, que ha sido objeto de reforma en 2007, sin llegar a ser sustituido.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

La promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia, se convierte en una responsabilidad de todos los poderes públicos, por mandato constitucional, como hemos indicado en páginas anteriores. A tal fin, se estima necesario establecer unos mínimos a respetar en todo el territorio nacional, en cooperación con todas las Administraciones Públicas. Esta acción pública estatal se materializa en la Ley 39/2006, de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, vigente desde 1 de Enero de 2007⁷. A partir de esta Ley, se configura un nuevo derecho para todos los ciudadanos, al reconocerse a todas las personas mayores o con discapacidad que no puedan valerse por sí mismas el derecho de ser atendidas por las Administraciones Públicas, garantizándose el acceso a los servicios sociales públicos y a las prestaciones económicas más adecuadas a sus necesidades. Estas situaciones de dependencia, cada vez más frecuentes, han sido atendidas normalmente por los familiares y lo que se pretende es hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos, sean o no dependientes, de acceder a los servicios sociales públicos.

1. Los niveles de protección

La Ley 39/2006, de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, crea un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), y configura un nuevo derecho del ciudadano, que es el derecho de atención a las personas que se encuentren en situación de dependencia, con el fin de que estas personas puedan fortalecer su autonomía personal, su capacidad de valerse por sí mismos; pero el sistema no sólo les alcanza a ellos, sino también a las familias, y en concreto a las personas que están dedicando su vida a cuidar de los que lo necesitan. El Sistema se basa en la cooperación y en la coordinación de las distintas Administraciones Públicas, que deberán de realizar esfuerzos importantes en aras a conseguir la efectividad de estos derechos, a través sobre todo de la financiación de los distintos servicios sociales.

⁷ Ley de Dependencia.

Las situaciones son diversas, las circunstancias también, y la Ley trata de responder a estas necesidades estableciendo unos requisitos, unos derechos y obligaciones a los beneficiarios. Para ello adopta un concepto claro de situación de dependencia, con el fin de determinar qué personas son merecedoras del régimen de protección que al respecto se dispensa. El artículo 2.2 Ley de Dependencia define ésta como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”. Y define, a su vez, las “Actividades Básicas de la Vida Diaria” (ABVD) como aquellas tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas.

La interpretación que cabe hacer de estas definiciones legales no puede ser estrictamente literal, pues las situaciones y las necesidades básicas de la vida diaria, pueden variar o ampliar su ámbito, según circunstancias de futuro que así lo justifique.

En cuanto al sistema de protección legal, dentro del marco constitucional de competencias, la Ley establece tres niveles de protección:

a) Un nivel mínimo de protección, cuya garantía es responsabilidad de la Administración del Estado⁸.

La competencia del Estado es absoluta en cuanto a la garantía para cada uno de los beneficiarios del Sistema de un nivel mínimo de protección, de acuerdo con el grado y nivel de la dependencia; es a esta Administración a la que corresponde el coste de este nivel de protección. A las Comunidades Autónomas les compete la gestión de los recursos económicos que constituyen este nivel mínimo de protección, mediante el reconocimiento del grado y nivel de dependencia y la provisión de los servicios y prestaciones para la promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia.

⁸ Artículo 9 Ley de Dependencia.

Nos encontramos pues con dos competencias de las dos Administraciones superiores: el Estado, que garantiza el mínimo cumpliendo con su función de mantener el equilibrio territorial e igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de los derechos; y las Comunidades Autónomas, que gestionan los recursos en función del reconocimiento del grado y nivel de dependencia, de un lado, y la provisión de servicios y prestaciones que sean necesarios. Aquí nos encontramos con un primer elemento que puede generar desigualdad territorial, en tanto en cuanto la línea fronteriza entre los grados y niveles de dependencia podría ser difícil de trazar en ocasiones, y, por otra parte, en cuanto a la provisión de servicios que se considere necesarios para la promoción de la autonomía personal. Todo ello unido, desde luego, al nivel de protección adicional que cada Comunidad Autónoma pueda establecer.

En este sentido, el Gobierno aprobó por Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, el nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que le corresponde sufragar, contribuyendo así a la financiación del Sistema. El nivel mínimo de protección de la situación de dependencia se garantiza mediante la fijación de una cantidad económica que la Administración General del Estado aporta a la financiación del Sistema por cada uno de los beneficiarios reconocidos como dependientes según su grado y nivel, para las prestaciones de dependencia previstas en su programa individual de atención⁹. Pero estas cantidades no se satisfarán a las Comunidades Autónomas en cualquier caso, sino en función del número de beneficiarios reconocidos en situación de dependencia con derecho a prestaciones, teniendo en cuenta para ello su grado y nivel y la fecha de efectividad de su reconocimiento. Y el procedimiento de reconocimiento corresponde a las Comunidades Autónomas¹⁰.

⁹ Artículo 3 RD 614/2007. Estas cantidades económicas que correspondan a cada grado y nivel de dependencia se determinarán anualmente según el calendario de aplicación progresiva establecido en la disposición adicional primera de la Ley de Dependencia.

¹⁰ Como ejemplo, el Real Decreto 6/2008, de 11 de enero, determina el nivel mínimo de protección que se garantiza a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio 2008 y cuyo objeto es establecer las cuantías para el nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado para los beneficiarios valorados en el Grado II, nivel 2, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9 de la Ley de Dependencia, para el ejercicio 2008, segundo año de vigencia de la Ley. Además, en este RD se actualizan las cuantías previstas en el RD de 2007. En concreto, el Anexo del RD de 2007 establece que el nivel mínimo de protección que financia el Estado correspondiente a una situación de dependen-

De modo que este procedimiento de reconocimiento de situaciones de dependencia y grados debiera ser la primera actuación a realizar, para, en función de las necesidades reales, establecer ese mínimo de protección. El Real Decreto exige que las Comunidades Autónomas informen a la Administración General del Estado de las resoluciones de reconocimiento adoptadas, así como del grado y nivel de los beneficiarios, a través de la conexión a la red de comunicaciones y servicios telemáticos del Sistema.

Este RD ha sido modificado por el RD 99/2009, de 6 de febrero, con el fin de introducir mejoras en el procedimiento de libramiento de los fondos a las comunidades autónomas. Y en concreto añade un nuevo artículo 4 sobre el momento y forma de libramiento del nivel mínimo de protección, debiendo la Administración General del Estado hacer efectiva su aportación a las Comunidades Autónomas, en concepto de nivel mínimo de protección garantizado en función del número de beneficiarios reconocidos en situación de dependencia con derecho a prestaciones, teniendo en cuenta para ello su grado y nivel y la fecha de efectividad de su reconocimiento. Los créditos necesarios para esta finalidad se librarán mensualmente por doceavas partes según el número de beneficiarios con derecho a prestación, a partir de la resolución por la que se fija el Programa individual de Atención y se determina la correspondiente prestación, procediéndose a su regularización con carácter trimestral.

Es necesario, que las Comunidades Autónomas informen a la Administración General del Estado de las resoluciones de reconocimiento adoptadas, con expresa indicación del grado y nivel de los beneficiarios, y de los Programas Individuales de Atención aprobados, a través de la conexión a la red de comunicaciones y servicios telemáticos del Sistema. De este modo, a partir de la fecha de efectos de la prestación que se haya determinado en la resolución correspondiente al Programa individual de Atención, la Administración General del Estado hará efectiva a las Comunidades Autónomas las cantidades que procedan.

cia de grado III (Gran Dependencia), nivel 2, es de 250 euros, y de 170 euros si se trata del nivel 1. Por otra parte, la aportación total máxima estimada de la Administración General del Estado, (en media por beneficiario y mes) es de 507 euros en el primer caso, y de 387 euros en el segundo caso. Y el RD de 2008 determina que para las situaciones de dependencia de grado II (Dependencia Severa), nivel 2, el nivel mínimo de protección que financia el Estado es de 100 euros. Además, la actualización de las cuantías reconocidas en 2007 procede con el incremento del 2,04 por ciento del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM), establecido en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008. Conforme al mismo las cuantías quedan para Grado III, nivel 2, en 255,10 euros; y para Grado III, nivel 1, en 173,47 euros.

Si bien, puede darse el caso de reconocimiento de servicios con una fecha anterior a la aprobación del Programa Individual de Atención; en tal circunstancia, prevé la norma que el libramiento de los créditos correspondientes a este periodo quedará condicionado a la acreditación de la solicitud de reconocimiento del derecho y de la efectiva prestación del servicio.

Finalmente, en los supuestos en que medie más de un año entre la fecha de efectos del servicio o de la prestación económica y la fecha de la resolución por la que se fija el Programa individual de Atención y se determina la correspondiente prestación, y la causa de este retraso es imputable a la Comunidad Autónoma, el momento y la forma del libramiento por la Administración General del Estado de las cantidades correspondientes a las prestaciones y servicios anteriores a la fecha de la resolución aprobatoria del Programa Individual de Atención puede quedar condicionado a las disponibilidades presupuestarias del ejercicio.

b) Un nivel medio de protección (nivel acordado), en el marco de la cooperación y coordinación interadministrativa, y que es de responsabilidad de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas a través de los distintos convenios que suscriban para el desarrollo y aplicación de las demás prestaciones y servicios a los que se refiere la Ley¹¹.

El Real Decreto 614/2007 en la ejecución de estas competencias estatales obliga a esta Administración a poner a disposición de las Comunidades Autónomas, a través de los correspondientes convenios, la financiación resultante de las previsiones anuales de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, una vez aprobadas, mediante real decreto las intensidades de los servicios, la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos y la cuantía de las prestaciones económicas de los niveles mínimo y acordado a que se refieren los artículos 10.3 y 20 de la Ley de Dependencia¹².

¹¹ Artículo 10 Ley de Dependencia.

¹² Con carácter transitorio el Estado aportará los fondos previstos en el Anexo del Real Decreto a las Comunidades Autónomas, siempre que exista un reconocimiento de la situación de dependencia y el beneficiario esté recibiendo servicios o prestaciones económicas de dependencia (Disposición Transitoria Única RD 614/2007).

La Administración del Estado tiene, pues, la competencia para aprobar los criterios que establezca el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con el fin de determinar:

- la intensidad de protección de los servicios.
- la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos.
- las cuantías de las prestaciones económicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Dependencia¹³.

Si bien, a las Comunidades Autónomas les corresponde el desarrollo normativo y la regulación de las condiciones de acceso a las prestaciones y servicios, del régimen jurídico y acreditación de los centros, así como de cualquier otra materia que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, sea necesaria para la aplicación de la Ley.

Los citados criterios han sido aprobados por el Gobierno a través del Real Decreto 727/2007, de 8 de Junio que se refiere exclusivamente a los servicios y prestaciones correspondientes a los Grados II y III de dependencia severa y gran dependencia.

En principio, la regulación estatal necesariamente ha de completarse, para ser efectiva, con la normativa de las Comunidades Autónomas, o de la “Administración competente”, dice el Real Decreto.

Así, respecto de las intensidades de cada servicio, ello dependerá de lo que establezca la normativa de las Comunidades Autónomas o de la Administración competente en cada caso; de lo dispuesto en los Planes de Prevención que corresponde elaborar a las Comunidades Autónomas o Administración competente, así como los Programas Individuales de Atención. En cuanto a las incompatibilidades, también habrá que tener en cuenta lo que determinen las normas autonómicas o de la Administración competente, en cada caso, salvo las incompatibilidades que expresamente determina la norma estatal. Y en cuanto a las prestaciones económicas, el importe a reconocer a cada beneficiario se determinará aplicando a la cuantía vigente para cada año un coeficiente reductor según su capacidad económica, pero siempre de acuerdo con lo establecido por la Comunidad Autónoma o Administración que, en su caso, tenga la competencia.

¹³ De igual forma, el artículo 5.4 atribuye al Gobierno, previo acuerdo de dicho Consejo, el establecimiento de las condiciones de acceso al Sistema de los emigrantes españoles retornados.

c) Un tercer nivel de protección de carácter adicional, que podrán asumir las distintas Comunidades Autónomas para su aplicación en el ámbito territorial que le es propio a cada una de ellas y para los ciudadanos de cada una de ellas¹⁴.

2. Clasificación de las situaciones de dependencia

La Ley establece una clasificación de las situaciones de dependencia en tres grados y dentro de cada grado se diferencian dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere¹⁵:

1.- Grado I. Dependencia moderada, cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día.

2.- Grado II. Dependencia severa, cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador.

3.- Grado III. Gran dependencia, cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día, por su pérdida total de autonomía mental o física, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona.

Y como instrumento de cooperación para la articulación del Sistema se crea el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. El Consejo está constituido por el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y por un representante de cada una de la Comunidades Autónomas, recayendo dicha representación en el miembro del Consejo de Gobierno respectivo que tenga a su cargo las competencias en la materia. Asimismo lo integran un número de representantes de los diferentes Departamentos ministeriales¹⁶.

3. Las prestaciones del Sistema y su financiación

La Ley de Dependencia distingue dos tipos de prestaciones según su naturaleza:

¹⁴ Artículo 11.2 Ley de Dependencia.

¹⁵ Artículo 26 Ley de Dependencia.

¹⁶ Artículo 8 Ley de Dependencia.

- a) Prestaciones de servicios.
- b) Prestaciones económicas.

Entre las primeras, se incluye un catálogo de servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, como son¹⁷:

- Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal.
- Servicio de Teleasistencia.
- Servicio de Ayuda a domicilio (Atención de las necesidades del hogar; cuidados personales).
- Servicio de Centro de Día y de Noche (Centro de Día para mayores; Centro de Día para menores de 65 años; Centro de Día de atención especializada; Centro de Noche)
- Servicio de Atención Residencial (Residencia de personas mayores en situación de dependencia; Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad).

La forma de hacer efectivas estas prestaciones lo es a través de los servicios sociales propios de cada Comunidad Autónoma en el ámbito propio de sus competencias, salvo que ello no sea posible, en cuyo caso, se estará a lo establecido por el convenio correspondiente.

En relación con las prestaciones económicas, se distinguen las siguientes:

- Prestación económica vinculada al servicio¹⁸. Que sólo será posible en los casos en que no sea posible hacer efectiva una prestación de servicios determinada a través de los servicios sociales propios de la Comunidad Autónoma.
- Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales¹⁹.

En cuanto a la cuantía de las prestaciones económicas corresponde acordarlas al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la

¹⁷ Artículo 15 Ley de Dependencia.

¹⁸ Artículo 17 Ley de Dependencia, que después se desarrollan en los artículos 21 y ss.

¹⁹ Artículo 18 Ley de Dependencia.

Dependencia, para su aprobación posterior por el Gobierno mediante Real Decreto.

Por otra parte, muchas situaciones de dependencia son objeto de regulaciones sectoriales que dispensan prestaciones específicas. En este sentido, cuando se perciban prestaciones de análoga naturaleza y finalidad, la Ley de Dependencia prevé una deducción de la cuantía de la prestación económica que se perciba de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social²⁰.

Finalmente, en cuanto a la financiación del Sistema, contribuyen a la misma la Administración del Estado en exclusiva para el nivel de protección mínimo, la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas conjuntamente para el nivel de protección medio²¹ y las Comunidades Autónomas en exclusiva, para el caso de un nivel de protección adicional.

Si bien, las situaciones de dependencia son distintas y se clasifican en tres grados en función de su mayor complejidad. Por otra parte, también la capacidad económica de los posibles beneficiarios es distinta y este es un criterio que tiene en cuenta la Ley a la hora de establecer las cuantías de las prestaciones económicas, así como también a la hora de establecer la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones²². Se tendrá en cuenta cuál

²⁰ Artículo 31 Ley de Dependencia. En particular, se deducirán el complemento de gran invalidez regulado en el artículo 139.4 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, el de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva, y el subsidio de ayuda a tercera persona de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI).

²¹ Si bien, los Convenios que se suscriban entre la Administración General del Estado y cada una de las administraciones de las Comunidades Autónomas serán los que determinen las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema. Dichos Convenios, que podrán ser anuales o plurianuales, recogerán criterios de reparto teniendo en cuenta la población dependiente, la dispersión geográfica, la insularidad, emigrantes retornados y otros factores; y podrán ser revisados por las partes (artículo 32.3 Ley de Dependencia).

²² En este sentido, se tiene en cuenta el tipo y coste del servicio, así como la capacidad económica personal del beneficiario (artículo 33 Ley de Dependencia).

es la renta y patrimonio del beneficiario, pero también que ningún beneficiario puede dejar de recibir atención por falta de recursos. Y la aportación concreta de los beneficiarios será establecida por el Gobierno y las Comunidades Autónomas en el Consejo Territorio.

Además, se prevé que el desarrollo del SAAD sea gradual, y se hará de forma progresiva durante ocho años, con arreglo al calendario establecido en la Ley. Conforme al mismo²³:

- El primer año se reconocerá el derecho de acceder a las prestaciones a quienes sean valorados en el grado III (niveles 1 y 2).
- El segundo y tercer año, a quienes sean valorados en el grado II, nivel 2.
- El tercer y cuarto año, a quienes sean valorados en el grado II, nivel 1.
- El quinto y sexto año, a quienes sean valorados en el grado I, nivel 2.
- El séptimo y octavo año, a quienes sean valorados en el grado I, nivel 1.

IV. EL SISTEMA PARA LA PROTECCIÓN DE LA AUTONOMÍA Y DEPENDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

1. La competencia de las Comunidades Autónomas y el reconocimiento expreso de los derechos sociales de las personas dependientes

La aplicación de la Ley de Dependencia estatal, requiere la regulación autonómica de toda una serie de materias que son competencia de las Comunidades Autónomas. Tales como el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia; el régimen de incompatibilidad entre las prestaciones y los servicios; o bien, regular la gestión de las prestaciones económicas para la aplicación del SAAD en la Comunidad Autónoma²⁴.

²³ Disposición final primera de la Ley de Dependencia.

²⁴ Las prestaciones establecidas en la Ley de Dependencia, que pueden tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas, se integran en el Sistema Público de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma.

El artículo 149.1.20^a CE establece la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, aunque éstas en sus respectivos Estatutos se refieren a esta materia utilizando otros términos, que, no obstante, todos ellos vienen a referirse a las materias propias de los servicios sociales²⁵. Todas las Comunidades Autónomas han recogido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en esta materia. Si bien, hemos de distinguir entre dos grupos de Estatutos de Autonomía según hagan o no referencia expresa a las situaciones de dependencia. De un lado, los Estatutos de Autonomía no reformados y los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de modificación; de otro lado, los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de una reforma integral y como consecuencia, sustituidos entre los años 2006 y 2007. Sólo en estos últimos se recoge expresamente la referencia a las situaciones de dependencia²⁶.

El primer grupo de Estatutos reconoce con carácter general los derechos y libertades fundamentales que establece la Constitución Española y la cláusula general que obliga a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Es el caso de los Estatutos de las Comunidades Autónomas de Galicia²⁷, el País Vasco²⁸, Navarra²⁹, (cuyos Estatutos no han sido reformados), Cantabria, Canarias, Madrid, Asturias, Castilla La Mancha, Murcia, entre otras, o también los de las Ciudades

²⁵ Véase TORRES LÓPEZ, M.A., “Régimen jurídico administrativo de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pp. 177.

²⁶ Si bien, un caso especial lo constituye el Estatuto Valenciano, que ha sido objeto de reforma en 2007, sin llegar a ser sustituido.

²⁷ Ley Orgánica 1/1981, de 6 abril, Estatuto de Autonomía de Galicia: Artículo 27.23, atribuye la competencia exclusiva en materia de asistencia social.

²⁸ Ley Orgánica 3/1979, de 18 diciembre, Estatuto de Autonomía del País Vasco: Artículo 10.12, atribuye la competencia exclusiva en materia de asistencia social.

²⁹ Ley Orgánica 13/1982, de 10 agosto, Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra: Artículo 44.17, atribuye competencia exclusiva en materia de asistencia social.

de Ceuta y Melilla³⁰. En todos ellos, se asumen las competencias exclusivas en materia de asistencia social y bienestar social, aunque expresamente se extiende de la competencia, según los casos, a la promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, inserción y rehabilitación. Si bien, en ninguno de ellos hay referencia alguna a la atención de las situaciones de dependencia.

Los nuevos Estatutos de Autonomía, esto es, aquellos que han sido objeto de una reforma integral entre los años 2006 y 2007, incluido el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Valencia, no se limitan a asumir la competencia exclusiva en materia de asistencia social, donde reside la legitimación para realizar actuaciones en este ámbito, sino que, con acertado criterio, sí reconocen expresamente la necesidad de atender estas situaciones de dependencia y lo hacen, a través del reconocimiento de un verdadero derecho de acceso a los servicios sociales, inspirador y principio rector de las políticas públicas en la materia. Es el caso de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Aragón, Islas Baleares, Castilla y León. En todos ellos se parte del reconocimiento de todos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española, y expresamente se dice que los derechos y principios reconocidos en el Estatuto de que se trate no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes.

2. El reconocimiento de los derechos de las personas dependientes en el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma de Andalucía³¹

En Andalucía esto supone dotar de un específico contenido de desarrollo el enunciado del artículo 24 y 37 del texto de nuestro nuevo Estatuto de Autonomía aprobado también en noviembre de 2006.

³⁰ Ley Orgánica 1/1995, de 13 marzo, Estatuto de Autonomía de Ceuta: Artículo 21.1.18^a, competencia en materia de asistencia social; la competencia de la ciudad de Ceuta comprenderá las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria (artículo 21.2). Del mismo modo y en el mismo sentido se establece para la Ciudad de Melilla, a través de la Ley Orgánica 2/1995, de 13 marzo, Estatuto de Autonomía de Melilla (artículo 21.1.18^a y 2).

³¹ En adelante nos referiremos a la Comunidad Autónoma de Andalucía con el término “Andalucía”.

Con carácter general, el artículo 23 del Estatuto, se refiere a la garantía pública del derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales. Sobre esta materia tienen la competencia las Comunidades Autónomas, quienes han regulado su propia normativa de servicios sociales³².

Con carácter más específico, el artículo 24 se refiere a las personas con discapacidad o dependencia, a las que se les reconoce el derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.

Por otra parte, en el artículo 37 del Estatuto, se establecen los principios rectores de las políticas públicas que deben tender a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos; en concreto los que afectan más directamente a la materia que nos ocupa son los siguientes:

- La prestación de unos servicios públicos de calidad.
- El acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente, asegurando su protección social e incentivando el envejecimiento activo y su participación en la vida social, educativa y cultural de la comunidad.
- La especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida.
- La autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras.
- El uso de la lengua de signos española y las condiciones que permitan alcanzar la igualdad de las personas sordas que opten por esta lengua, que será objeto de enseñanza, protección y respeto.

Amparándose con ello una necesaria potenciación de la aplicación de las nuevas tecnologías en la mejora no sólo de la calidad de los servicios públicos prestados en general (artículo 37.1º EAAnd), sino de la protección a la situaciones de dependencia en particular.

³² A la Comunidad Autónoma de Andalucía le corresponde la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 61.1.a) de su Estatuto de Autonomía.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía³³, uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma en aras de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, siempre en defensa del interés general, es “la especial atención a las personas en situación de dependencia”, así lo establece el artículo 10.3.15º EAA. Y más adelante, reconoce entre los principios rectores de las políticas públicas, la especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida. Lo hace en el artículo 37.4º, y de forma independiente al reconocimiento de otros principios rectores relacionados como son: de un lado, el acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente, asegurando su protección social e incentivando el envejecimiento activo y su participación en la vida social, educativa y cultural de la comunidad (artículo 37.3º); y, de otro lado, la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras (artículo 37.5º).

Además, expresamente se reconocen en artículos independientes:

1) El derecho de las personas mayores a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes³⁴.

2) El derecho de las personas con discapacidad y “las que estén en situación de dependencia” a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social³⁵.

³³ Ley Orgánica 2/2007, de 19 marzo, Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

³⁴ Artículo 19 EAA.

³⁵ Artículo 24 EAA.

A su vez, se establece como garantía de la efectividad de los principios rectores, su carácter informador de las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen³⁶. Y corresponde a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptar las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas.

3. La estructuración del Sistema en Andalucía

La Ley de Servicios Sociales de Andalucía, Ley 2/1988, de 4 de Abril, tiene por objeto la regulación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante el ejercicio de una acción administrativa coordinada, un sistema público de Servicios Sociales, con el fin de poner a disposición de las personas y grupos en que se integran, recursos, acciones y prestaciones para el logro de su pleno desarrollo, así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que conducen a su marginación³⁷.

El Sistema se estructura en torno a dos modalidades de Servicios:

- a) Los Servicios Sociales Comunitarios, que son los que constituyen la estructura básica del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, y cuya finalidad es lograr unas mejores condiciones de vida para el pleno desarrollo de los individuos y de los grupos en que se integran, mediante una atención integrada y polivalente.
- b) Los Servicios Sociales Especializados, que son aquellos que se dirigen hacia determinados sectores de la población que, por sus condiciones o circunstancias, necesitan de una atención específica, y se estructuran territorialmente de acuerdo con las necesidades y características propias.

La articulación de las competencias en materia de servicios sociales ha de hacerse teniendo en cuenta las competencias locales. Veremos, además, que en materia de dependencia la real puerta de entrada al SAAD es desde el ámbito local.

³⁶ Por otra parte, es la garantía que establece la Constitución en el artículo 53.3, respecto de los principios rectores de la política social y económica.

³⁷ Artículo Primero de la Ley.

En cuanto a las competencias para llevar a cabo este Sistema publico de servicios sociales, la Ley diferencia las correspondientes a la Administración Autonómica, a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos³⁸. De acuerdo con ello:

1.- Corresponde a la Administración Autonómica:

- La planificación general de los Servicios Sociales.
- La coordinación de actuaciones y programas entre sus propios Departamentos, con las distintas Administraciones Públicas y con los sectores de la iniciativa social.
- El establecimiento de prioridades que haga efectiva la coordinación de la política de inversiones y servicios de las Corporaciones Locales.
- La supervisión y control del cumplimiento de la normativa respecto de los servicios prestados tanto por Instituciones públicas como privadas.
- La determinación de los criterios generales para la participación de los usuarios en los Servicios Sociales.
- La gestión, a través del Instituto Andaluz de Servicios Sociales de los Servicios Sociales propios que requieran su prestación supraprovincial.
- La promoción y realización de investigaciones y estudios y actividades formativas.
- La asistencia y asesoramiento técnico a las entidades públicas o de iniciativa social que lo soliciten.
- La creación y organización del Registro de Entidades y Centros de Servicios Sociales en Andalucía.
- La tutela y alta dirección de los entes y organismos, dependientes de la Administración Autonómica y que desarrollen tareas en el campo de los Servicios Sociales.

2.- Corresponde a las Diputaciones Provinciales, al margen de las competencias que tengan atribuidas legalmente con el carácter de propias, las siguientes con el carácter de competencias delegadas por la Junta de Andalucía:

³⁸ Es extensa la bibliografía en materia de servicios sociales y competencias de las Administraciones Públicas. Entre la más reciente y con carácter específico sobre la Comunidad Autónoma de Andalucía, véase GONZÁLEZ JAIME, E., *Competencias de las Entidades Locales de Andalucía sobre servicios sociales*, ed. Iustel, 2009.

- Gestión de los Centros y establecimientos de Servicios Sociales especializados de ámbito provincial y supramunicipal.
- Coordinación y gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios, y de los de Servicios Sociales Especializados de ámbito local, en los municipios de hasta 20.000 habitantes.
- Ejecución y gestión de los programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que le pueda encomendar el Consejo de Gobierno.

3.– En cuanto a los Ayuntamientos, junto a la competencia propia que en materia de Servicios Sociales les corresponde ejercer en su ámbito territorial, conforme a lo dispuesto en la LRBRL y dentro del marco de la LSSA, también serán competencias por delegación de la Junta de Andalucía las siguientes:

- La gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios en los municipios de más de 20.000 habitantes.
- La gestión de los Centros de Servicios Sociales Especializados de ámbito local, en los municipios de más de 20.000 habitantes.
- La ejecución de los programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno.

Junto a las competencias, en el nivel organizativo de gestión y participación, más nos interesa este último, hemos de mencionar los siguientes:

- a) La Fundación Andaluza de Servicios Sociales.
- b) En cuanto a la participación distinguir:

1.– De un lado, el Consejo Andaluz de Servicios Sociales, como órganos de participación, de naturaleza consultiva y asesora y en el que están representadas la Administración autonómica y las Corporaciones locales, amén de otras organizaciones y colectivos relacionados.

2.– De otro lado, a nivel provincial y municipal, los Consejos de Servicios Sociales.

Entre las funciones que tienen atribuidas estos Consejos de Servicios Sociales, destacamos la de emitir los dictámenes que le sean solicitados por entidades competentes en la materia, cada uno en su ámbito territorial propio, tratándose de los Consejos de ámbito local, quienes también deberán contribuir a suscitar la participación de la población en la definición de las necesidades sociales.

Para la consecución de estas funciones la Consejería competente en materia de Servicios Sociales, deberá facilitar la documentación y medios necesarios.

El interés en destacar los órganos de participación estriba en dar respuesta a algunas cuestiones que se plantean en la aplicación efectiva de la Ley de Dependencia, cuando las competencias formalmente corresponden a la Administración Autonómica, pero, sin embargo, son las Administraciones Locales las que determinarán el verdadero acceso al sistema, a través de la elaboración del Programa Individual de Atención.

V. FORMA DE GESTIÓN DEL SAAD EN ANDALUCÍA. LA AGENCIA ANDALUZA PARA LA DEPENDENCIA

1. La articulación del SAAD en la Comunidad Autónoma de Andalucía: la organización administrativa específica

La LD estatal ha sido desarrollada por el 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.

Desde la perspectiva de la organización administrativa, hemos de partir de la Ley 9/2007, de 22 de Octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que conforma la tipología de entes instrumentales de esta Comunidad Autónoma. Y para el tema concreto que estudiamos, su disposición adicional sexta, en tanto en cuanto, en ella se autoriza la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía.

Y, por otra parte, el Decreto 122/2008, de 29 de Abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, cuya disposición transitoria primera se refiere a la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía y los órganos competentes hasta tanto se cree la Agencia para la atención a la Dependencia.

De acuerdo con lo expuesto podemos diferenciar dos formas de gestión diferentes. En primer lugar, una gestión de carácter transitorio a través de las Delegaciones provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Y, en segundo lugar, la gestión definitiva del SAAD a través de la Agencia Andaluza para la Atención de la Dependencia.

En cuanto a la primera, los órganos competentes con asunción de las funciones específicas en la materia son la Consejería de Igualdad y Bienestar Social y sus Delegaciones provinciales y los Servicios Sociales Comunitarios.

Se erige en principio fundamental de organización y relación entre la Administración Autonómica y las Entidades Locales el de la coordinación y cooperación interadministrativa, así como también como medio para conseguir la eficacia administrativa en la gestión de los servicios públicos.

Sobre esta base, y de acuerdo con la normativa sobre dependencia, a la Comunidad Autónoma de Andalucía le corresponden las competencias en materia de:

- La valoración de la situación de dependencia.
- La resolución de los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia.
- La prescripción de servicios y prestaciones.
- La gestión de las prestaciones económicas establecidas en la Ley de Dependencia.

En concreto, ejercen estas competencias las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de servicios sociales. Si bien, el correcto ejercicio de éstas exige la necesaria coordinación con la Administración Local, en tanto en cuanto, la propia norma exige 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 SAAD, en los términos establecidos en la Ley de Dependencia y normativa autonómica. Además, a los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al Municipio de residencia de las personas solicitantes les corresponde iniciar la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y, en su caso, del derecho a las prestaciones del SAAD, así como la elaboración de la propuesta de Programa Individual de Atención. De lo dispuesto en éste dependerán las intensidades de los servicios³⁹.

Aún disponiendo de las más amplias competencias las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de servicios sociales, lo cier-

³⁹ Con carácter general, véase PÉREZ CASTILLO, R., *El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia: perspectivas de desarrollo y de futuro en el marco del Estado del Bienestar Social en la Comunidad Autónoma Andaluza*, ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009.

to es que la efectividad del Sistema va a depender de la actuación llevada a cabo por la Administración Local. Ello se deduce de los trámites del procedimiento:

1.- El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia es un procedimiento que se inicia a instancia de parte interesada, a través de la correspondiente solicitud que debe presentarse en los servicios sociales comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona solicitante⁴⁰.

2.- Los servicios sociales comunitarios remitirán la solicitud, una vez completada en plazo, al órgano de valoración (dentro de cada delegación provincial se ha creado un Servicio de Valoración de la Dependencia) que será quien determine el momento en que acudirán al domicilio del solicitante para realizar la valoración según el baremo formalmente aprobado⁴¹. Los órganos de valoración serán los encargados de determinar el grado y nivel de la dependencia. Están formados por el personal definido en la correspondiente relación de puestos de trabajo, perteneciente a las áreas social o sanitaria, e integrado en la estructura administrativa de la respectiva Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales. En cada Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales existirá un Servicio de Valoración que se constituye como un órgano de valoración.

Por otra parte, para la determinación del grado y nivel de dependencia de la persona interesada, el órgano de valoración debe tener en cuenta varios informes:

- a) El informe sobre la salud que él mismo debe recabar conforme al modelo que se establezca. Debemos preguntarnos: ¿quién establece el modelo? ¿A quién se recaba el informe?
- b) El informe sobre el entorno en el que viva el interesado y, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas. Debemos nuevamente preguntarnos: ¿A quién se le pide ese informe?
- c) Informes complementarios o aclaratorios que, de modo excepcional, puede el órgano de valoración solicitar. De nuevo: ¿A quién?

⁴⁰ Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴¹ Baremo aprobado por el Real Decreto 504/2007, de 20 de Abril.

- d) Igualmente puede recabar de los Servicios Sociales Comunitarios, o de otros organismos, los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes cuando el contenido de los antecedentes obrantes en el expediente o las especiales circunstancias de la persona interesada así lo aconsejen.

Como hemos comentado anteriormente, los Consejos Provinciales y Municipales de Servicios Sociales tienen entre sus funciones la de emitir los dictámenes que le sean solicitados por entidades competentes en la materia. Cabe interpretar que tales informes que solicite el órgano de valoración, lo haga a quien tiene competencia sobre ello, en el ámbito territorial que corresponda.

3.- Una vez concluida la valoración de la situación de dependencia el órgano de valoración eleva al titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, propuesta de resolución conteniendo el dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los servicios y prestaciones que la persona pueda requerir. El Delegado Provincial dictará la correspondiente resolución, indicando el grado y nivel de dependencia de la persona solicitante, la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia conforme al calendario establecido en la Ley de Dependencia; así como también los servicios o prestaciones que, en su caso, correspondan a la persona interesada de acuerdo con su grado y nivel de dependencia.

Si en el plazo de tres meses, desde la entrada de la solicitud en el Registro de Servicios Sociales Comunitarios que corresponda, no se ha notificado resolución expresa, se entiende desestimada la solicitud.

4.- La resolución de reconocimiento de la situación de dependencia tendrá validez en todo el territorio del Estado y deberá comunicarse a los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona interesada. Su eficacia quedará demorada hasta la aprobación del correspondiente Programa Individual de Atención.

De manera que, iniciado y terminado el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia, así como la determinación de los derechos y prestaciones que correspondan, aún queda demorada la eficacia a la aprobación del denominado Programa Individual de Atención.

Y es que corresponde a los Servicios Sociales Comunitarios elaborar la propuesta de Programa Individual de Atención correspondiente a la persona

beneficiaria. Para ello y con la documentación exigida al interesado, deberán realizar un informe social en el que se detalle la situación social, familiar y del entorno de la persona en situación de dependencia. En el plazo máximo de dos meses, deberán remitir a la Delegación Provincial correspondiente, además de la propuesta del Programa Individual de Atención, las declaraciones, documentación acreditativa del trámite de audiencia y el informe social citado.

El Programa Individual de Atención tendrá el siguiente contenido⁴²:

- a) Datos y circunstancias personales y familiares de la persona en situación de dependencia.
- b) Servicio o servicios prescritos, con indicación de las condiciones específicas de la prestación de éste, así como de la participación que en el coste del mismo pudiera corresponder a la persona en situación de dependencia según su capacidad económica.
- c) En su caso, de no ser posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, prestación económica vinculada al servicio.
- d) Excepcionalmente, prestación económica para cuidados familiares, cuando la persona beneficiaria esté siendo atendida en su entorno familiar y se reúnan las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.
- e) En su caso, prestación económica de asistencia personal, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.

El control y seguimiento de la correcta aplicación del Programa Individual de Atención, corresponde a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, pero, aún siendo la responsable de esta función, para realizar el seguimiento necesariamente debe contar con la colaboración de los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona que se encuentre en situación de dependencia. Lo que también se exige en cuanto al seguimiento de la aplicación de prestaciones, ayudas y beneficios y acción administrativa; esto es, a la Administración de la Junta de Andalucía, a través de sus órganos competentes en cada caso, y los Servicios Sociales Comunitarios les corresponde velar por la correcta aplicación o utilización de los fondos públicos, prestaciones, servicios y cuantos beneficios se deriven del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

⁴² Artículo 18.1 del Decreto 168/2007, de 12 de junio.

De modo que, las Entidades Locales se erigen en el principal motor del Sistema, al tener atribuidas básicamente las competencias de elaboración y seguimiento del Programa Individual de Atención, pues su participación resulta esencial en este ámbito, lo que, por otra parte, es lo más lógico al ser esta la Administración más cercana al ciudadano y disponer del un sistema propio de servicios sociales en su ámbito territorial.

2. La Agencia Andaluza para la Atención a la Dependencia como forma de gestión del Sistema

A. La Administración Instrumental de la Comunidad Autónoma de Andalucía

La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía⁴³, establece un nuevo modelo organizativo de los entes instrumentales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, basado en el concepto de Agencia Administrativa al que ya se refiriera la legislación estatal en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos y a las que le atribuye un régimen jurídico común y aplicándoles, como técnicas de mayor eficacia y transparencia de la gestión pública, mecanismos de control y responsabilidad por resultados de la gestión del sector público.

Esta Ley determina el régimen jurídico de las Entidades Instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía. La clasificación de estas Entidades Instrumentales diferencia entre las Agencias, de un lado⁴⁴, y las Entidades Instrumentales privadas, esto es, las sociedades mercantiles del sector público andaluz y las fundaciones del sector público andaluz, que en modo alguno podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta la disposición adicional segunda de la LAJA, que se refiere como Administración institucional a las entidades públicas vinculadas con personalidad jurídica propia a las que se les reconoce expresamente por ley independencia funcional o un especial régimen de autonomía respecto de la Administración de la Junta de Andalucía⁴⁵.

⁴³ En adelante LAJA.

⁴⁴ Artículo 52 LAJA, que determina, a su vez, el carácter de Administración institucional de las Agencias, dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁴⁵ Estas entidades se regularán por su normativa específica y supletoriamente por lo establecido con carácter general en la LAJA para los distintos tipos de agencias que resulte de aplica-

Y, por supuesto, hasta tanto no se efectúe su adecuación a las previsiones de la LAJA, se incluyen los Organismos Autónomos y Entidades de Derecho Público que por ley someten su actividad al Derecho Privado, así como los consorcios autonómicos previstos en el artículo 12 LAJA⁴⁶.

B. Los tipos de Agencia en la LAJA

La LAJA convierte el concepto de Agencia en un modelo organizativo genérico, que integra los distintos regímenes jurídicos de Entidades Públicas que conforman la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía. Se define como entidad de Derecho Público, de carácter institucional, con personalidad jurídica dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional⁴⁷.

En el Título III LAJA se establece la regulación específica de las Agencias, distinguiendo tres modalidades: las Agencias Administrativas, las Agencias Públicas Empresariales y las Agencias de Régimen Especial.

Básicamente, las Agencias Administrativas y las Agencias Públicas Empresariales vienen a sustituir a los Organismos Autónomos y a las Entidades Públicas Empresariales, respectivamente⁴⁸. La auténtica novedad en este modelo organizativo la representa el nuevo tipo de Agencia denominada Agencia

ción en atención a las características de cada entidad. En lo que se refiere a su régimen económico-financiero, de control y de contabilidad se regulará por lo dispuesto en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁴⁶ La Disposición transitoria única de la LAJA prevé la adaptación de los organismos autónomos y otras entidades a las previsiones de la Ley, así como a los consorcios referidos en el artículo 12; y establece para ello un período transitorio de tres años a partir de su entrada en vigor, en el que el proceso de adecuación debe haber concluido. Adecuación de los organismos autónomos al régimen de las agencias administrativas; adecuación de las entidades de Derecho público previstas en el artículo 6.1 b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía al régimen de las agencias públicas empresariales; o bien, en determinadas circunstancias se podrá plantear la adecuación de al régimen de las agencias especiales.

⁴⁷ Artículo 54 LAJA.

⁴⁸ A los que se refieren los artículos 4 y 6 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

de Régimen Especial, al que responde la futura creación de la Agencia Andaluza para la Atención de la Dependencia prevista en la Disposición Adicional Sexta de la LAJA.

La sección 1ª del Capítulo 2 del Título III LAJA establece las disposiciones comunes del régimen jurídico de las Agencias, con carácter general. Una muy breve referencia a ello nos lleva a destacar los siguientes aspectos:

1. En la esfera de sus competencias le corresponden las potestades administrativas que sean precisas para el cumplimiento de sus fines, y determinadas en sus estatutos.
2. Su creación ha de ser por ley en el caso de las Agencias Administrativas y las Agencias Públicas Empresariales; mientras que la creación de una Agencia de Régimen Especial sólo requiere la autorización previa por ley y se producirá con la aprobación de su estatuto por Decreto.
3. Los Estatutos de la Agencia determinan su efectivo régimen de funcionamiento: órganos de dirección y competencias; funciones y competencias (potestades administrativas); patrimonio y recursos económicos; régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero, de contabilidad; recursos humanos, patrimonio y contratación).
4. Plan inicial de actuación de las Agencias con un ámbito temporal de cuatro años, en el que se indiquen los objetivos a alcanzar y los recursos humanos, financieros y materiales precisos para su funcionamiento.

Las secciones 2ª y 3ª del mismo capítulo 2, se refieren a las Agencias Administrativas y a las Agencias Públicas Empresariales, respectivamente. Las Agencias Administrativas son aquellas entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo y a las que se les atribuye, en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas⁴⁹.

⁴⁹ Artículos 65 a 67 LAJA. De modo que, para la creación de una Agencia de este tipo debe darse alguno de los siguientes requisitos: a) Necesidad de dotar al servicio o actividad de que se trate de una especial autonomía de gestión respecto de los órganos de la Consejería a los que se encuentre adscrito; b) Existencia de un patrimonio que por su especial volumen o entidad requiera su gestión a través de una entidad con personalidad jurídica; c) Existencia de un servicio susceptible de financiarse en más de un cincuenta por ciento mediante los ingresos que genere su propia actividad (artículo 66).

Las Agencias Públicas Empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Éstas se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación⁵⁰.

En ambos casos, las Agencias asumen potestades administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien, en ningún caso pueden implicar el ejercicio de autoridad. Esta es una de las diferencias con las Agencias de Régimen Especial, a las que se refiere la sección 4^a del capítulo 2, y que define como las entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades que pueden asumir las anteriores Agencias, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad y requieran especialidades en su régimen jurídico, sometándose al Derecho privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específi-

En materia de personal a su servicio, éste puede ser funcionario, laboral, o en su caso, estatutario, en los mismos términos que los establecidos para la Administración de la Junta de Andalucía. Si bien, se pueden establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de personal de la Agencia en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal.

⁵⁰ Artículos 68 a 70 LAJA. El personal de las Agencias Públicas Empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral y será seleccionado mediante convocatoria pública, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. En cualquier caso, es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de Abril), cuyo artículo 9.2 determina que “en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. Además, expresamente la LAJA se refiere al personal directivo de este tipo de Agencias, como el personal que ocupa puestos de trabajo determinados como tales en los estatutos, en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas asignadas siendo su régimen jurídico el previsto en el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la normativa de desarrollo dictada por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

camente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación⁵¹.

Además, el régimen jurídico de actuación y, sobre todo en materia de personal es bien distinto como a continuación nos referiremos en su aplicación a la Agencia Andaluza para la Atención de la Dependencia como Agencia de Régimen Especial.

C. La Agencia para la Atención de la Dependencia como Agencia de Régimen Especial

La gestión del Sistema para la Atención de la Autonomía y Dependencia en Andalucía va a transformarse en una gestión descentralizada a través de una Agencia de Régimen Especial, caracterizada, entre otros aspectos, por las siguientes notas que consideramos más problemáticas en aras de la eficacia de un servicio público y la dispensa de los derechos subjetivos que garantiza el SAAD:

1. Es una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía, para cuyos fines se le asignan funciones que impliquen ejercicio de autoridad. La LAJA exige que la configuración de una Agencia de este tipo se justifique, además de en la atribución de dichas funciones, en que su régimen jurídico requiera ciertas especialidades. El problema está en la determinación de dichas especialidades de su régimen jurídico a las que alude el artículo 71.1 LAJA. En este sentido, al no diferenciarse sustancialmente de los otros dos tipos de Agencia, las especialidades hay que encontrarlas en la incorporación de las técnicas de gestión y control por objetivos, en concreto: el contrato plurianual de gestión, el plan de acción anual y la comisión de control.
2. A diferencia de las otras Agencias, es suficiente para su creación con una autorización previa por Ley, siempre y cuando se describa en la misma su objeto y fines generales.

La disposición adicional sexta de la LAJA comprende dicha autorización para la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalu-

⁵¹ Artículos 71 a 74 LAJA.

cía, como Agencia de régimen especial, determinando su adscripción a la Consejería competente en materia de servicios sociales. El objeto y los fines generales los describe muy sintéticamente: “la gestión de los servicios de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia en Andalucía”, pero que han de entenderse suficientes para cumplir con la previsión legal. Posteriormente, con la aprobación de su Estatuto por decreto del Consejo de Gobierno y a propuesta conjunta de las personas titulares de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda, se produce la creación de la Agencia.

3. Especialidades de régimen jurídico:

a) El contrato plurianual de gestión. La Agencia Andaluza para la Atención a la Dependencia, debe elaborar un contrato plurianual de gestión en el que se definan:

- Los objetivos a perseguir.
- Los resultados a obtener.
- La gestión a desarrollar.

Además de otros extremos relativos a:

- Los recursos personales, materiales y presupuestarios a aportar para la consecución de los objetivos.
- Los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos. Ello en cuanto a la exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y del personal directivo, así como el montante de masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral.

Por supuesto, que el margen de apreciación de dichos efectos es muy amplio y su mayor o menor exigencia traducida en mayor o menor responsabilidad, dependerá de lo que se quiera acordar por el Consejo de Gobierno al definir el contrato plurianual de gestión, pues es este órgano el que tiene la competencia para aprobar el contrato de gestión de las agencias de régimen especial.

– Otros extremos que se establezcan mediante orden conjunta de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda, en la que se determinará, asimismo, el procedimiento de elaboración, contenido y efectos.

La actuación de la Agencia se produce con arreglo al plan de acción anual bajo la vigencia y conforme al contrato plurianual de gestión.

b) La comisión de control.

Como técnica de control de la eficacia de la Agencia, dispone la Ley que se creará una comisión de control. Previsión, desde luego, acertada. Si bien, la eficacia del control es difícil de precisar cuando la composición de la misma depende de lo que se determine en los estatutos. Esta comisión tiene la función de informar sobre la ejecución del contrato de gestión y, en general, sobre todos aquellos aspectos relativos a la gestión económico-financiera que deban conocer los órganos de gobierno de la agencia y que se determinen en los estatutos.

4. Régimen de personal⁵².

En principio, el personal de la Agencia se rige por el Derecho laboral, salvo las funciones que impliquen ejercicio de autoridad que serán desempeñadas por personal funcionario, que se rige por la normativa aplicable en materia de función pública.

Lo más llamativo es la atribución a este tipo de Agencias de competencias propias en materia de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción, provisión de puestos y movilidad de su personal, conforme a dos pautas:

1. La oferta de empleo de la agencia se integrará en la correspondiente oferta de empleo público de la Administración de la Junta de Andalucía.

2. La selección del personal se realizará mediante convocatoria pública, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, respetando la reserva en el acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

Pero lo que más incertidumbre genera es la posibilidad de que la Agencia seleccione a su personal laboral a través de sus propios órganos de selección. De manera que, aunque las convocatorias de selección de personal funcionario se efectúe normalmente por la Consejería a la que se encuentre adscrita la Agencia, excepcionalmente, también puede hacerse por la propia Agencia, previa autorización, en todo caso, de la Consejería competente en materia de función pública.

⁵² Artículo 74 LAJA.

En la actualidad esta es una de las mayores incertidumbres que genera esta forma de gestión, sobre todo en lo que respecta a las competencias que se le atribuyen a la Agencia, de un lado, y las expectativas del personal que está sosteniendo el SAAD en el período transitorio, que no tiene garantía alguna en la continuidad de la prestación de sus servicios.

En cuanto a los conceptos retributivos del personal funcionario, serán los establecidos en la normativa de función pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus cuantías se determinarán en el marco del correspondiente contrato de gestión. Las condiciones retributivas del personal laboral se determinan en el convenio colectivo de aplicación y en el respectivo contrato de trabajo.

Uno de los aspectos fundamentales sobre los que se basa la eficacia de la gestión de la Agencia, a modo de incentivo, lo constituye la cuantía de la masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral, al estar en todo caso vinculada al grado de cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión. Asimismo, respecto del personal directivo y el personal no sujeto a la normativa aplicable en materia de función pública, cuyas condiciones retributivas, además de requerir el informe previo y favorable de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda, éstas Consejerías son también competentes para realizar controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de recursos humanos, conforme a los criterios establecidos previamente por las mismas.

D. La modificación por Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público

Razones de urgencia y necesidad han provocado la reforma por Decreto-Ley del sector público andaluz, lo que ha afectado también a la Agencia Andaluza para la Atención a la Dependencia; quizás ahora pueda crearse, cuando el Sistema ya ha iniciado su andadura desde hace unos años.

A partir de esta norma, ya no se creará una Agencia específica para la atención a la dependencia en Andalucía, ni tampoco será una Agencia de Régimen Especial, sino que se amplía su campo de acción, extendiéndose a los servicios sociales junto a la dependencia, que también es un servicio social, y se configura como una Agencia Empresarial.

El artículo 18 del Decreto-Ley contempla la creación de la denominada Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, como agencia pú-

blica empresarial, de las previstas en el artículo 68.1.b) de la LAJA; con personalidad jurídica propia, plena capacidad jurídica y de obrar; patrimonio tesorería propios, así como autonomía de gestión; adscrita a la Consejería o Consejerías que se establezca por el Consejo de Gobierno.

La creación de esta Agencia es paralela a la extinción de la de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y de la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social. Subrogándose aquélla en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que son titulares la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social.

En consonancia con ello, la nueva Agencia tiene como objetivos, los propios del Sistema de Atención a la Dependencia, así como la promoción, desarrollo y gestión de recursos de atención social a las personas, a las familias y a los grupos en que éstas se integran para favorecer su bienestar, así como la gestión de recursos y el desarrollo de actuaciones en materia de protección a la infancia; y la atención a las drogodependencias y adicciones; y la incorporación social para la atención a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social.

En cuanto al régimen jurídico de la Agencia varía respecto del anterior configurado en la LAJA y descrito en el apartado anterior, aunque con los mismos interrogantes que antes se planteaban, sobre todo, en relación al personal de la Agencia.

Los Estatutos de la Agencia deben aprobarse antes del 31 de diciembre de 2010. A partir de la entrada en vigor de los Estatutos tendrá lugar la constitución efectiva de la Agencia.

VI. CONCLUSIONES

El Sistema para la Promoción de la Autonomía y Atención a la Dependencia es sin duda uno de los mayores retos de los Servicios Sociales en nuestro Estado, sobre todo en la defensa de un nuevo derecho subjetivo que asiste a todas las personas dependientes. La articulación y efectividad del SAAD exige la cooperación y coordinación entre todas las Administraciones Públicas.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha optado, como hemos señalado, por un modelo de gestión descentralizada a través de, en primer lugar, un nuevo tipo de Agencia denominada Agencia de Régimen Especial, carac-

terizada fundamentalmente por su sometimiento al Derecho privado, salvo las excepciones indicadas, propias como entidad de Derecho público que es, para después, sin haber llegado a crearse ésta, sustituirla por una Agencia de objeto más amplio y de régimen distinto, esto es, una Agencia Pública Empresarial, denominada Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

Este nuevo modelo de gestión, exige la aglutinación de las competencias en la materia en dicho organismo, de manera que las competencias que actualmente y en diversos aspectos, se concentran en la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, así como, las que asume la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, sobre todo, en relación con recursos humanos, han de ser asumidas por la Agencia para la Atención de la Dependencia en Andalucía, además de las concentradas en la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social. Ambas fundaciones se extinguirán, subrogándose la nueva Agencia en las relaciones jurídicas de éstas.

El nuevo modelo de gestión puede tener sus ventajas, aunque el tránsito al mismo conlleva ciertas incertidumbres. Ventajas tales como la eficacia de la gestión, al basarse en objetivos a cumplir en un período determinado conforme al contrato plurianual y al plan anual de acción y cuyo incumplimiento puede traducirse en un detrimento de los conceptos retributivos, siempre y cuando se elabore adecuadamente el contrato plurianual de gestión y funcione correctamente la comisión de control.

Las incertidumbres también, siendo la más evidente, la del personal al servicio de la Agencia, formas de selección y las expectativas del personal que en la actualidad interviene en la gestión del Sistema.

Por otra parte, permite la LAJA diversas formas de ejercer las competencias y hemos de mencionar entre éstas la encomienda de gestión. En este sentido, expresamente permite que la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho Público, por tanto, también de las Agencias, pueda ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma Administración. La Agencia puede también ordenar a las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz, la ejecución de actividades o cometidos propios de aquellas, siempre que ejerzan sobre ellas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y dichas sociedades y fundaciones realicen la parte esencial de su actividad para la Junta de Andalucía.

Finalmente referirme a una cuestión de gran importancia en todo proceso de reestructuración del sector público que es el régimen de integración del personal, que contempla la disposición adicional cuarta del Decreto-Ley y que afecta al presente caso, cuando el Sistema de Atención a la Dependencia está funcionando a través de las Delegaciones provinciales de la correspondiente Consejería, con un personal variado y contratado con arreglo a diversos tipos de contrato, funcionarios los que menos y personal laboral con cargo a programas los que más. De ahí la incertidumbre que se genera con el nuevo sistema.

En este caso, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de las entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y participación de la Administración de la Junta de Andalucía (fundación andaluza de servicios sociales y fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social), se realizará de acuerdo con un protocolo que adoptará la Consejería competente en materia de Administración Pública, previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y se someterá a informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda. Luego habrá que esperar a que lo elabore, eso sí, siguiendo unas reglas determinadas en la misma disposición adicional cuarta y que se sintetizan como sigue:

1. En relación al personal funcionario, su integración en una agencia pública empresarial será voluntaria. En su caso, se integra como laboral, quedando en su Cuerpo en la situación administrativa de servicios en entidades del sector público andaluz. Y se le reconocerá como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo. Así también se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad. Cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios.

2. Si se trata de personal laboral procedente de las entidades suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, y en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, aún no creado. Así también será en el caso del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía que ocupe puestos de trabajo en las Consejerías afectadas por la reestructuración realizada por este Decreto-Ley, y que desempeñe funciones que sean asumidas por la entidad resultante.

3. El personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una nueva entidad por aplicación del presente Decreto-Ley, podrá participar en las convocatorias de concursos de traslados que se realicen para el personal laboral al que le sea de aplicación el Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía durante los cinco años siguientes a la fecha de integración en la nueva entidad.

4. Los convenios colectivos aplicables a las entidades extinguidas o transformadas y a la Administración General de la Junta de Andalucía seguirán rigiendo los derechos y obligaciones del personal laboral procedente de dichas entidades o de la citada Administración, en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo.

En cualquier caso, la incertidumbre es mayor, no ya respecto del personal de las fundaciones que se extinguen, al que se le aplican directamente estas reglas, sino respecto del personal, acogido a diverso régimen de contratación, que sirve en la actualidad al Servicio de Atención para la Dependencia.

El procedimiento de protección de la legalidad urbanística en Andalucía: su nueva regulación reglamentaria

José Manuel Fernández Luque

Funcionario del Cuerpo de Administradores
Generales de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO. III. ÓRGANOS COMPETENTES. IV. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO. 1. Actuaciones preliminares. 2. Acuerdo de iniciación. 3. La medida cautelar de suspensión. 4. El requerimiento al interesado para que inste la legalización. 5. Instrucción y desarrollo del procedimiento. 6. Terminación del procedimiento. La medida de reposición de la realidad física alterada. 7. Ejecución. V. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO PARA LA REPOSICIÓN DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión urbanística es uno de los “caballos de batalla” de la gestión pública actual. La interacción de intereses públicos y privados¹ que se dan cita en este sector, junto con su incidencia directa sobre el desarrollo del ser humano y los asentamientos en que se organiza, lo convierte en un objeto poliédrico sobre el que inciden muy diferentes disciplinas del saber con un alto grado de especialización. Especial mención tiene, para nosotros, el necesario tratamiento jurídico del urbanismo, que —es nuestra opinión— representa el área de mayor complejidad dentro de la más técnica de las ramas del Derecho, como es el Derecho Administrativo.

¹ Entre los que coexisten los intereses de empresas de diverso tipo, propietarios, vecinos, asociaciones representativas, terceros afectados, Colegios y profesionales, e incluso el interés de quien no tiene más afán que la preservación de la legalidad urbanística.

En el ámbito de lo público, la presencia entremezclada de varias Administraciones con competencias en la materia requiere además una sutil delimitación de funciones, que haga compatibles la actuación, separada pero necesariamente coordinada, de los distintos entes territoriales y el respeto de los principios de supremacía estatal, de autonomía de las diferentes Comunidades o de autonomía local. De esta separación de funciones se encargan tanto el Derecho Constitucional como el Derecho Administrativo, con el Tribunal Constitucional ejerciendo como árbitro en las disputas competenciales. A ello habremos de sumar la interacción sobre el mismo ámbito territorial de normas dimanantes de la Unión Europea² y de otros organismos internacionales, como el Consejo de Europa, con lo que el panorama puede tornarse inextricable.

Dentro del reparto de competencias en el ámbito de las entidades territoriales españolas, encontramos que el artículo 148.1 de la Constitución española señala que *las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: ... 3ª Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*. Para ello será necesario que el correspondiente Estatuto de Autonomía recoja expresamente esta competencia en su articulado. Incluida esta previsión en todos los Estatutos de las Comunidades Autónomas³, como señala GÓMEZ-FERRER MORANT⁴, la

² De cuyas fuentes formales de aplicación directa, el Tribunal Constitucional español ha predicado su *primacía* sobre el Derecho interno (Declaración 1/2004, del Tribunal Constitucional, en relación con la ratificación por parte del Estado español del Tratado por el que *se pretendía establecer* una Constitución para Europa).

³ El Estatuto de Autonomía para Andalucía de 1981 (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre) señalaba, en su artículo 13 (*Competencias exclusivas*), que *la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... Política territorial: ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda*. El apartado tercero del artículo 56 (*Vivienda, urbanismo, ordenación del territorio y obras públicas*) del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) dispone que *corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de urbanismo, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen urbanístico del suelo; la regulación del régimen jurídico de la propiedad del suelo, respetando las condiciones básicas que el Estado establece para garantizar la igualdad del ejercicio del derecho a la propiedad; el establecimiento y la regulación de los instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística; la política de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo; y la protección de la legalidad urbanística, que incluye en todo caso la inspección urbanística, las órdenes de suspensión de obras y licencias, las medidas de restauración de la legalidad física alterada, así como la disciplina urbanística*.

⁴ GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *El control de la legalidad urbanística, ¿qué legalidad?*, Ponencia incluida en VV.AA., *El control de la legalidad urbanística. El Estatuto Básico del Empleado Público. III Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Granada, 8-9 de febrero de 2008*. IAAP, Sevilla, 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, sostiene la competencia exclusiva de las Comunidades en el ámbito urbanístico, con lo que debe concluirse “que el Estado carece de toda competencia en materia urbanística y que no puede legislar en la materia ni aun con carácter supletorio” (el subrayado es suyo). No obstante lo anterior, la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con las que el Estado ostenta en virtud de otros títulos competenciales incluidos en el artículo 149.1 de la Constitución, debiéndose integrar sistemáticamente –como señala la Sentencia– la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo con las facultades estatales que bien pudieran afectar puntualmente a la materia urbanística, si bien el Estado queda sin legitimación para llevar a cabo una regulación general del régimen jurídico del suelo. Sobre esta base, el Estado ha aprobado diversas normas con rango de ley en materia urbanística, estando actualmente en vigor el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo⁵.

Sobre esta cuestión, MARTÍNEZ LÓPEZ–MUÑIZ⁶ concluye que *la legalidad urbanística, bajo el actual sistema constitucional, no debe entenderse algo exclusivo de las competencias de cada Comunidad Autónoma, sino que empezará estando constituida, precisamente en sus aspectos más básicos y determinantes, por la legislación estatal sobre urbanismo sustentada en las competencias reservadas en su favor por la Constitución sobre materias más comprensivas, con las que se puede y se debe incidir en el urbanismo, aun con la con-*

⁵ La Disposición Final primera (*Título competencial y ámbito de aplicación*) del citado Texto Refundido de la Ley del Suelo, invoca como títulos competenciales, a fin de otorgar carácter básico a la práctica totalidad de la norma, a las competencias estatales para el establecimiento de las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (149.1.1^a de la Constitución); el establecimiento de las bases del régimen de las Administraciones Públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente, en ejercicio de las competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1^a, 13^a, 18^a y 23^a de la Constitución; la fijación de las bases de la planificación general de la actividad económica reservada al legislador estatal en el artículo 149.1.13^a de la Constitución, sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas; y la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.4^a, 8^a y 18^a sobre defensa, legislación civil, expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J.L., *Sobre el carácter urbanístico de las competencias estatales para incidir en aspectos básicos de la ordenación general del urbanismo (y la necesidad de revisar la noción de exclusividad competencial autonómica)*, Comunicación incluida en VV.AA., *El control de la legalidad urbanística*

tención necesaria para dejar el debido espacio al ejercicio de las competencias subordinadas —o, en otros casos, yuxtapuestas o parcialmente convergentes— estatutariamente atribuidas a las Comunidades Autónomas.

La Comunidad Autónoma de Andalucía desarrolló esta competencia exclusiva, en buena medida a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional antes comentada, mediante la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptaban con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de Régimen del Suelo y de Ordenación Urbana de Andalucía. Esta norma ha sido derogada, estando actualmente en vigor la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA)⁷, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 154, de 31 de diciembre.

En cuanto al ámbito local, el artículo 137 de la Constitución señala que los municipios y provincias *gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*. En desarrollo de la Norma suprema⁸ y específicamente en el campo que ocupa nuestro estudio, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) dispone en el apartado segundo de su artículo 25: *El Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: ... d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas y conservación de caminos y vías rurales.*

Así, el artículo 2.1.3º de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, va a establecer, en los términos del 25.2 de la LBRL, que *en ejecución de esta Ley (la LOUA) y en las respectivas esferas de competencia que ella les asigna, la actividad urbanística corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y a los municipios*. La propia Exposición de Motivos de la LOUA señala que *la Constitución Española ha consagrado la separación competencial entre las distintas Administraciones territoriales; sin que ello quiera decir que no se asista a una confluencia de diferentes competencias sobre un mismo territorio. Se hace necesario, pues, la determinación de un marco claro en este terreno, porque, junto al reconocimiento de las distintas esferas competenciales, significa también la*

⁷ Cuyo texto original ha sido afectado posteriormente por las Leyes 18/2003, de 29 de diciembre; 13/2005, de 11 de noviembre; y 1/2006, de 16 de mayo.

⁸ Recordamos, aunque pueda ser innecesario por sabido, que la Constitución no incluye un listado y/o reglas para la determinación de las competencias de las entidades locales (como hace con el Estado y con las Comunidades Autónomas), residenciado este deslinde en normas de rango legal.

asunción de las obligaciones inherentes a su ejercicio, por parte de la Administración responsable. Este criterio, que puede expresarse con carácter general, cobra especial importancia en el caso de la legislación urbanística, al residir la mayor parte de las competencias en el ámbito local, si bien se ha reservado a la Administración General del Estado primero, y a la autonómica desde 1978, la apreciación de los intereses supralocales y el control de legalidad. Esta situación deriva hacia la existencia de una concurrencia competencial en determinadas materias, que en unos casos da lugar a una tutela «de facto» de la Administración autonómica sobre la municipal, o bien a una indeterminación de la competencia efectiva, que puede llevar a la desprotección de determinados derechos ciudadanos. Desde esta consideración, y en desarrollo del principio de subsidiariedad plasmado, a su vez, en el Pacto Local Andaluz, esta Ley avanza en la asignación de competencias en materia de urbanismo a los municipios andaluces⁹, asignación que ha tenido un antecedente inmediato en la delegación de competencias urbanísticas en dichos municipios que se hiciera a través del Decreto 77/1994, de 5 de abril, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en materia de ordenación del territorio y urbanismo, determinándose los órganos a los que se atribuyen. Se refuerza con esta Ley el ámbito de decisión y responsabilidad local en materia de urbanismo, sin que ello quiera decir que la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía deje de ejercer sus competencias efectivas en las cuestiones que le son propias (el subrayado es nuestro).

En lo referente a la protección y control de la legalidad urbanística, la Exposición de Motivos de la LOUA afirma: *La minuciosa regulación de la protección de la legalidad urbanística parte de la base de que ésta pasa a ser una competencia municipal universal, sin que quepa la subrogación de la Administración de la Junta de Andalucía en todo tipo de actuaciones*¹⁰. *Esta sí comparte la competencia en protección de la legalidad urbanística en aquellos casos en los que la infracción pueda tener una especial incidencia en la or-*

⁹ En consonancia con la legislación estatal básica, pero en contra de la opinión de buena parte de la doctrina. Así, DESDENTADO DAROCA cita a PARADA VÁZQUEZ, cuando éste afirma: *Solamente el alejamiento del órgano decisorio, cercado y empantanado por intereses cercanos, permitirá evitar el subjetivismo y la arbitrariedad en la gestión del territorio y la protección medioambiental. No hacerlo es insistir en que la zorra siga cuidando del gallinero*. Estas afirmaciones (certeras en el fondo aunque con un cierto regusto peyorativo hacia las autoridades municipales) pueden encontrarse en la Ponencia de DESDENTADO DAROCA, E., *El control de la legalidad urbanística, ¿qué legalidad?*, en VV.AA., *El control de la legalidad urbanística ...*

¹⁰ El artículo 9.1.g) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, destaca expresamente la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, como competencias propias de los municipios andaluces en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanísticas.

denación urbanística, tales como en los actos ejecutados en ausencia del planeamiento preciso para su legitimación, en el supuesto de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, aquellos actos que afecten a la ordenación estructural del planeamiento y todos aquellos que sean calificados de interés autonómico (el subrayado es nuestro).

En este ámbito de la disciplina urbanística como competencia municipal¹¹, se inserta el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado, incluido en el Capítulo V (*La protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado*) del Título VI (*La disciplina urbanística*) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, abarcando este Capítulo los artículos 181 a 188.

Puesta de manifiesto, tanto administrativa como doctrinalmente, la necesidad de desarrollar reglamentariamente el Título VI de la LOUA, el Gobierno de la Junta de Andalucía ha estado trabajando largo tiempo en la elaboración de una norma reglamentaria comprensiva de la Disciplina Urbanística en el ámbito de nuestra región. Mientras, ha estado vigente en nuestra Comunidad Autónoma el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de aplicación supletoria a las actuaciones relativas a la materia en cuestión en suelo andaluz en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria novena de la LOUA¹², aunque, como señala el propio precepto y constata CASTILLO BLANCO, *el RDU es de aplicación supletoria hasta tanto se produzca su desplazamiento por el desarrollo reglamentario correspondiente ... , sin perjuicio, claro está, de que su vigencia haya de ponerse en directa relación con lo dispuesto en la legislación autonómica*¹³.

¹¹ Sin perjuicio de las labores de control, tutela y actuación subsidiaria por parte de la Administración andaluza.

¹² *Disposición Transitoria Novena. Legislación aplicable con carácter supletorio.*

Mientras no se produzca su desplazamiento por el desarrollo reglamentario a que se refiere la disposición final única, seguirán aplicándose en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de forma supletoria y en lo que sea compatible con la presente Ley y otras disposiciones vigentes, las siguientes: ... c) Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística.

¹³ En CASTILLO BLANCO, F.A., *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006. En cuanto a los requisitos que impone la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la aplicación supletoria de las normas estatales, podemos citar a SÁNCHEZ BARRILAO, cuando resume atinadamente: *En este marco, la regla de supletoriedad constituye, precisamente, una cláusula general de reenvío establecida por la*

Este esfuerzo normativo del Ejecutivo y la Administración andaluzes se ha plasmado finalmente en el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (RDU, a partir de ahora), publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 66, de 7 de abril. En dicho Reglamento, el Capítulo V del Título I (*La disciplina urbanística*) se denomina *La protección urbanística: el restablecimiento del orden jurídico perturbado y reposición de la realidad alterada*, ocupando los artículos 36 a 59.

El objeto de nuestro estudio será precisamente el análisis del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, diseñado en la LOUA y desarrollado en el RDU.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento que estudiamos se regula en los artículos 181 a 188 de la LOUA y los señalados artículos 36 a 59 del RDU¹⁴. En dicho cauce procedimental se incluyen los trámites a seguir para adoptar las medidas necesarias a fin de proteger la legalidad urbanística y restablecer el orden jurídico perturbado cuando se realicen actuaciones sujetas a licencia y se carezca de ella, o, en su caso, sin orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de la licencia u orden de ejecución concedidos.

A la vista del contenido de la LOUA, la primera pregunta que hemos de realizarnos es si estamos realmente ante un verdadero **procedimiento ad-**

*propia Constitución —art. 149.3—, para el caso en que las lagunas del Derecho autonómico no puedan integrarse previamente a través de las técnicas de autointegración; es decir, una auténtica instrucción a los agentes jurídicos para que resuelvan aquellas lagunas que encuentren en el proceso de aplicación del Derecho autonómico mediante la remisión al Derecho estatal —SSTC 147/1991 (FJ núm. 7), y 118/1996 (en especial, FJ núm. 6)—. Así, el adecuado funcionamiento de la regla de supletoriedad supone, primeramente, comprobar la condición de auténtica laguna en tanto que ausencia normativa necesitada de solución jurídica y producida dentro del sistema jurídico autonómico en razón a los fines inmanentes y fundamento de las normas de éste; seguidamente, la incapacidad de utilizar las técnicas de autointegración al respecto; a continuación, la localización del sector del ordenamiento estatal que regula la materia objeto de la laguna; e, incluso, la acomodación de éste, en lo posible, a los principios propios del Derecho autonómico —nuevamente, STC 118/1996 (FJ núm. 6)—. En SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *La supletoriedad del Derecho estatal como garantía en la ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 1 (enero-junio 2004).*

¹⁴ Esta regulación es tributaria, salvando las distancias, de la recogida en el artículo 29 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.

ministrativo con una sucesión de actos de trámite que finalizan en una resolución definitiva ejecutable o únicamente ante una serie de actividades concatenadas pero sin conexión procesal entre ellas¹⁵, como pueden ser la adopción de la medida cautelar de suspensión, el requerimiento y eventual tramitación¹⁶ de la legalización de las obras no cubiertas por el título habilitante o la reposición de la realidad física alterada.

Resulta apropiado hacer notar que, con carácter previo a la aprobación del RDU, la Consejería de Gobernación (ahora Gobernación y Justicia) de la Junta de Andalucía —encargada de las relaciones de la Junta de Andalucía con la Administración local¹⁷— había realizado ya en 2006 la recomendación a los Ayuntamientos andaluces, a través del *Manual de Procedimientos Municipales*¹⁸, de considerar todas estas actuaciones como integradas en un único cauce procedimental, insertando las actividades administrativas de los artículos 181 y siguientes de la LOUA en un procedimiento administrativo general del Título VI (artículos 68 a 101) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁹. De esta forma, el acuerdo de inicio debía incluir la toma de la medida cautelar de suspensión y el requerimiento de legalización, conjugando dos procedimientos paralelos (el típico de la Ley 30/1992 y la eventual legalización), para finalizar con una resolución única que resolvía sobre la reposición de la realidad física alterada junto con el resto de cuestiones que pudieran suscitarse en el procedimiento general.

¹⁵ En este sentido, la literalidad de los artículos 181 a 183 de la LOUA podría llevarnos a pensar en la existencia de varias resoluciones definitivas en vía administrativa, sin más vínculos entre sí que su elemento objetivo.

¹⁶ Que tiene su propio procedimiento, concretamente el dispuesto para las licencias urbanísticas.

¹⁷ No en vano se inserta en su organigrama la Dirección General de Administración Local.

¹⁸ ESCRIBANO DEL VANDO, L. y RUIZ MÉNDEZ, A. (*Directores*), *Manual de procedimientos municipales*. Publicación web (http://www.juntadeandalucia.es/gobernacionyjusticia/procedimientos_municipales/). Colección Manuales — Serie Administración Local. Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2006. Desgraciadamente, la edición 2010 de esta misma publicación, disponible en la plataforma web de la Consejería de Gobernación y Justicia, ha renunciado a incluir el procedimiento de protección de la legalidad urbanística.

¹⁹ Curiosamente, el acierto en la recomendación se mezcla con el error de incluir este procedimiento dentro del ámbito genérico de la “potestad sancionadora”.

Como veremos, ésta es la solución que sustenta, con matices, el RDUA y que nosotros mismos adoptamos en el presente trabajo²⁰, por considerarla la postura más garantista para con los derechos de los administrados, ya que si bien la medida cautelar del 181 y el requerimiento del 182 son actos recurribles en todo caso, su incardinación en un procedimiento general permitirá al ciudadano afectado desplegar una más eficaz labor de defensa de sus intereses, formulando alegaciones en cualquier momento y proponiendo pruebas sobre cualquier cuestión relacionada con el expediente, para finalmente tener un trámite de audiencia y vista del expediente una vez instruido aquél completamente²¹. Ello faculta, por otro lado, a la persona interesada a suscitar cuestiones o alegar circunstancias que no parecen tener cabida en principio en los preceptos referidos de la LOUA, sino por vía de recurso, como son, por ejemplo, la prescripción de la acción, la no obligatoriedad de solicitar licencia, el error por parte de la Administración en la interpretación del alcance de la licencia anteriormente otorgada, el error en la identificación de los responsables o de la finca en la que se realiza la actuación, el allanamiento del interesado o el compromiso de éste de ajustarse a los términos de la licencia. Además, esta estructuración del procedimiento va a permitir la personación como interesados de otras personas con derechos o intereses legítimos en liza, e incluso de asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, como titulares de intereses legítimos colectivos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre²².

²⁰ En la Comunidad Autónoma de Cataluña, el artículo 199.2 del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo, señala que el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística da lugar a la instrucción y la resolución de un procedimiento o de más de uno que habrán de tener *por objeto, conjuntamente o separadamente, la adopción de las medidas siguientes: a) La restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado; b) La imposición de sanciones; y c) La determinación de los daños y los perjuicios causados*. Con esta previsión entendemos que la norma catalana prevé que la protección de la legalidad urbanística propiamente dicha (restauración de la realidad física alterada y del orden jurídico vulnerado) habrán de ventilarse en un único procedimiento administrativo, tal como preconizamos en este trabajo. El procedimiento en cuestión, en el ámbito de esa Comunidad, se desarrolla actualmente en los artículos 264 y siguientes del Decreto 305/2006, de 18 de julio, aunque la Disposición final segunda del Decreto Legislativo 1/2010 prevé su adaptación en el plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de dicha norma con rango de ley.

²¹ Aunque no puede olvidarse que la jurisprudencia es restrictiva en relación con los trámites de audiencia a conceder al administrado en este procedimiento, ya que *este específico sistema de control de la legalidad urbanística, en el que prima el interés público, no se articula en expediente ordinario sino sumario y de contenido limitado* (Sentencia de 15 febrero de 2007, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede de Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía).

²² Entiéndase que lo que estamos discutiendo es el alcance y extensión del procedimiento administrativo, pero nunca su existencia. Hoy día no puede negarse seriamente la necesidad de un

No por predicarse de ellos su carácter de trámite, los actos regulados en los artículos 181 y 182 de la LOUA pierden su carácter de recurribles, por reunirse, al menos, alguna de las características señaladas en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre²³, y en el 25.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁴.

El procedimiento para el restablecimiento del orden jurídico perturbado **no es un procedimiento de carácter sancionador**, aunque su puesta en marcha acarreará, en la mayor parte de los casos, la incoación de un expediente administrativo-punitivo paralelo. De esta manera, el artículo 186 de la LOUA señala que la apreciación de la presunta comisión de una infracción urbanística definida en dicha Ley dará lugar a la incoación, instrucción y resolución del correspondiente procedimiento sancionador, sean o no legalizables los actos o usos objeto de éste, si bien el procedimiento para restaurar la legalidad

procedimiento reglado para la producción de las resoluciones administrativas, al configurarse éste como síntoma de “buen gobierno” y como cauce en el que se insertan las garantías de los administrados. CASTILLO BLANCO recuerda cómo PONCE SOLÉ ha señalado que *el procedimiento administrativo se configura así, como uno de los instrumentos posibilitadores del cumplimiento del deber de buena administración*. Continúa CASTILLO afirmando que *es precisamente en éste, y consecuentemente en la buena gestión del mismo, donde se plasma la legitimación de las medidas, graves e inexcusables como se sabe, a adoptar por parte de la Administración pública en esta materia. Ello determinará, por tanto, especiales reflexiones sobre algunas líneas jurisprudenciales que han admitido el sacrificio de éste en base a unos supuestos motivos de eficacia en la acción administrativa lo que, sin duda, y si tenemos en cuenta la concepción de eficacia constitucional, en ningún momento opuesta a la legalidad y mucho menos a los derechos de la ciudadanía, no nos llevará sino a desestimar que dicha concepción pudiera siquiera tener validez en nuestro orden constitucional de principios o valores*. En CASTILLO BLANCO, F.A., *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

²³ *Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 de esta Ley*.

²⁴ *El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*.

urbanística y el procedimiento sancionador se instruirán y resolverán con independencia pero de forma coordinada²⁵.

Existe un caso y un momento procesal en que ambos procedimientos se condicionan entre sí, ya que si al formularse la propuesta de resolución en el procedimiento sancionador aún no hubiera recaído resolución en el de la legalización, se deberá hacer constar expresamente la pendencia de la adopción de las medidas procedentes para el pleno restablecimiento del orden jurídico infringido y, por tanto, en su caso, para la reposición a su estado originario de la realidad física alterada.

Por último, es necesario recordar el **carácter necesario y reglado de las actuaciones de las Administraciones** tendentes a proteger la legalidad y la planificación urbanísticas y a sancionar a aquéllos que atentan contra éstas, siendo pues una potestad de ejercicio obligatorio cuando se den las circunstancias requeridas²⁶. De esta manera, al conocer un hecho de estas características, las Administraciones competentes están obligadas a actuar sin dilación en defensa del interés general, tomando las medidas oportunas e iniciando los procedimientos previstos por la Ley, sin que les sea posible obviar esta responsabilidad²⁷. Como señala ORTIZ MALLOL²⁸, *el incumplimiento de la normativa o el planeamiento urbanístico vigente, siempre que el acto de transformación o uso del suelo carezca de amparo en un acto administrativo respecto del cual haya que presumir su validez (artículo 57 Ley 30/1992), compele a toda Administración Pública con competencias a reaccionar para conseguir la restauración de la legalidad urbanística ... Como resulta de la mera lectura literal de los preceptos transcritos (artículos 181 a 183 de la LOUA), hay que reconocer el carácter imperativo del ejercicio de las potestades de restablecimiento del orden*

²⁵ El inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística no interrumpe el plazo de prescripción de las eventuales infracciones urbanísticas cometidas por los mismos hechos.

²⁶ El referido artículo 199.2 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo catalana, de 2010, señala expresamente que *la potestad de protección de la legalidad urbanística es de ejercicio preceptivo*.

²⁷ De nuevo reaparece el problema ya citado de la *zorra* y el *gallinero*, planteado por PARADA VÁZQUEZ.

²⁸ ORTIZ MALLOL, J.A., *Algunos apuntes en relación con el ejercicio de la disciplina urbanística: competencia, objetivos y carácter de las potestades que la integran*, en Revista Reflexiones – Revista de Obras Públicas, Transportes y Ordenación Territorial, núm. 3 (III/07), Centro de Estudios de Obras Públicas de Andalucía – Consejería de Obras Públicas y Transportes – GIASA, Sevilla 2007.

jurídico perturbado, lo cual conlleva, en último término, el deber de hacer efectiva la reposición de la realidad física alterada. Como bien dice la STS de 8 de mayo de 2001, “nos hallamos ante ámbitos, como el urbanístico, en donde las potestades administrativas tienen una escasa funcionalidad discrecional, siendo esencialmente regladas debiendo someterse los órganos administrativos en su ejercicio al imperio de la Ley, evitando que el desarrollo urbano de las ciudades quede al capricho de los particulares, que pretenden imponer por la fuerza de los hechos resultados urbanísticos que no se acomoden a la legalidad, u operan al margen, o en contra de principios que la materializan, siempre de espaldas al interés público que debe imperar en la Ordenación Urbanística del Territorio...”. La citada Sentencia, tras rechazar la aplicación al caso de principio de proporcionalidad para evitar la demolición de la obra ilegal, apuesta por defender “el principio de juridicidad, que vincula a la Administración demandada y a este Tribunal, que implica la asunción de la responsabilidad pública que se debe asumir en el ejercicio de las potestades aplicadas y la defensa del orden legal, y que han de posibilitar la restauración del orden urbanístico perturbado, consolidando el principio de seguridad jurídica en la aplicación y defensa de la legalidad urbanística, sin que, en todo caso, el posible actuar arbitrario de la Administración Local demandada, que de darse sería sumamente reprochable e irresponsable por sus consecuencias, pueda servir de cobertura a la ilegalidad cometida, que sólo a través de estas decisiones puede ser corregida y erradicada en un futuro”.

III. ÓRGANOS COMPETENTES

El procedimiento ha de iniciarse en virtud de resolución de la persona titular de la **Alcaldía- Presidencia** del municipio, aunque ésta es una competencia que puede delegarse en la Junta de Gobierno Local, en un miembro de la misma o en un Teniente de Alcalde donde aquélla no exista, tal como dispone el artículo 43 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades Locales²⁹. En consecuencia, la adopción de la medida cautelar de suspensión y el requerimiento de legalización son también competencia del Alcalde-Presidente, con las posibles delegaciones ya referidas.

La resolución del expediente y, en consecuencia, la toma de medidas de reposición de la realidad física alterada, así como las órdenes de ejecución for-

²⁹ En los denominados municipios de gran población, el artículo 124.5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, permite al Alcalde delegar mediante decreto esta competencia en la Junta de Gobierno Local, en sus miembros, en los demás concejales y, en su caso, en los coordinadores generales, directores generales u órganos similares.

zosa que pudieran requerirse, corresponden asimismo al Alcalde–Presidente, siendo competencia igualmente delegable en los mismos términos arriba descritos³⁰.

Es muy conveniente destacar aquí la posibilidad, recogida en la nueva Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, de que la **provincia** preste obligatoriamente, a petición del municipio, el servicio municipal de disciplina urbanística y ambiental, en el que se incluiría – de permitirlo la norma provincial al efecto y los términos de la petición municipal– la protección de la legalidad urbanística. Así, si bien la Ley 5/2010 reafirma de manera incontrovertida la competencia municipal en la materia –muy en la línea de la filosofía de esta Ley de Autonomía Local–, el texto deja sin embargo un resquicio para que el municipio pueda desligarse de los “intereses cercanos” a los que se refería PARADA VÁZQUEZ, alejando al órgano decisorio del administrado, ya que su artículo 14.2 señala que, *en la forma y casos en que lo determine una norma provincial, (la provincia) prestará obligatoriamente, a petición del municipio, al menos, los siguientes servicios municipales: ... b) Disciplina urbanística y ambiental.*

En consecuencia, dadas las circunstancias antes referidas, las Diputaciones provinciales andaluzas habrán de prestar obligatoriamente, en todo o en parte, el servicio de disciplina urbanística, del que se desligará el Ayuntamiento correspondiente. Entendemos que los órganos provinciales competentes para dictar actos y resoluciones en la materia, habrán de concretarse en la norma provincial prevista en la Ley.

Tratándose la protección de la ordenación urbanística de una materia de competencia municipal, la LOUA reserva en este ámbito a la Comunidad Autónoma de Andalucía una competencia de carácter supletorio, ejecutable en caso de inacción de las autoridades municipales. Así, según el artículo 188 de la LOUA, en las actuaciones llevadas a cabo sin licencia u orden de ejecución,

³⁰ Reiteramos, una vez más, las reticencias doctrinales, de las que hemos dejado constancia en notas anteriores, en relación con el ejercicio reglado e ineludible de estas competencias por parte de las autoridades municipales. Incluso parte de la doctrina y de los ejercientes vinculados al Derecho Urbanístico señalan que, si bien parece resultar de todo punto imposible actualmente desligar del ámbito local la competencia general sobre la disciplina urbanística, al menos podría encomendarse la emisión de actos puramente reglados (concesión o denegación de licencias, por ejemplo) a personal funcionario independiente, ajeno a las presiones que sí pueden sufrir las autoridades electivas.

la **Consejería con competencias en materia de urbanismo**³¹, transcurridos diez días desde la formulación del requerimiento al Alcalde para que adopte el pertinente acuerdo municipal sin que se haya procedido a la efectiva suspensión de dichas actuaciones, podrá adoptar las medidas cautelares de suspensión previstas en el artículo 181.1 cuando los actos o los usos correspondientes supongan una actividad de ejecución realizada sin el instrumento de planeamiento preciso para su legitimación, tengan por objeto una parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable, o comporten de manera manifiesta y grave una de las afecciones previstas en el artículo 185.2.B) de la Ley. La Administración que haya adoptado la medida cautelar (sea el municipio o la Comunidad Autónoma) lo pondrá inmediatamente en conocimiento de la otra Administración, que deberá abstenerse de ejercer dicha competencia.

Asimismo, cuando se den alguna de las circunstancias previstas en el 188.1 de la LOUA, la Consejería con competencias en materia de urbanismo, transcurrido sin efecto un mes desde la formulación de requerimiento al Alcalde para la adopción del pertinente acuerdo municipal, podrá adoptar las medidas necesarias para la reparación de la realidad física alterada³², sin perjuicio de la competencia municipal para la legalización, mediante licencia, de los actos y usos, cuando proceda³³.

El transcurso de los plazos citados en los apartados 1 y 3 del artículo 188, sin que sea atendido el correspondiente requerimiento, dará lugar, además, a cuantas responsabilidades civiles, administrativas y penales se deriven legalmente.

³¹ Actualmente la Consejería de Obras Públicas y Vivienda, según el Decreto 14/2010, de 22 de marzo, de reestructuración de Consejerías, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 57, de 23 de marzo.

³² Se entiende que la Administración de la Junta de Andalucía no podrá dictar esta resolución sin más, sino que habrá de tramitar el procedimiento completo (ya sea ordinario o abreviado) previsto en el RDUU.

³³ Lo que deja sentado que la LOUA concede a la Administración de la Comunidad Autónoma, en estos supuestos *excepcionales*, la competencia para adoptar medidas cautelares de suspensión y de reparación o reposición de la realidad física alterada, pero que en ningún caso la Consejería competente tendrá competencias para la concesión o modificación de licencias o la legalización de actuaciones sin licencia o excediendo de su contenido. Otra interpretación entraría en colisión con el taxativo artículo 171 de la LOUA.

En cuanto al **procedimiento sancionador** que eventualmente pueda generarse a raíz de la tramitación del restablecimiento del orden jurídico perturbado, la competencia para iniciar y resolver corresponde al Alcalde del correspondiente municipio o al Concejal en quien delegue³⁴. Corresponderá a la Consejería competente en materia de urbanismo cuando el acto o uso origen del expediente se encuentre en los supuestos contemplados en el artículo 188.1 de la LOUA, previo requerimiento al Alcalde para que en el plazo máximo de quince días inicie el correspondiente procedimiento sancionador, sin que dicho requerimiento hubiera sido atendido, o bien directamente cuando la citada Consejería hubiese adoptado la medida cautelar de suspensión de conformidad con lo previsto en el artículo 188 de la Ley.

Asimismo, le corresponderá la competencia a la Consejería cuando los actos constitutivos de la infracción se realicen al amparo de licencia o, en su caso, en virtud de orden de ejecución, que hayan sido anuladas a instancias de la Administración autonómica.

IV. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Como ya hemos señalado, vamos a estructurar procesalmente los trámites recogidos en el artículos 181 y siguientes de la LOUA, siguiendo para ello el procedimiento dictado del RDUa aunque sobre la base de un procedimiento administrativo típico de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De esta manera, describiremos en este apartado el *iter* procesal necesario para el restablecimiento de la legalidad urbanística siguiendo el patrón marcado por el procedimiento administrativo general (actuaciones preliminares, acuerdo de iniciación, instrucción y desarrollo, terminación y ejecución), aunque tomando como referencias necesarias las especialidades procedimentales recogidas en la LOUA y en el citado Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

³⁴ En la regulación que hace la LOUA del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, no se hace referencia expresa a la delegación de la competencia para iniciar y resolver los expedientes, siendo pues de aplicación –como hemos señalado– la Ley de Bases de Régimen Local y el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales. En cambio, para procedimientos sancionadores, la LOUA sí incluye una atribución expresa de la delegación en la persona de un Concejal, lo que nos lleva a concluir que no serán aplicables otras delegaciones basadas en normas distintas de la Ley urbanística andaluza.

1. Actuaciones previas

Aunque no pertenezcan específicamente al procedimiento, hemos de referirnos con anterioridad a los diferentes medios por el que los órganos competentes de la Administración tienen conocimiento de que se está produciendo una serie de actos que, en la mayoría de los casos, no sólo serán ilegales sino incluso clandestinos.

Generalmente la puesta en marcha del procedimiento para el restablecimiento del orden jurídico perturbado se llevará a cabo previas las labores inspectoras pertinentes. Regulada en los artículos 179 y 180 de la LOUA y 30 a 35 del RDU³⁵, la inspección para la protección de la ordenación urbanística, como función obligatoria de los municipios y la Consejería competente, es una potestad dirigida a comprobar que los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación y de uso del suelo y del subsuelo se ajustan a la legislación y ordenación urbanística y, en particular, a lo dispuesto en la Ley.

Entre los fines prioritarios de la inspección relacionados con el procedimiento que estudiamos, encontramos: velar por el cumplimiento de la ordenación urbanística; denunciar cuantas anomalías observe en la aplicación o desarrollo de los instrumentos de la ordenación urbanística; e informar a las Administraciones y autoridades competentes sobre la adopción de las medidas cautelares y definitivas que juzgue convenientes para el cumplimiento de la ordenación urbanística³⁶.

La actuación de la inspección urbanística puede iniciarse de oficio³⁷, en el cumplimiento de los cometidos propios de ésta fijados en el artículo 179.4 de la LOUA, o en virtud de denuncia realizada por particulares o bien, en mu-

³⁵ Inmediatamente antes en cada una de las normas, como no podía ser de otra forma, de la regulación propiamente dicha del procedimiento para el restablecimiento del orden jurídico perturbado.

³⁶ ORTIZ MALLOL afirma que, *por decirlo de alguna forma gráfica, la Inspección es el “brazo armado” de la disciplina urbanística*. En *Algunos apuntes ...*

³⁷ El artículo 30.2 del RDU^A hace una referencia a la necesaria existencia de Planes Municipales de Inspección Urbanística.

chas ocasiones, por la Policía Local del municipio³⁸. No por sabido es menos importante señalar que ni la denuncia previa ni el acta de inspección dan lugar a la apertura del procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado, sino que, al tratarse de un procedimiento de oficio, únicamente puede iniciarse mediante acuerdo del órgano competente.

En el ejercicio de sus funciones, los inspectores gozan de plena autonomía y tienen, a todos los efectos, la condición de agentes de la autoridad, habiendo de ejercer sus funciones provistos de un documento oficial que acredite su condición. Toda parcelación, urbanización, construcción o edificación e instalación o cualquier otra de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo podrá ser visitada a efectos de su inspección en las ocasiones que se estimen oportunas. Están facultados para requerir y examinar toda clase de documentos relativos al instrumento de planeamiento y su ejecución, comprobar la adecuación de los actos en relación con la legislación y ordenación urbanística aplicables y obtener la información necesaria para el cumplimiento de su cometido. Tanto las Administraciones Públicas como los particulares están obligados a prestarles la colaboración que precisen. La negativa no fundada a facilitar la información solicitada por los inspectores, en especial la relativa al contenido y los antecedentes de los pertinentes actos administrativos, así como el retraso injustificado en aportar los correspondientes datos, constituirá obstaculización del ejercicio de la potestad de inspección, la cual tendrá la consideración de infracción administrativa y que podrá ser, en razón de la persona que provoque la obstaculización, de carácter disciplinario.

En caso de apreciación de indicios de la comisión de una posible infracción urbanística, el inspector lo advertirá a la persona responsable, dejando constancia de dicha advertencia en el acta, y formulará propuesta de adopción de cuantas medidas resulten pertinentes. Especialmente importante será que el acta indique si se carece de licencia u orden de ejecución siendo preceptivas o si se están realizando las actuaciones urbanísticas contraviniendo las condiciones de alguna de aquéllas. Si las obras están finalizadas, será necesario hacer constar esta circunstancia, indicando la fecha aproximada de la finalización de las obras.

Las actas de la inspección gozan de presunción de veracidad en cuanto a los hechos contenidos en las mismas. En cada una de las unidades administrativas en las que se desarrollen funciones inspectoras se llevará un libro de las

³⁸ En muchas ocasiones, la función inspectora estará encomendada genéricamente a la propia Policía Local o a una unidad específica del Cuerpo policial.

visitas de inspecciones efectuadas y un registro de las actas que con motivo de éstas se hayan extendido.

Sin perjuicio de las actividades de inspección, será necesaria, dentro de este periodo de actuaciones previas, la emisión de informes jurídicos o técnicos necesarios para delimitar la necesidad de acudir al procedimiento de protección de la legalidad urbanística, así como para determinar qué procedimiento de los que fija el RDUa habrá de seguirse.

Recuérdese, por último, que el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que, en caso de que existan circunstancias de necesaria valoración para la apertura del procedimiento, con anterioridad al acuerdo de iniciación podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

2. Acuerdo de iniciación

Como acabamos de señalar, el procedimiento de protección de la legalidad urbanística únicamente puede iniciarse de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley 30/1992 y 37.2 del RDUa. El acta de inspección es un documento privilegiado, por su presunción de veracidad, para poner en marcha el mecanismo que producirá el acuerdo de iniciación del expediente.

Los artículos 185 de la LOUA y 46 del RDUa fijan el plazo para adoptar las medidas, cautelares o definitivas, de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado. Sólo podrán adoptarse válidamente mientras los actos estén en curso de ejecución, realización o desarrollo y dentro de los cuatro años siguientes a su completa terminación, computándose este plazo únicamente desde que las obras o usos se manifiesten mediante la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos. Esta limitación temporal de cuatro años no regirá para el ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado respecto de determinados actos y usos de especial importancia tasados en el apartado segundo del citado artículo 185³⁹.

³⁹ Por un lado, los actos y usos de parcelación urbanística en terrenos que tengan la consideración de suelo no urbanizable y, por otro, los que afecten a terrenos clasificados como suelo no

En cuanto al contenido del acuerdo de iniciación, que habrá de ser motivado y notificarse al interesado, éste deberá incluir:

- La apertura del procedimiento administrativo de protección de la legalidad urbanística, iniciando la tramitación recogida en el Capítulo V del Título I del RDU⁴⁰.
- La orden de inmediata suspensión, en todo o en la parte que proceda, de las obras o de cese del acto o uso en curso de ejecución, así como del suministro de cualquiera de los servicios públicos, advirtiendo de las consecuencias del incumplimiento de lo ordenado. En este caso, el artículo 42 del RDU⁴⁰ permite dictar la medida cautelar de suspensión conjuntamente con el inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística o bien articular dicha medida mediante una resolución administrativa previa que ha de ir seguida del acto de inicio del meritado procedimiento⁴¹.
- La toma de otras medidas provisionales que se requieran para proteger la realidad física y el orden jurídico perturbado y faciliten o permitan una eventual restauración de la legalidad urbanística. La toma de cualquier otra medida cautelar distinta a las recogidas en el artículo 181 de la LOUA estará sometida al contenido del artículo 72 de la Ley 30/1992, por lo que será discrecional su adopción y podrá levantarse en el curso de la tramitación del expediente.

urbanizable de especial protección o incluidos en la Zona de Influencia del Litoral; a bienes o espacios catalogados; a parques, jardines, espacios libres o infraestructuras o demás reservas para dotaciones, en los términos que se determinen reglamentariamente; o a las determinaciones pertenecientes a la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística o de los Planes de Ordenación Intermunicipal, en los términos que se determinen reglamentariamente.

⁴⁰ Que va a recoger matizadamente, en razón a las especialidades de la materia, la estructura del procedimiento administrativo general del Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁴¹ GUTIÉRREZ JULIÁN afirma que no cabe instar la medida cautelar de suspensión antes de la iniciación del procedimiento para la protección de la legalidad perturbada, lo que no parece ya sostenible a la luz de la nueva normativa reglamentaria. En GUTIÉRREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. (Directores), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley 7/2002, de 17 de diciembre)*, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

- La indicación motivada de si las obras o usos son compatibles o no con la legalidad y el planeamiento vigentes o si son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística⁴², siendo necesario, en su caso, advertir al interesado de la necesidad de reposición de la realidad física alterada de no resultar posible la legalización.
- Cuando las obras o usos acometidos pudieran ser compatibles con la ordenación urbanística vigente, el acuerdo de inicio incluirá el requerimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado al interesado para que éste inste la legalización, en el plazo de dos meses ampliables por una sola vez hasta un máximo de otros dos meses en atención a la complejidad del proyecto, o bien para que ajuste las obras a la licencia u orden de ejecución en el plazo previsto en dichos títulos habilitantes.

Podrán personarse o deberán ser citadas en su caso las personas que puedan ser titulares de intereses legítimos, individuales o colectivos, que pudieran resultar afectados por la resolución definitiva del procedimiento, si bien las actuaciones se seguirán contra la persona que aparezca como propietaria del inmueble afectado en el momento de iniciarse⁴³.

3. La medida cautelar de suspensión

Cuando un acto de naturaleza urbanística –ya sea de parcelación, urbanización, construcción o edificación e instalación– o cualquier otro de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo que esté sujeto a cualquier aprobación o a licencia urbanística previas se realice, ejecute o desarrolle sin dichas aprobación o licencia o, en su caso, sin orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, el Alcalde deberá ordenar, en todo o en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o

⁴² Téngase en cuenta que, de darse las circunstancias previstas en el artículo 52 del RDUa para actuaciones manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística susceptibles de demolición, habrá de seguirse el procedimiento *abreviado*, regulado en dicho precepto, y al que dedicamos el apartado V de este estudio.

⁴³ Con las reglas del artículo 39.5 del RDUa. Así, por ejemplo, si durante el curso del procedimiento se produce la transmisión de la titularidad del inmueble afectado, dicho procedimiento deberá seguirse contra el adquirente.

uso en curso de ejecución, realización o desarrollo, así como del suministro de cualesquiera servicios públicos.

Según expone GUTIÉRREZ JULIÁN⁴⁴, SANTOS DÍEZ y CASTE-LAO RODRÍGUEZ señalan que se trata de una medida cautelar que no pre-juzga la legalidad de la actuación que se paraliza sino que únicamente pretende evitar que se consolide una situación de hecho que pudiera resultar contraria a la normativa vigente. Tiene carácter imperativo y naturaleza reglada y no discrecional, debiendo ser su adopción inmediata y urgente.

La especial protección que el ordenamiento jurídico concede a la legalidad urbanística y la necesidad de actuar de manera inmediata sobre las actuaciones ilegales y en muchos casos clandestinas⁴⁵, provoca que la LOUA fije la obligación a las autoridades competentes de ordenar la suspensión inmediata de las obras u otros actos urbanísticos, así como del suministro de servicios públicos, que se encuentren en esta situación. Esta medida se adoptará sin necesidad de audiencia previa a los interesados, sin perjuicio de que éstos puedan alegar lo que estimen conveniente al respecto en el consecuente procedimiento de protección de la legalidad urbanística⁴⁶.

Como ya hemos remarcado, la orden de suspensión puede dictarse previa y separadamente al acuerdo de inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística o bien puede incluirse en éste, con lo que, en un primer momento, podríamos deducir que la orden de suspensión del artículo 42 del RDUA se configura en términos similares a las medidas provisionales del artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁴⁴ En GUTIÉRREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. (*Directores*), *Comentarios a la Ley de Ordenación ...*

⁴⁵ Ya que de no actuar con la suficiente rapidez, podemos encontrarnos ante hechos consumados y perjuicios para el interés público de muy difícil e incluso imposible reparación: piénsese, por ejemplo, en la destrucción de un inmueble de alto contenido histórico y/o artístico, cuya desaparición no podría repararse en ningún caso mediante la reconstrucción.

⁴⁶ El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su Sentencia de 19 de enero de 2000 (anterior pues a la LOUA, pero predicable también de ésta), calificó la medida cautelar de suspensión o paralización como una de las *medidas sorpresivas* de nuestro ordenamiento, por no necesitar trámite previo ni audiencia al interesado para adoptarla. En CASTILLO BLANCO F., *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas ...*

Sin embargo, la especialidad de la materia de protección urbanística da lugar a que la orden de suspensión del artículo 42 del RDUa se aparte de algunas de las reglas generales del artículo 72 de la LRJAPyPAC. Cinco son las premisas generales de este último precepto que no parecen aplicables a la luz de la normativa especial en materia urbanística:

- El artículo 72.1 de la Ley 30/1992 configura la ordenación de medidas provisionales como una potestad discrecional, dejando a criterio del órgano competente su adopción, con el fin de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. En cambio, como ya hemos dicho, el artículo 181 de la LOUA convierte la adopción de la medida cautelar de suspensión en una potestad reglada, que la autoridad habrá de ejercer en todo caso cuando se inicie el procedimiento.
- Si bien ambos supuestos comparten una misma finalidad a la hora de establecer las medidas cautelares, como es el *asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer*, no cabe duda que la suspensión regulada en la LOUA tiene como *leitmotiv* principal la protección inmediata del orden urbanístico perturbado.
- La Ley 30/1992 señala que las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En cambio, la normativa urbanística andaluza no contempla esta posibilidad, entendiéndose que la medida cautelar de suspensión debe permanecer vigente durante la completa tramitación del procedimiento.
- El apartado segundo del artículo 72 de la Ley 30/1992 dispone que, de dictarse las medidas cautelares con anterioridad a la iniciación del procedimiento administrativo, éstas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, extremo que no parece requisito obligatorio en el caso del artículo 42.8 del RDUa, por lo que parece que una resolución de apertura del procedimiento posterior a la toma de la medida provisional de suspensión de las obras, no tendría que incluir en su parte dispositiva un pronunciamiento expreso sobre el mantenimiento de dicha medida.
- El artículo 72.2 de la Ley 30/1992 fija un plazo de quince días para iniciar el procedimiento principal una vez tomadas las necesarias me-

didas provisionales previas, quedando éstas sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo. No existe esta previsión en la LOUA ni en el Reglamento de 2010, por lo que entendemos que la Administración competente no está vinculada por el estricto plazo de quince días, aunque es de entender que ésta no podrá aplazar *sine die* la puesta en marcha del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, sino que deberá precisamente hacer todo lo posible para que el lapso de tiempo sea lo más breve posible⁴⁷.

Importante será tener en cuenta en estos casos el plazo de caducidad de cuatro años, ya que podría ocurrir que la medida cautelar se dictara dentro del plazo señalado y que, sin embargo, una excesiva dilación en la puesta en marcha del procedimiento de protección pospusiera su inicio hasta un momento en que ya se hubiera producido la caducidad. Entendemos que, en este supuesto (que puede ser administrativamente más frecuente de lo que pensamos), la caducidad afectará a todas las actuaciones preliminares llevadas a cabo, incluida la suspensión de las obras o del uso indebido, debiendo levantarse las medidas adoptadas y no siendo posible a la Administración restaurar el orden jurídico-urbanístico perturbado, excepto en los casos tasados del artículo 185.2 de la LOUA.

La notificación de la orden de suspensión podrá realizarse, indistintamente, al promotor, al propietario, al responsable o, en su defecto, a cualquier persona que se encuentre en el lugar de ejecución, realización o desarrollo, y esté relacionada con el mismo. Practicada la notificación, podrá procederse al precintado de las obras, instalaciones o uso. De la orden de suspensión se dará traslado a las empresas suministradoras de servicios públicos, con objeto de que interrumpan su prestación⁴⁸.

Cuando la orden de suspensión notificada sea desatendida, podrá disponerse la retirada y el depósito de la maquinaria y los materiales de las obras,

⁴⁷ Éste es uno de los casos (y no es el único) en el que echamos de menos una referencia expresa en el RDU de 2010 a una –consideramos que necesaria– aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁴⁸ Podrá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en la forma y con los efectos dispuestos por la legislación reguladora de éste, la suspensión de actos de construcción o edificación, instalación o de uso del suelo, del vuelo o del subsuelo, que se lleven a cabo sin licencia u orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones señaladas en éstas.

instalaciones o usos, siendo por cuenta del promotor, propietario o responsable del acto los gastos que se produzcan. El incumplimiento de la orden de suspensión, incluida la que se traslade a las empresas suministradoras de servicios públicos, dará lugar, mientras persista, a la imposición de sucesivas multas coercitivas por períodos mínimos de diez días y cuantía, en cada ocasión, del diez por ciento del valor de las obras ejecutadas y, en todo caso y como mínimo, de seiscientos euros. Del incumplimiento se dará cuenta, en su caso, al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de la responsabilidad que proceda.

El artículo 189 de la LOUA contempla el supuesto de que las actuaciones se hagan respaldadas por una licencia u orden de ejecución y que, sin embargo, éstas sean contrarias a la legalidad urbanística o al planeamiento aplicable. En el caso de que el contenido de dichos actos administrativos constituya o legitime de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en la LOUA, ésta dispone que el Alcalde –de oficio o a solicitud de cualquier persona⁴⁹– dispondrá la suspensión de la eficacia de una licencia urbanística u orden de ejecución y, consiguientemente, la paralización inmediata de los actos que estén aún ejecutándose bajo su amparo. El Alcalde procederá a dar traslado directo de la resolución de suspensión al órgano jurisdiccional competente, en los términos y a los efectos previstos en el artículo 127 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La suspensión administrativa de la eficacia de las licencias conllevará la suspensión de la tramitación de las de ocupación o primera utilización, así como de la prestación de los servicios que, con carácter provisional, hayan sido contratados con las empresas suministradoras, a las que deberá darse traslado de dicho acuerdo.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, las licencias urbanísticas y las órdenes de ejecución, así como cualquier otro acto administrativo previsto en esta Ley, cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves definidas en esta Ley, deberán ser objeto de revisión por el órgano competente, de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁵⁰.

⁴⁹ Así como a instancias de la Consejería competente en materia de urbanismo en los casos previstos en el artículo 188.1.

⁵⁰ En el curso de este trabajo, hemos tenido acceso a la Sentencia de 8 de diciembre de 2008, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Almería, actualmente recurrida ante el

En cuanto a las consecuencias en el ámbito sancionador de la realización de obras o actuaciones amparadas en una licencia ilegal, recuérdese que el

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que inadmite el recurso planteado por los demandantes al considerar que se produce “una discordancia objetiva entre lo pedido en vía administrativa y lo interesado en vía jurisdiccional”, que vulnera el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, al introducirse en esta última vía cuestiones nuevas sobre las que la Administración no tuvo ocasión de pronunciarse, ya que los demandantes (entonces denunciantes) solicitaron en vía administrativa la incoación del procedimiento de protección de la legalidad, la adopción de las medidas cautelares que procedieran y la adopción de las medidas oportunas para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la reposición de la realidad física alterada; mientras que en vía judicial se pedía la declaración de nulidad de las licencias concedidas, la demolición de las construcciones ejecutadas al amparo de estas licencias y subsidiariamente que se condene a la Administración demandada a que incoe y tramite los procedimientos de revisión de las meritas licencias.

Consideramos que el contenido de este Fallo, que podría ser aceptable desde el punto de vista procesal, olvida sin embargo la obligación que el artículo 190.1 de la LOUA impone a la Corporación local de proceder de oficio a la revisión de las licencias urbanísticas cuyo contenido constituya o habilite de manera manifiesta alguna de las infracciones urbanísticas graves o muy graves en materia urbanística. De esta forma, entendemos que la declaración de nulidad de las licencias y la posterior demolición de lo construido eran pedimentos no realizados en vía administrativa pero que eran consecuencia lógica de la petición realizada al Ayuntamiento, por lo que el juzgador debió entrar en el fondo del asunto, toda vez que el artículo 89.1 de la Ley 30/1992 señala que la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Especialmente cuando la recurrente en vía judicial fue únicamente denunciante ante la Administración pública, no considerándosela parte interesada en los procedimientos de licencia, por lo que desconocía el contenido de los proyectos autorizados y, por tanto, también ignoraba si las infracciones estaban amparadas o no por las autorizaciones municipales, con lo que difícilmente pudo atacarlas en vía administrativa al no conocer no ya su contenido sino incluso su existencia.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha sustentado estas posiciones, fijando doctrina legal, en sus Sentencias de 19 de enero de 1999 y 3 de julio de 2000, entre otras. La primera plantea precisamente la desviación procesal en que supuestamente había incurrido el actor que en vía administrativa se limitó a solicitar la suspensión de las obras (*ex* artículo 186 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que contenía la misma medida de protección que el artículo 189 de la LOUA) y, ya en vía contenciosa, planteó directamente la nulidad de la licencia y la demolición de lo construido a su amparo. El Tribunal Supremo rechaza la desviación procesal estimada en la instancia con el siguiente razonamiento: *El artículo 186 TRLS confiere a la Administración la posibilidad de adoptar una medida cautelar de suspensión de los efectos de una licencia cuando su contenido constituya manifiestamente una infracción urbanística grave, que no se agota en la paralización inmediata de las obras iniciadas al amparo de aquélla, sino que necesariamente ha de continuar con el enjuiciamiento por el órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa competente de la legalidad de dicha licencia, de tal modo que adoptada aquella medida no cabe otra terminación de procedimiento que no sea el de alzamiento de la suspensión o la anulación de la licencia concedida. El estudio del presente motivo de casación debe dejar al margen la decisión sobre si el particular puede ante la jurisdicción contencioso-administrativa impugnar un acuerdo municipal que no*

apartado primero del artículo 198 de la LOUA señala que *cuando los actos constitutivos de infracción se realicen al amparo de la aprobación o licencia preceptivas o, en su caso, en virtud de orden de ejecución y de acuerdo con sus respectivas condiciones, no podrá imponerse sanción administrativa alguna mientras no se proceda a la anulación del título administrativo que en cada caso los ampare*. Para el caso de ilegalidad sobrevenida de la licencia, el apartado segundo del 198 LOUA prescribe que *si la anulación es consecuencia de la del instrumento de planeamiento o de gestión del que sean ejecución o aplicación, no habrá lugar a imposición de sanción alguna a quienes hayan actuado ateniéndose a dichos actos administrativos, salvo a los que hayan promovido el instrumento anulado en caso de dolo, culpa o negligencia grave*.

4. El requerimiento al interesado para que inste la legalización

El restablecimiento del orden jurídico perturbado por un acto o uso sujeto a suspensión o que se haya finalizado sin la preceptiva licencia urbanística u orden de ejecución, o bien contraviniendo las condiciones de las mismas, se producirá mediante la legalización del correspondiente acto o uso o a través de la reposición de la realidad física alterada a su estado originario, dependiendo

adopta la medida de suspensión de los efectos de una licencia que ha solicitado, o la de si en el caso presente resulta de aplicación el artículo 186 TRLS, en lugar del 184 de la misma Ley, como ha entendido la Corporación demandada, reduciéndonos a determinar si, solicitada por el recurrente la paralización de una obra conforme al artículo 186 TRLS, la petición de nulidad de la licencia en cuya virtud se estaba ejecutando deducida en el recurso interpuesto contra el acuerdo municipal que no dio lugar a la paralización pedida, implica, como ha entendido la sentencia de instancia, una cuestión nueva. Así planteado el debate la respuesta ha de ser negativa, porque la petición de paralización de la obra conforme al artículo 186 TRLS era la única que el particular podía formular ante el Ayuntamiento de Zaragoza, pero esa petición, consecuencia de la suspensión de los efectos de la licencia, no tiene sustantividad en sede jurisdiccional sino que, conforme al artículo 118.5 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, se transforma en una pretensión de nulidad de la licencia concedida que es la que, en base a los mismos presupuestos de hecho alegados en vía administrativa, el recurrente formuló ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, por lo que procede estimar el presente recurso de casación.

En la Sentencia de 3 de julio de 2000, el Tribunal Supremo rechaza la alegación de la Corporación demandada de que el recurrente estaba incurso en desviación procesal por solicitar en vía judicial la nulidad de una licencia urbanística con la consiguiente demolición de lo ejecutado a su amparo cuando en la vía administrativa únicamente solicitó la suspensión de las obras y la incoación de un expediente sancionador: *No cabe apreciar desviación procesal en el ejercicio de la acción pública contra una licencia de obras que se inicia por una denuncia al Ayuntamiento en el que se pone de manifiesto la desconformidad de lo construido con el planeamiento y se solicita la inmediata paralización de las obras, en un momento en que el administrado no tiene por qué conocer que lo que se está construyendo se ampara en una licencia, y que continúa con un ataque a esa licencia una vez que las actuaciones practicadas le permiten conocer su existencia.*

respectivamente de que las obras sean compatibles o no con la ordenación urbanística vigente⁵¹.

Dándose las circunstancias arriba descritas y pudiendo ser las obras compatibles con la ordenación urbanística vigente, se requerirá al interesado para que inste la legalización en el plazo de dos meses, ampliable por una sola vez hasta un máximo de otros dos meses en atención a la complejidad del proyecto, o bien proceda a ajustar las obras al título habilitante en el plazo previsto en el mismo⁵².

Si el interesado insta la legalización o ajusta las obras o usos a la licencia u orden de ejecución que tenía concedida, quedará suspendida la tramitación del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, interrumpiéndose asimismo el plazo para dictar resolución, hasta la resolución del procedimiento de legalización⁵³.

⁵¹ El contenido de los artículos 182 y 183 de la LOUA sufrió una importante modificación con la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Vivienda Protegida y Suelo, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 227, de 21 de noviembre. Con anterioridad a la aprobación de esta norma, dichos preceptos señalaban que la Administración había de requerir obligatoriamente al interesado, en todo caso, de legalización de las obras. Fue la citada reforma de 2005 la que introdujo la actual redacción de los artículos 182.2 y 183.1 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, con lo que, a partir de su entrada en vigor, el requerimiento de legalización de la actuación sin licencia no es siempre obligatorio para la Administración, sino que ésta puede adoptar la medida de reposición de la realidad física alterada sin formular dicho requerimiento, cuando el órgano competente considere motivadamente que las obras son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística.

⁵² Entendemos que la pretensión de ajustar las obras a la licencia ya otorgada habrá de llevarse a cabo mediante comunicación justificada al Ayuntamiento y no mediante actos de ejecución, ya que recordemos que dichas obras habrán de estar paralizadas durante todo el procedimiento y no cabrá levantar la medida cautelar de suspensión durante su tramitación.

⁵³ De la configuración de este trámite, podría colegirse que la legalización de las obras o usos se configuraría como un incidente dentro del procedimiento principal. Sin embargo, no parece que podamos llegar a esa conclusión, puesto que el sentido de la resolución del procedimiento de legalización va a decidir directamente el fondo del asunto en el procedimiento de protección de la legalidad urbanística, lo que resulta incompatible con la naturaleza jurídica de los incidentes. Por otra parte, recuérdese que la legalización produce la suspensión del plazo para dictar resolución en relación con la protección de la legalidad urbanística, entrando así en colisión con la regla general prevista en el artículo 77 de la LRJAPyPAC.

Regirán para la solicitud, tramitación y resolución de la legalización las mismas reglas establecidas reglamentariamente para las aprobaciones o licencias que deban ser otorgadas⁵⁴.

Si transcurrido el plazo concedido al efecto no se hubiera procedido a instar la legalización, procederá la imposición de sucesivas multas coercitivas por períodos mínimos de un mes y cuantía, en cada ocasión, del diez por ciento del valor de las obras ejecutadas y, en todo caso y como mínimo, seiscientos euros⁵⁵. Una vez impuesta la duodécima multa coercitiva sin haber instado la legalización o realizado el ajuste en los términos previstos en la licencia u orden de ejecución, se ordenará la reposición de la realidad física alterada a costa del interesado.

Si no procediera la legalización, se acordará la continuación del procedimiento para finalmente dictar resolución decidiendo, si no han surgido otras cuestiones a tener en cuenta en el procedimiento principal, sobre la reposición de la realidad física alterada.

5. Instrucción y desarrollo del procedimiento

Sin perjuicio del mantenimiento de la medida cautelar de suspensión a lo largo del procedimiento y de la tramitación de la eventual legalización de las obras realizadas, habrá de desarrollarse el procedimiento general según las reglas fijadas en el RDUa.

Así, el interesado, una vez notificado del inicio del procedimiento de protección de la legalidad urbanística, dispondrá de un plazo de audiencia entre diez y quince días para formular alegaciones. De todos modos, entendemos que, en materia de alegaciones, será aplicable el artículo 79 de la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, en lo relativo a los actos de instrucción del procedimiento. De esta manera, los interesados podrán además, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Asimismo, en todo momento podrán

⁵⁴ Reglas establecidas en el Capítulo II del Título I del RDUa (artículos 5 a 26).

⁵⁵ Puesto que las multas coercitivas están afectas a la obligación de instar la legalización, éstas serían procedentes incluso en el caso de que, finalizado el procedimiento, la resolución definitiva declarara las obras conformes a la legalidad urbanística.

los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que puedan ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto.

Podrá concederse también un trámite de prueba, iniciado de oficio o a instancia de interesado, con las reglas de los artículos 80 y 81 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. También podrán incorporarse al expediente los informes facultativos y no vinculantes que se juzguen necesarios para resolver, para lo cual consideramos aplicables los artículos 82 y 83 de la misma Ley.

El artículo 49.1 del RDUa incluye una referencia al *plazo de audiencia* tras el cual podrá dictarse la resolución que decida sobre la reposición de la realidad física alterada. Si bien este trámite parece corresponder con el recogido en el 47.1.2º del RDUa (citado al principio de este apartado de nuestro trabajo), podría también sostenerse que éste es un nuevo plazo de alegaciones concedido al interesado con carácter previo a resolver. Para dilucidar esta cuestión, consideramos que habrá de estarse a la regla general del artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Esto es, si se ha producido una auténtica instrucción del procedimiento, generándose nueva información (por ejemplo, derivada de la realización de informes o de la práctica de diferentes pruebas) cuyo conocimiento sea necesario poner en conocimiento de los interesados para una correcta defensa de sus intereses, será necesario conceder nuevo trámite de audiencia inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, independiente del regulado en el artículo 47.1.2º, para lo cual se pondrá de manifiesto el expediente completo a los interesados o, en su caso, a sus representantes, los cuales podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince⁵⁶.

6. Terminación del procedimiento. La medida de reposición de la realidad física alterada

El instructor responsable de la tramitación del procedimiento habrá de formular propuesta de resolución, que elevará al órgano competente para re-

⁵⁶ Asimismo, consideramos que rigen las reglas generales del procedimiento común en cuanto que si, antes del vencimiento del plazo, los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite de audiencia. Asimismo, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

solver, junto con todos los documentos, alegaciones e informaciones que obren en el procedimiento. Las propuestas de resolución que se formulen en los procedimientos de protección de la legalidad urbanística deberán incluir, cuando proceda, las disposiciones sobre plazos y otras materias que se estimen precisas para la reposición, a costa del interesado, de las cosas al estado inmediatamente anterior a la apreciación de las circunstancias a que se refieren los artículos 181.1 y 182.1 de la LOUA, incluida la demolición o, en su caso, la reconstrucción.

La resolución definitiva del procedimiento de legalidad urbanística y para el restablecimiento del orden jurídico perturbado, habrá de incluir, de manera motivada, una de estas dos decisiones:

- a) Proceder al archivo de las actuaciones, si se da alguna de las siguientes circunstancias:
 1. El obligado ha procedido a la legalización o al ajuste de las obras o usos del suelo a la licencia u orden de ejecución. Si la licencia fuese otorgada o se declarase que las actuaciones realizadas se ajustan al título habilitante, las obras se entenderán legalizadas, finalizando el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado y quedando sin efectos la suspensión cautelar que se hubiese adoptado. El artículo 48.4 del RDUA establece los supuestos, criterios y condiciones en los que, con carácter excepcional y en aplicación del principio de proporcionalidad, cabe la legalización aun con disconformidades no sustanciales con la ordenación urbanística aplicable, por resultar de imposible o muy difícil reposición, debiendo fijarse una indemnización sustitutoria al aprovechamiento urbanístico materializado sin título. No será posible en los supuestos del artículo 185.2 de la LOUA ni cuando el interesado haya sido sancionado por infracción urbanística grave o muy grave, impuesta por resolución firme.
 2. De las alegaciones e instrucción del procedimiento se comprueba la adecuación de los actos o usos del suelo a la licencia u orden de ejecución.
 3. Haberse acreditado en el procedimiento que en el caso se da cualquier otra causa que prescriba el archivo, incluidos los supuestos en que haya transcurrido el plazo para el ejercicio de la

potestad⁵⁷ o el lapso de tiempo máximo para resolver y notificar la resolución.

En los supuestos en que se acuerde el archivo del procedimiento en relación con obras en curso de ejecución, habrá de resolverse asimismo el alzamiento de la medida cautelar de suspensión.

- b) Decretar la adopción de la medida de reposición de la realidad física alterada. El artículo 183 de la LOUA⁵⁸ dispone que procederá adoptar la medida de reposición de la realidad física alterada cuando las obras sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística; se inste la legalización y ésta sea denegada; o se haya instado la legalización en el plazo concedido al efecto y de las actuaciones de instrucción realizadas en el procedimiento resulte la improcedencia legal de dicha legalización por disconformidad de los actos con las determinaciones de la legislación y de la ordenación urbanística aplicables⁵⁹. Deberán acordarse también las medidas necesarias, a costa del interesado, para reponer las cosas al estado anterior a la realización de los actos sin licencia u orden de ejecución o contraviniendo las mismas, fijando las condiciones para dicha reposición. El apartado segundo del artículo 49.2 del RDUa establece un elenco, extenso pero abierto, de posibles medidas de reposición de la realidad física alterada, pudiendo tomar la Administración otras que considere más

⁵⁷ Los actos de uso del suelo, y en particular las obras, instalaciones, construcciones y edificaciones realizadas con infracción de la normativa urbanística, respecto de los cuales ya no se puedan adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo de cuatro años, quedarán asimilados al régimen de fuera de ordenación previsto en la Disposición adicional primera de la LOUA, lo cual deberá ser declarado por la resolución que acuerde el transcurso del plazo. En el inmueble afectado, sólo cabrán obras de reparación o conservación, así como excepcionalmente obras parciales y circunstanciales de consolidación, para lo cual podrán otorgarse las correspondientes licencias.

⁵⁸ Como ya hemos dicho, la actual redacción del número 1 del artículo 183 viene dada por la reforma de la norma original, incluida en la Ley 13/2005, de 11 de noviembre.

⁵⁹ Se hace necesario hacer referencia a un cuarto supuesto que también ha conllevado necesariamente la adopción de la medida de reposición de la realidad física alterada y que está recogido en el artículo 47.3 del RDUa, como es el caso en que el interesado no insta la legalización, a pesar de haber sido requerido para ello e incluso apremiado con multas coercitivas sucesivas.

adecuadas dentro de la adecuada proporcionalidad, aunque, con carácter general, la reposición de la realizada física alterada se llevará a cabo mediante la demolición o la reconstrucción.

La resolución definitiva, que agota la vía administrativa, se notificará a los interesados, debiendo contener el texto íntegro del acto, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos. Contra esta resolución cabrá interponer recurso de reposición con carácter potestativo en el plazo de un mes desde la notificación o directamente recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Asimismo, parece necesario comunicar la resolución a la inspección urbanística y a la Policía Local, para su conocimiento y para que, cuando proceda, estas unidades municipales puedan realizar un seguimiento del cumplimiento de las órdenes que se hayan incluido en aquélla.

El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa que recaiga en el procedimiento de restablecimiento del orden jurídico perturbado será de un año a contar desde la fecha de su iniciación. La falta de resolución y notificación en plazo producirá la caducidad del procedimiento, al ejercitarse en éste potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables para el interesado (artículo 44.2 de la Ley 30/1992), acordándose el archivo de las actuaciones. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

Podrán hacerse constar en el Registro de la Propiedad⁶⁰, en la forma y con los efectos dispuestos en su legislación reguladora, el acuerdo de reposición de la realidad física alterada a su estado originario, incluida la demolición y/o reconstrucción. El acceso al Registro de la Propiedad se instará por la Administración actuante, la cual también requerirá o, en su caso, autorizará las correspondientes cancelaciones cuando los actos administrativos hayan dejado de surtir efecto.

También se trasladará a las compañías suministradoras de servicios urbanos la resolución que ordene la reposición de la realidad física alterada, a fin de éstas retiren definitivamente los suministros.

⁶⁰ Artículo 177.1.j) de la LOUA.

7. Ejecución

La resolución que imponga la realización de medidas de reposición de la realidad física alterada, fijará ineludiblemente un plazo no superior a dos meses para llevarlas a cabo, con advertencia de que, de transcurrir el plazo sin proceder al cumplimiento voluntario de dichas órdenes por parte del interesado, se impondrán multas coercitivas⁶¹ o se procederá a la ejecución subsidiaria por la propia Administración, con desalojo de personas y bienes muebles y semovientes en el día indicado por el órgano administrativo actuante.

Transcurrido el plazo concedido para la ejecución voluntaria de las medidas decretadas, la Administración podrá llevar a cabo la ejecución subsidiaria a costa del interesado, a la cual deberá procederse en todo caso una vez transcurrido el plazo derivado de la duodécima multa coercitiva.

Si los responsables de la alteración de la realidad repusieran ésta por sí mismos a su estado anterior en los términos dispuestos por la correspondiente resolución, tendrán derecho a la reducción en un cincuenta por ciento de la multa que deba imponerse o se haya impuesto en el procedimiento sancionador o a la devolución del importe correspondiente de la que ya hubieran satisfecho, así como, en su caso, a la minoración o extinción de las sanciones accesorias a que se refiere el artículo 209 de la LOUA.

De concurrir causas que imposibilitaran, material o legalmente, ejecutar en sus propios términos la resolución que acordara la reposición de la realidad física alterada, el artículo 51 del RDUa contempla el denominado *cumplimiento por equivalencia*, que permite, previos los informes de carácter técnico y jurídico correspondientes, dictar resolución en la que:

- a) Por un lado, el órgano competente para la ejecución de la resolución adopta las medidas necesarias que aseguren en lo posible la efectividad del restablecimiento del orden jurídico perturbado, en lo relativo a la parte que pueda ser cumplida íntegramente⁶².

⁶¹ El incumplimiento de las órdenes de reposición de la realidad física a su estado anterior dará lugar, mientras dure, a la imposición de hasta doce multas coercitivas con una periodicidad mínima de un mes y cuantía, en cada ocasión, del diez por ciento del valor de las obras realizadas y, en todo caso, como mínimo de 600 euros.

⁶² Todo ello sin perjuicio de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado, en los casos en que haya recaído resolución judicial firme.

- b) Por otro lado, se fija, en su caso, la indemnización por equivalencia⁶³ en la parte que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno, pudiendo consistir en una cantidad en metálico, o en la cesión de una porción de terreno o edificación equivalente al aprovechamiento materializado sin título.
- c) Por último, se declara el inmueble afectado en situación de asimilación a la de fuera de ordenación, identificando las circunstancias que la motivan y el régimen jurídico aplicable al mismo, a semejanza de las actuaciones respecto de las cuales ya no se pueden adoptar medidas de protección y restauración de la legalidad por haber transcurrido el plazo de cuatro años del primer párrafo del artículo 185.1 de la LOUA⁶⁴.

V. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO PARA LA REPOSICIÓN DE LA REALIDAD FÍSICA ALTERADA

Para el caso en que las obras sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, cabrá aplicar la previsión del apartado cinco del artículo 183 de la LOUA, siguiéndose el procedimiento del artículo 52 del RDU⁶⁵. Así, el Ayuntamiento (o la Consejería con competencias en materia de urbanismo,

⁶³ Independiente de las sanciones por infracciones urbanísticas que puedan proceder.

⁶⁴ Con el régimen de licencias de obras apuntado con anterioridad, aunque, en este caso de imposibilidad material o legal de ejecución, dichas licencias se otorgarán únicamente si la indemnización por equivalencia ha sido íntegramente satisfecha.

⁶⁵ Es lo que GUTIÉRREZ JULIÁN ha llamado el *procedimiento excepcional* de protección de la legalidad urbanística. Según este autor junto con RIVERO YSERN, este apartado cinco –incluido por la Ley 13/2005, de 11 de noviembre– viene a suponer la ruptura de la consideración como universal (o sea, que procedía siempre) del requerimiento de legalización de las actuaciones no amparadas por un título habilitante, permitiendo a la Administración competente en cada caso adoptar, cuando se dé el supuesto de hecho del precepto, una concreta medida de reposición (la demolición), descartando las demás posibles. Consideran estos autores que este procedimiento excepcional reduce considerablemente las garantías jurídicas del presunto infractor, al tratarse de un procedimiento sumarísimo, e incluso, en ocasiones, contrario a los intereses públicos, al excluir otras soluciones de reposición de la realidad distintas de la demolición. Ambos comentarios en GUTIÉRREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ–SICILIA, A. (Directores), *Comentarios a la Ley de Ordenación ...*

en su caso), sin perjuicio de la correspondiente medida de suspensión acordada, dispondrá la inmediata demolición de las actuaciones de urbanización o edificación que sean manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, previa audiencia del interesado, en el plazo máximo de un mes.

Los casos en que el RDUa considera que las actuaciones son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, y por tanto es posible iniciar el procedimiento abreviado, son los siguientes:

- a) Cuando exista una previa resolución administrativa denegatoria de la licencia para la ejecución de las obras objeto del procedimiento.
- b) Cuando la ilegalidad de las obras o edificaciones resulte evidente de la propia clasificación o calificación urbanística y, en cualquier caso, las actuaciones de parcelación o urbanización sobre suelos no urbanizables, y cualesquiera otras que se desarrollen sobre terrenos destinados por el planeamiento a sistemas generales o dotaciones públicas.
- c) En los supuestos de actos sujetos a licencia urbanística realizados sobre terrenos de dominio público sin haber obtenido previamente la correspondiente concesión o autorización demanial.

Los trámites a seguir en este procedimiento abreviado de reposición de la realidad física alterada se reducen significativamente, de forma que el esquema de tramitación queda de la siguiente forma:

- Realización de los correspondientes pertinentes informes técnico y jurídico, previos al inicio del procedimiento.
- Acuerdo declarativo de la causa de incompatibilidad manifiesta con la ordenación urbanística. El régimen de competencia para iniciar el procedimiento y dictar resolución definitiva no difiere del relativo al procedimiento ordinario, que hemos desarrollado en el apartado III de nuestro trabajo.
- En dicho acuerdo se concederá audiencia a los interesados por un período no inferior a diez días ni superior a quince. Debe entenderse –no puede ser de otra forma– que éstos podrán instar la realización de pruebas, la emisión de informes o poner en práctica cualquier otro medio de defensa admitido en derecho, lo que habrá de provocar, de

considerarse necesario y darse los supuestos legales para ello, su necesaria instrucción.

- Resolución acordando la demolición de las actuaciones de urbanización o edificación, debiendo procederse al cumplimiento de aquélla en el plazo señalado en la misma, el cual no podrá ser superior a dos meses.
- Como ya hemos dicho, el plazo máximo para dictar la resolución será de un mes desde la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento.
- Transcurrido el plazo concedido en la resolución e incumplida la orden de demolición de la realidad física a su estado anterior, la Administración urbanística deberá proceder en todo caso a la ejecución subsidiaria de lo ordenado, sin que quepa imponer multas coercitivas como medio de ejecución forzosa.

Tres son las cuestiones principales que nos plantea la letra de los preceptos antes desarrollados:

- 1.– En primer lugar, debemos preguntarnos si el apartado segundo del artículo 52 del RDUa contiene un elenco cerrado y limitado a los tres supuestos contenidos en el precepto o bien se trata de una relación no exhaustiva extensible a otras actuaciones que la autoridad urbanística pueda considerar objetivamente como manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística.

La respuesta, a nuestro parecer, ha de ser que el listado del 52.2 es una relación exhaustiva y cerrada, sin que sea posible su ampliación en vía administrativa. Entiéndase que la utilización del procedimiento abreviado representa –no puede negarse– la eliminación de una serie de importantes trámites procesales en relación con el procedimiento ordinario (legalización, instrucción y trámite final de audiencia). Con ello quedan afectados –en aras de una más eficaz protección de la legalidad urbanística, no se pone en duda– una serie de derechos de la persona interesada que van aparejados a los trámites desechados. Así pues, en tanto la utilización del procedimiento abreviado afecta a los derechos de los interesados (aunque obviamente no los elimina), supeditados a un bien jurídico superior en protección del interés general, los supuestos que permiten su puesta en marcha han en-

tenderse de manera restrictiva y limitativa, sin que sea posible a la autoridad urbanística considerar *ex novo* nuevos supuestos que habiliten el inicio del procedimiento abreviado.

- 2.— El segundo de estos interrogantes hace referencia a si es obligada la utilización del procedimiento abreviado siempre que se den alguna de las circunstancias anteriormente descritas o bien queda a discreción del órgano administrativo iniciar el procedimiento ordinario⁶⁶ de protección de legalidad urbanística.

En nuestra opinión, la respuesta debe ser la siguiente: el procedimiento a iniciar habrá de ser únicamente el abreviado en aquellos casos en que la autoridad esté perfectamente convencida, con base en los informes técnico-jurídicos previos, de que las obras son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística vigente, por coincidir con alguno de los supuestos del artículo 52.2 del RDUA. De quedar dudas razonables sobre el encaje de la situación fáctica en los supuestos reglamentarios, será necesario iniciar el procedimiento ordinario con los trámites del 47 y siguientes del RDUA⁶⁷.

No obstante, de determinarse durante la tramitación del expediente ordinario el carácter de manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística de las obras u actuaciones investigadas⁶⁸, habrá de iniciarse un nuevo procedimiento de carácter abreviado⁶⁹, según lo dispuesto en el artículo 47.3.c) del RDUA.

- 3.— Como complemento y excepción de lo antes referido, hay que destacar que tanto la LOUA como el Reglamento hacen referencia única-

⁶⁶ Utilizamos el término “ordinario” para diferenciarlo del procedimiento que aquí hemos denominado “abreviado”.

⁶⁷ Con la excepción, por razón de la medida de restitución a tomar, que explicamos en el siguiente punto de este mismo apartado.

⁶⁸ Esa incompatibilidad con la ordenación urbanística habrá de venir dada por la constancia en el expediente de que se dan alguna de las circunstancias del artículo 52.2 del RDUA, y de que la demolición es la única forma de ejecución posible para restaurar la legalidad vulnerada.

⁶⁹ Entendemos que con suspensión del procedimiento principal, aunque nada se señala en el RDUA.

mente a la posibilidad de *demolición* como consecuencia final del procedimiento abreviado, por lo que ha de entenderse, por su literalidad, que otras formas de reposición de la realidad alterada no podrán ordenarse utilizando este procedimiento sino que requerirán de la tramitación de un procedimiento ordinario. Recuérdese que el artículo 49.2 del RDUa incluye una extensa lista, además de carácter no excluyente, de medidas de reposición de la realidad física alterada.

Así pues, encontramos aquí una excepción a la afirmación que hemos realizado en el punto segundo de este apartado, ya que en el caso de que no esté perfectamente determinado previamente (por los preceptivos informes) que la única medida adecuada y posible sea la de *demolición*⁷⁰, nos encontraremos con que, a pesar de que las obras sean manifiestamente contrarias a la ordenación urbanística vigente, no será posible utilizar el procedimiento abreviado del artículo 52 del RDUa y habrá de acudir a un procedimiento ordinario del artículo 48 del Reglamento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO BLANCO, F.A., *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- ESCRIBANO DEL VANDO, L. y RUIZ MÉNDEZ, A. (*Directores*), *Manual de procedimientos municipales*. Publicación web (http://www.juntadeandalucia.es/gobernacionyjusticia/procedimientos_municipales/). Colección Manuales – Serie Administración Local. Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2006.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Urbanismo y Ordenación del territorio*, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V. y CABRAL GONZÁLEZ-SICILIA, A. (*Directores*), *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (Ley 7/2002, de 17 de diciembre)*, 2ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. y REBOLLO PUIG, M., *Derecho Urbanístico en Andalucía (Comentarios a la Ley 7/2002, de 27 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía)*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

⁷⁰ Bien porque quepan otras medidas alternativas o bien porque sea posible adoptar varias actuaciones conjuntas, incluida la propia demolición.

- MÉNDEZ CANSECO, J.F., *Legislación de Urbanismo (Volúmenes I y II)*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- ORTIZ MALLOL, J.A., *Algunos apuntes en relación con el ejercicio de la disciplina urbanística: competencia, objetivos y carácter de las potestades que la integran*, en *Revista Reflexiones- Revista de Obras Públicas, Transportes y Ordenación Territorial*, núm. 3 (III/07), Centro de Estudios de Obras Públicas de Andalucía – Consejería de Obras Públicas y Transportes – GIASA, Sevilla 2007.
- SÁNCHEZ BARRILAO, J.F., *La supletoriedad del Derecho estatal como garantía en la ejecución del Derecho europeo por las Comunidades Autónomas*. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 1 (enero-junio 2004).
- SÁNCHEZ GOYANES, E. (Dir.), *Derecho Urbanístico de Andalucía*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2004.
- VV.AA., *El control de la legalidad urbanística. El Estatuto Básico del Empleado Público. III Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Granada, 8-9 de febrero de 2008*. IAAP, Sevilla, 2009.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de las Comunidades Europeas Año 2010 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En el tema de asuntos generales de la Unión Europea se puede destacar la adopción de una decisión del Consejo, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (DOUE L 189, 22.07.2010, p. 12). Es la primera vez que se establece una cooperación reforzada en aplicación de los Tratados de la Unión, en concreto, en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia (ya que la decisión 2001/792/CE, Euratom, a pesar de emplear estos términos contempla un caso diferente) desde que el Tratado de Ámsterdam regulara esta posibilidad, aunque de hecho la normativa sobre la moneda única contenida en el Tratado de Maastricht, anterior a Ámsterdam, constituye la primera práctica en la materia.

En cuanto a los asuntos financieros, se adoptan numerosas decisiones de movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (DOUE L 88, 8.04.2010, p. 13; DOUE L 88, 8.04.2010, p. 14; DOUE L 88, 8.04.2010, p. 15; DOUE L 88, 8.04.2010, p. 16; DOUE L 88, 8.04.2010, p. 17; DOUE L 154, 19.06.2010, p. 26; DOUE L 154, 19.06.2010, p. 27) en algunos casos para España, para trabajadores despedidos y para algunas empresas (DOUE L 154, 19.06.2010, p. 24; DOUE L 154, 19.06.2010, p. 25), también una decisión de modificación del Fondo Europeo para los Refugiados (DOUE L 129, 28.05.2010, p. 1) y otra decisión relativa a la asignación de servicios de intermediación financiera medidos indirectamente para la determinación de la renta nacional bruta utilizada a efectos del presupuesto de la Unión Europea y sus recursos propios (DOUE L 87, 7.04.2010, p. 31).

En marzo de 2010 se publican las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Protocolos, Anexos Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia inter-

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOCE, series L y C, durante el 1º y 2º cuatrimestre de 2010

gubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009 (DOUE, C 83, 30.03.2010, p. 1 y ss).

Los asuntos institucionales reflejan las novedades aportadas por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, especialmente la creación, organización y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior (SEAE), mediante dos decisiones (DOUE L 201, 3.08.2010, p. 30; DOUE C 210, 3.08.2010, p. 1), que constituye una de las aportaciones de la Presidencia española de la Unión Europea.

En cuanto a las Instituciones, respecto al Parlamento Europeo, se pueden señalar dos decisiones, la relativa al examen, por una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de las modificaciones de los Tratados propuestas por el Gobierno español en lo que se refiere a la composición del Parlamento Europeo, sin convocar una Convención (DOUE L 160, 26.06.2010, p. 5) y la que modifica las Medidas de aplicación del Estatuto de los diputados al Parlamento Europeo (DOUE C 180, 6.07.2010, p. 1). También se ha procedido a la reelección del Sr. Nikiforos Diamandouros como Defensor del Pueblo Europeo (DOUE L 39, 12.02.2010, p. 4).

En la Comisión se procedió a su nombramiento (DOUE L 38, 11.02.2010, p. 7) y previamente se adoptó la lista de las personalidades que se proponía nombrar miembros de la Comisión de común acuerdo entre el Consejo y el Presidente electo de la Comisión, (DOUE L 20, 26.01.2010, p. 5), en aplicación de las disposiciones contenidas en el Tratado de Lisboa, y se modificó su Reglamento interno (DOUE L 55, 5.03.2010, p. 60).

El Tribunal de Justicia también presenta novedades. Se procedió al nombramiento del Sr. Pedro Cruz Villalón como abogado general del Tribunal de Justicia como consecuencia del fallecimiento del Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, para el resto del mandato del mismo (DOUE L 14, 20.01.2010, p 12).

En aplicación de las novedades contenidas en el Tratado de Lisboa, se establecieron las normas de funcionamiento del comité previsto en el artículo 255 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Se trata del comité encargado de pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de las funciones de juez y abogado general. Dicho comité debe estar compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los

cuales debe ser propuesto por el Parlamento Europeo (DOUE L 50, 27.02.2010, p. 18) y se designaron a los miembros del citado comité, entre los que se nombra a una española, D^a Ana Palacio Vallelersundi (DOUE L 50, 27.02.2010, p. 20). También se nombra una juez del Tribunal de Justicia y, por primera vez, el comité creado en virtud del artículo 255 del TFUE ha emitido un dictamen favorable en cuanto a la idoneidad de la Sra. Alexandra (Sacha) Prechal, relevante autora de Derecho comunitario, para ejercer las funciones de juez del Tribunal de Justicia, (DOUE L 137, 3.06.2010, p. 3).

Las instancias jurisdiccionales de la Institución Tribunal de Justicia modifican sus Reglamentos de Procedimiento y las Instrucciones prácticas a las partes, y se publica la versión consolidada de los mismos, tanto para el Tribunal de Justicia (DOUE L 92, 13.04.2010, p. 12; DOUE C 177, 2.07.2010, p. 1), como para el Tribunal General (DOUE L 92, 13.04.2010, p. 14; DOUE L 170, 6.07.2010, p. 49; DOUE L 170, 6.07.2010, p. 53; DOUE C 177, 2.07.2010, p. 37) y el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea (DOUE L 92, 13.04.2010, p. 17; DOUE C 177, 2.07.2010, p. 71).

Respecto a otras Instituciones, se publica el Reglamento interno del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea (DOUE L 103, 23.04.2010, p. 1), y por último, se modifica la Decisión 2002/621/CE relativa a la organización y el funcionamiento de la Oficina de Selección de Personal de las Comunidades Europeas (DOUE L 26, 30.01.2010, p. 24).

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

La primera referencia al Derecho aduanero es la modificación del Convenio aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (Convenio TIR), de 14 de noviembre de 1975 (DOUE L 125, 21.05.2010, p. 1). Por otra parte, se modifican los reglamentos que fijan disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) no 2913/92 del Consejo, por el que se establece el código aduanero comunitario (DOUE L 51, 2.03.2010, p. 2; DOUE L 52, 3.03.2010, p. 28; DOUE L 60, 10.03.2010, p. 9) y se modifica el reglamento (CEE) no 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L 140, 8.06.2010, p. 19).

Se adopta también normativa por la que se definen los métodos de análisis y otras disposiciones de carácter técnico necesarios para la aplicación del régimen de exportación de mercancías no incluidas en el anexo I del Tratado

(DOUE L 37, 10.02.2010, p. 19) y para la aplicación del régimen de importación de determinadas mercancías resultantes de la transformación de productos agrícolas (DOUE L 37, 10.02.2010, p. 21). También se modifica el reglamento (CEE) no 3030/93 del Consejo, relativo al régimen común aplicable a las importaciones de algunos productos textiles originarios de terceros países (DOUE L 112, 5.05.2010, p. 1) y el reglamento (CE) no 7/2010 relativo a la apertura y modo de gestión de contingentes arancelarios de la Unión autónomos para determinados productos agrícolas e industriales (DOUE L 163, 30.06.2010, p. 2).

En el sector concreto de las frutas y hortalizas, se corrige el reglamento (CE) no 1831/96, relativo a la apertura y al modo de gestión, a partir del año 1996, de los contingentes arancelarios comunitarios de determinadas frutas y hortalizas y determinados productos transformados a base de frutas y hortalizas consolidados en el GATT (DOUE L 113, 6.05.2010, p.11) y se modifica la normativa comunitaria en el sector de las frutas y hortalizas (DOUE L 199, 31.07.2010, p. 12).

Existen también modificaciones en el régimen de preferencias arancelarias respecto a Estados terceros, y se adopta una decisión sobre los países beneficiarios que cumplen las condiciones para que les sea concedido el régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza en el período del 1 de julio de 2010 al 31 de diciembre de 2011, en el caso concreto referido a Panamá (DOUE L 142, 10.06.2010, p. 10). Igualmente, se adopta un reglamento de ejecución por el que se suspende temporalmente el régimen especial de estímulo del desarrollo sostenible y la gobernanza por lo que respecta a la República Socialista Democrática de Sri Lanka (DOUE L 45, 20.02.2010, p. 1).

La política comercial de estos meses comprende la celebración de algunos tratados de comercio sobre diversas materias, así el Acuerdo interino sobre comercio y asuntos comerciales entre la Comunidad Europea, por una parte, y la República de Serbia, por otra (DOUE L 28, 30.01.2010, p. 1 y 2), el Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Comunidad Europea y la República Árabe de Egipto sobre medidas recíprocas de liberalización del comercio de productos agrícolas, productos agrícolas transformados y pescado y productos de la pesca, sustitución de los Protocolos no 1 y no 2 y sus anexos, y modificación del Acuerdo euromediterráneo por el que se establece una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Árabe de Egipto, por otra (DOUE L 106, 28.04.2010, p. 39 y 41) y los Acuerdos, de Ginebra sobre el comercio de bananos, y sobre el comercio de bananos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América (DOUE L 141, 9.06.2010, p.1, 3 y 6).

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En materia de ayudas a los agricultores se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento del Consejo relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L 36, 9.02.2010, p. 4) y también se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa a los agricultores, y de pago único a los mismos, en el marco de la política agrícola común (DOUE L 106, 28.04.2010, p. 1; DOUE L 214, 14.08.2010, p. 1), así como 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 47, 24.02.2010, p. 1).

Se regulan diversos aspectos de las restituciones a la exportación, como su régimen de concesión (DOUE L 171, 6.07.2010, p. 1), el control físico de las exportaciones de productos agrícolas que se beneficien de una restitución o de otros importes (DOUE L 86, 1.04.2010, p. 15) y la nomenclatura de los productos agrarios para las restituciones a la exportación (DOUE L 100, 22.04.2010, p. 1). También se establecen determinadas disposiciones de aplicación en lo que respecta a la concesión de las restituciones a la exportación y a las medidas que deben adoptarse en caso de perturbación en el sector de los cereales (DOUE L 72, 20.03.2010, p. 3).

La compraventa de productos agrícolas en régimen de intervención pública es también objeto de regulación (DOUE L 157, 24.06.2010, p. 1; DOUE L 217, 18.08.2010, p. 4) así como la concesión de ayuda para el almacenamiento privado de determinados productos agrícolas (DOUE L 138, 4.06.2010, p. 1). Los plazos para que los Estados miembros notifiquen sus estrategias a la Comisión y para que la Comisión decida sobre la asignación definitiva de la ayuda en el marco de un plan de consumo de fruta en las escuelas son objeto de algunas excepciones. (DOUE L 77, 24.03.2010, p. 50)

En los aspectos generales de la Política Agrícola cabe señalar la modificación de las obligaciones de notificación en la organización común de mercados agrícolas (DOUE L 159, 25.06.2010, p. 13) y de la lista de terceros países de los que deben ser originarios determinados productos agrarios, obtenidos mediante producción ecológica, para poder ser comercializados en la Unión (DOUE L 134, 1.06.2010, p. 1), así como de las medidas específicas en el sector agrícola en favor de las regiones ultraperiféricas de la Unión (DOUE L 194, 24.07.2010, p. 23).

La Comisión adoptó dos recomendaciones en estos ámbitos, una relativa a la iniciativa de programación conjunta de la investigación sobre «Agricultura, seguridad alimentaria y cambio climático» (DOUE L 111, 4.05.2010, p. 27) y otra sobre directrices para el desarrollo de medidas nacionales de coexistencia destinadas a evitar la presencia accidental de OMG en cultivos convencionales y ecológicos (DOUE C 200, 22.07.2010, p. 1).

En las regulaciones de los productos, se modifican algunos aspectos de los caracteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de plantas agrícolas y hortícolas (DOUE L 169, 3.07.2010, p. 7). También es objeto de modificación la normativa sobre los cacahuets y otras semillas oleaginosas, los frutos de cáscara arbóreos, los huesos de albaricoque, el regaliz y el aceite vegetal (DOUE L 52, 3.03.2010, p. 32). Igualmente se establecen excepciones a la comercialización de mezclas de semillas de plantas forrajeras destinadas a la conservación del entorno natural (DOUE L 228, 31.08.2010, p. 10).

En el sector de los cereales se establecen disposiciones de aplicación en lo que concierne a los derechos de importación (DOUE L 187, 21.07.2010, p. 5) y se abren contingentes arancelarios, se fija su modo de gestión y se instaura un régimen de certificados de importación y de origen para los ajos y otros productos agrícolas importados de terceros países (DOUE L 100, 22.04.2010, p. 5) así como en el sector del azúcar (DOUE L 205, 6.08.2010, p. 3).

En cuanto a la ganadería y las aves de corral se adopta normativa comunitaria respecto a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 15, 20.01.2010, p. 1). También se establece regulación comunitaria destinada a controlar y reducir la salmonela tanto en la Unión (DOUE L 61, 11.03.2010, p. 1) como a la proveniente de aves de corral de determinados terceros países (DOUE L 80, 26.03.2010, p. 1). En relación con los piensos, se crea el Catálogo de materias primas para piensos (DOUE L 77, 24.03.2010, p. 17) y se modifica la normativa comunitaria en lo referente a la composición del aditivo para piensos (DOUE L 102, 23.04.2010, p. 21).

En relación con las aves de corral se establece una lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Comunidad o el tránsito por la misma de aves de corral o productos derivados, junto con los requisitos de certificación veterinaria (DOUE L 76, 23.03.2010, p. 1) y se modifican las condiciones

zoosanitarias para la importación de determinadas aves en la Comunidad y las correspondientes condiciones de cuarentena (DOUE L 75, 23.03.2010, p. 18). También se regula la aplicación por los Estados miembros de los programas de vigilancia de la influenza aviar en las aves de corral y las aves silvestres (DOUE L 166, 1.07.2010, p. 22) y se establecen disposiciones de aplicación del régimen de aplicación de derechos adicionales de importación y se fijan los derechos adicionales de importación en los sectores de la carne de aves de corral, de los huevos y de la ovoalbúmina (DOUE L 79, 25.03.2010, p. 1.)

Se establecen listas de terceros países, territorios o bien partes de terceros países o territorios autorizados a introducir en la Unión Europea determinados animales o carne fresca y los requisitos de certificación veterinaria (DOUE L 73, 20.03.2010, p. 1; DOUE L 135, 2.06.2010, p.1) y se modifican las normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal (DOUE L 159, 25.06.2010, p. 18). También se establecen las condiciones sanitarias y zoonosanitarias, así como los requisitos de certificación veterinaria, para la introducción en la Unión Europea de leche cruda y productos lácteos destinados al consumo humano (DOUE L 175, 10.07.2010, p. 1). Por último, se fija la ayuda financiera de la Unión para los gastos ocasionados por las medidas de urgencia tomadas en España contra la fiebre catarral ovina en 2004 y 2005 (DOUE L 197, 29.07.2010, p. 9).

El régimen de importación de leche y productos lácteos y la apertura de contingentes arancelarios es objeto de modificación (DOUE L 169, 3.07.2010, p. 1) y se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 797/2004 del Consejo relativo a las medidas destinadas a mejorar las condiciones de producción y comercialización de los productos del sector de la apicultura (DOUE L 213, 13.08.2010, p. 29).

Las especies ovina y caprina son objeto de regulación, tanto los que se encuentren en parques zoológicos (DOUE L 149, 15.06.2010, p. 3) como en lo que respecta a las directrices y procedimientos a efectos de la identificación electrónica de los animales de las especies ovina y caprina (DOUE L 124, 20.05.2010, p. 5), así como la regulación referente a los équidos, en lo que respecta a las condiciones de policía sanitaria que regulan los movimientos de équidos y las importaciones de équidos procedentes de terceros países (DOUE L 192, 23.07.2010, p. 1) y en lo tocante a la publicación de la lista de autoridades coordinadoras para los concursos de équidos (DOUE L 112, 5.05.2010, p. 8).

Finalmente la normativa comunitaria se ocupa de los animales de compañía, en lo relativo al número máximo de animales de compañía de

determinadas especies que pueden ser objeto de un desplazamiento sin ánimo comercial (DOUE L 114, 7.05.2010, p.3) y a la aprobación de las normas zosanitarias aplicables a los desplazamientos de animales de compañía sin ánimo comercial (DOUE L 132, 29.05.2010, p. 3).

IV. POLÍTICA PESQUERA

En Política de Pesca, se celebran los siguientes tratados, el Acuerdo en forma de canje de notas entre la Unión Europea y la República de Chile sobre la aplicación provisional del entendimiento relativo a la conservación de las poblaciones de pez espada en el Océano Pacífico Sudeste (DOUE L 155, 22.06.2010, p. 1, 3 y 10) y el Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Unión Europea y las Islas Salomón y el Acuerdo en forma de Canje de Notas sobre la aplicación provisional del Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Unión Europea y las Islas Salomón (DOUE L 190, 22.07.2010, p. 1, 3 y 27) y se asignan las posibilidades de pesca enmarcadas en el Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Unión Europea y las Islas Salomón (DOUE L 190, 22.07.2010, p. 29).

Se establece nueva normativa comunitaria respecto a la autorización de las actividades pesqueras de los buques pesqueros comunitarios fuera de las aguas comunitarias y al acceso de los buques de terceros países a las aguas comunitarias (DOUE L 61, 11.03.2010, p. 10) y se modifica la normativa en lo que atañe a la definición de productos de la pesca, y en lo que atañe al intercambio de información sobre las inspecciones de los buques de terceros países y los acuerdos administrativos en materia de certificados de capturas (DOUE L 26, 30.01.2010, p. 1) También se modifican los acuerdos administrativos en materia de certificados de captura (DOUE L 115, 8.05.2010, p.1).

Hay modificaciones también en el registro y la transmisión electrónicos de las actividades pesqueras y sobre los medios de teledetección y se deroga el Reglamento (CE) no 1566/2007 (DOUE L 174, 9.07.2010, p. 1). Se adopta un programa comunitario plurianual de recopilación, gestión y uso de datos del sector pesquero para el período 2011–2013 (DOUE L 41, 16.02.2010, p. 8) y se establece la lista de la UE de los buques que practican una pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L 131, 29.05.2010, p. 22).

En cuanto al mantenimiento de las diferentes especies marinas, se modifica el Reglamento (UE) no 53/2010 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca y se modifica el Reglamento (CE) no 754/2009 (DOUE L

209, 10.08.2010, p. 1) Igualmente cambian las especificaciones del dispositivo de escape Bacoma y las especificaciones de las redes de arrastre T90 en las pesquerías del Mar Báltico, los Belts y el Sund (DOUE L 199, 31.07.2010, p. 4). Se establece un programa de documentación de capturas de atún rojo (*Thunnus thynnus*) y de control e inspección con miras a la recuperación de las poblaciones de atún rojo del Atlántico oriental y el Mediterráneo (DOUE L 194, 24.07.2010, p. 1; DOUE L 88, 8.04.2010, p. 20). Se fijan las posibilidades de pesca de anchoa en el Golfo de Vizcaya para la campaña de pesca 2010/11 (DOUE L 199, 31.07.2010, p. 1) y también normas de desarrollo para la aplicación del Reglamento (CE) no 1342/2008 del Consejo por el que se establece un plan a largo plazo para las poblaciones de bacalao y las pesquerías que las explotan (DOUE L 75, 23.03.2010, p. 2).

Por otra parte, se aplica la Directiva 2006/88/CE del Consejo en lo referente a las medidas de lucha contra el aumento de la mortalidad de los ostiones de la especie *Crassostrea gigas* en relación con la detección del herpesvirus de los ostreidos tipo 1 uvar (*OsHV-1 uvar*) (DOUE L 52, 3.03.2010, p. 1) y se modifican los límites de captura de capelán en aguas de Groenlandia (DOUE L 121, 18.05.2010, p. 1) y los límites de capturas para la pesca del lanzón en aguas de la UE de la zona IIIa y en aguas de la UE de las zonas IIa y IV (DOUE L 170, 6.07.2010, p. 7). Se modifica el Reglamento (CE) no 1542/2007 sobre métodos de desembarque y pesaje del arenque, la caballa y el jurel (DOUE L 175, 10.07.2010, p. 27).

Entre las limitaciones que afectan a España, se prohíbe la pesca de maruca azul en aguas de la UE y aguas internacionales de las zonas VI y VII por parte de los buques que enarbolan pabellón de España (DOUE L 220, 21.08.2010, p. 59), se prohíben las actividades pesqueras de los cerqueros que enarbolan pabellón de España o están matriculados en España y practican la pesca de atún rojo en el Océano Atlántico, al este del meridiano 45° O, y en el Mar Mediterráneo (DOUE L 149, 15.06.2010, p. 7) y se decide sobre la asignación a España de días de mar adicionales en las divisiones CIEM VIIIc y IXa, excluido el Golfo de Cádiz (DOUE L 168, 2.07.2010, p. 22).

Por último se modifica la normativa comunitaria por lo que respecta a los requisitos de comercialización e importación aplicables a las partidas de animales de la acuicultura destinadas a Estados miembros o partes de ellos que cuentan con medidas nacionales aprobadas por la Decisión 2010/221/UE (DOUE L 104, 24.04.2010, p. 1).

V. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL

En materia de libre circulación de los trabajadores y política social cabe destacar la autorización a los Estados miembros para ratificar, en interés de la Unión Europea, el Convenio sobre el Trabajo en la Pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio n° 188) (DOUE L 145, 11.06.2010, p. 12) y la aplicación, mediante directivas del Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE (DOUE L 68, 18.03.2010, p. 13) y del Acuerdo marco para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario celebrado por HOSPEEM y EPSU (DOUE L 134, 1.06.2010, p. 66).

También se adopta una directiva sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo (DOUE L 180, 15.07.2010, p. 1).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En libertad de establecimiento y libre prestación de servicios se adoptan reglamentos en lo que atañe a los datos fundamentales para el inversor y a las condiciones que deben cumplirse al facilitarse esos datos o el folleto en un soporte duradero distinto del papel o a través de un sitio web (DOUE L 176, 10.07.2010, p. 1) y en lo que atañe a la forma y el contenido del escrito de notificación y el certificado del OICVM normalizados, el uso de la comunicación electrónica entre las autoridades competentes a efectos de notificación, los procedimientos para las verificaciones in situ y las investigaciones y el intercambio de información entre las autoridades competentes (DOUE L 176, 10.07.2010, p. 16).

Se regulan mediante directivas lo que atañe a determinadas disposiciones relativas a las fusiones de fondos, las estructuras de tipo principal-subordinado y el procedimiento de notificación (DOUE L 176, 10.07.2010, p. 28) y en lo que se refiere a los requisitos de organización, los conflictos de intereses, la conducta empresarial, la gestión de riesgos y el contenido de los acuerdos celebrados entre depositarios y sociedades de gestión (DOUE L 176, 10.07.2010, p. 42) así como la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación

de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (DOUE L 95, 15.04.2010, p. 1.)

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el sector de los transportes aéreos se celebran Acuerdos internacionales sobre determinados aspectos de los servicios aéreos, entre la Comunidad Europea y la Unión Económica y Monetaria del África Occidental (DOUE L 56, 6.03.2010, p. 15 y 16) y entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Canadá, por otra (DOUE L 207, 6.08.2010, p. 30 y 32). Y se decide la celebración de Acuerdos entre la Comunidad Europea y la República de Bosnia y Herzegovina (DOUE L 161, 29.06.2010, p. 1) y entre el Consejo de Ministros de la República de Albania y la Comunidad Europea sobre determinados aspectos de los servicios aéreos (DOUE L 166, 1.07.2010, p. 16). Por último, en materia de acuerdos internacionales, se adopta una decisión sobre la celebración de un memorándum de cooperación entre la Organización de Aviación Civil Internacional y la Comunidad Europea sobre auditorías e inspecciones de la seguridad y asuntos relacionados (DOUE L 129, 28.05.2010, p. 68).

En materia de aplicación de medidas de las normas básicas comunes de seguridad aérea se adoptan numerosos reglamentos, (DOUE L 43, 18.02.2010, p. 1; DOUE L 43, 18.02.2010, p. 3; DOUE L 55, 5.03.2010, p. 1; DOUE L 88, 8.04.2010, p. 1; DOUE L 166, 1.07.2010, p. 1; DOUE L 105, 27.04.2010, p. 10; DOUE L 105, 27.04.2010, p. 12) y sobre la seguridad de la aviación civil (DOUE L 90, 10.04.2010, p. 1) y se aprueba un instrumento simplificado elaborado por la Organización Europea para la Seguridad de la Navegación Aérea (Eurocontrol) para calcular el consumo de combustible de algunos operadores de aeronaves que son pequeños emisores (DOUE L 175, 10.07.2010, p. 25).

También en el ámbito de la seguridad en la navegación aérea, se modifican las especificaciones de los programas nacionales de control de calidad en el campo de la seguridad de la aviación civil (DOUE L 7, 12.01.2010, p. 3) y se fijan los procedimientos de las inspecciones que realice la Comisión en el ámbito de la seguridad de la aviación (DOUE L 23, 27.01.2010, p. 1). Igualmente se establecen requisitos relativos a la calidad de los datos aeronáuticos y la información aeronáutica para el cielo único europeo (DOUE L 23, 27.01.2010, p. 6) y se modifica el Reglamento (CE) n° 2042/2003 sobre el mantenimiento de la aeronavegabilidad de las aeronaves y productos aeronáuticos.

ticos, componentes y equipos y sobre la aprobación de las organizaciones y personal que participan en dichas tareas (DOUE L 40, 13.02.2010, p. 4).

Se establecen normas comunes sobre la gestión de afluencia del tránsito aéreo (DOUE L 80, 26.03.2010, p. 10) y se regula lo que atañe al acceso a los conjuntos y servicios de datos espaciales de los Estados miembros por parte de las instituciones y órganos de la Unión en condiciones armonizadas (DOUE L 83, 30.03.2010, p. 8). Se modifica el Reglamento (CE) no 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos (DOUE L 87, 7.04.2010, p. 19) y se adopta un sistema de evaluación del rendimiento para los servicios de navegación aérea y las funciones de red que modifica el Reglamento (CE) no 2096/2005, por el que se establecen requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea (DOUE L 201, 3.08.2010, p. 1).

Por último, en el ámbito de los transportes aéreos, se modifica el Reglamento (CE) no 474/2006, por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad (DOUE L 84, 31.03.2010, p. 25; DOUE L 170, 6.07.2010, p. 9).

Los transportes por carretera son también objeto de regulación y se adopta una decisión relativa a la posición de la Unión Europea con respecto al proyecto de Decisión 1/2003 y al proyecto de Recomendación 1/2003 del Comité Conjunto creado en virtud del Acuerdo Interbus sobre el transporte discrecional internacional de viajeros en autocar y autobús (DOUE L 138, 4.06.2010, p. 11). También se adopta normativa comunitaria sobre diversos aspectos de las unidades instaladas en los vehículos y de las tarjetas de conductor (DOUE L 168, 2.07.2010, p. 16; DOUE L 9, 14.01.2010, p. 10) y se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte (DOUE L 207, 6.08.2010, p. 1).

En lo que se refiere a la regulación del transporte marítimo, se adoptan decisiones relativas al reconocimiento de Israel (DOUE L 161, 29.06.2010, p. 9) y de Argelia (DOUE L 163, 30.06.2010, p. 42) en lo relativo a la educación, formación y titulación de la gente de mar para el reconocimiento de los certificados de aptitud.

En relación con los buques, se desarrolla la normativa comunitaria en lo que respecta a las inspecciones ampliadas de buques (DOUE L 125, 21.05.2010, p. 2) y se modifica la Directiva 2009/45/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, sobre reglas y normas de seguridad aplicables a los buques de pasaje (DOUE L 162, 29.06.2010, p. 1). También se adopta una decisión relativa a las condiciones armonizadas de utilización del espectro radioeléctrico para los servicios de comunicaciones móviles a bordo de buques (servicios de MCV) en la Unión Europea (DOUE L 72, 20.03.2010, p. 38) y una recomendación relativa a la autorización de los sistemas para los servicios de comunicaciones móviles a bordo de los buques (servicios de MCV) (DOUE L 72, 20.03.2010, p. 42). Por último, también se regulan las especificaciones técnicas de la información electrónica sobre los buques para la navegación interior (DOUE L 57, 6.03.2010, p. 1).

En el sector del transporte ferroviario, se adopta un reglamento sobre los modelos comunitarios de licencias de conducción de trenes, certificados complementarios, copias autenticadas de certificados complementarios y formularios de solicitud de licencias de conducción de trenes, en aplicación de la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 13, 19.01.2010, p. 1).

Y por último, respecto al transporte de mercancías peligrosas por diversos medios de transporte, se adopta una directiva sobre equipos a presión transportables y por la que se derogan las Directivas 76/767/CEE, 84/525/CEE, 84/526/CEE, 84/527/CEE y 1999/36/CE del Consejo (DOUE L 165, 30.06.2010, p. 1).

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En la Política de la competencia, se adoptan reglamentos de aplicación del art. 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOUE L 102, 23.04.2010, p. 1), en el sector de los vehículos de motor (DOUE L 129, 28.05.2010, p. 52 y a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (DOUE L 83, 30.03.2010, p. 1).

Se establecen también una serie de derechos antidumping definitivos para productos provenientes de Estados terceros, así sobre las importaciones de etanolaminas originarias de los Estados Unidos de América (DOUE L 17, 22.01.2010, p 1) a las importaciones de determinados accesorios de tubería de hierro o de acero, originarios, entre otros países, de Malasia (DOUE L 107, 29.04.2010, p. 1). En el caso de Ucrania, se establecen, sobre las importaciones de nitrato de amonio originario (DOUE L 150, 16.06.2010, p. 24) y sobre las

importaciones de tablas de planchar originarias (DOUE L 168, 2.07.2010, p. 12). También se establece un derecho compensatorio definitivo sobre las importaciones de película de politereftalato de etileno (PET) originaria de la India (DOUE L 168, 2.07.2010, p. 1).

Pero el Estado sobre cuyos productos se establecen mayor número de derechos antidumping definitivos es la República Popular China, ya que se establecen sobre las importaciones de tablas de planchar (DOUE L 24, 28.01.2010, p. 1; DOUE L 84, 31.03.2010, p. 13) de glifosato (DOUE L 40, 13.02.2010, p. 1) de determinados mecanismos para encuadernación con anillos (DOUE L 49, 26.02.2010, p. 1) de alcohol furfúrico (DOUE L 60, 10.03.2010, p. 1) de tejidos acabados de filamentos de poliéster (DOUE L 107, 29.04.2010, p. 6) de determinados sistemas de escaneado de cargas (DOUE L 150, 16.06.2010, p. 1) de determinados alambres de molibdeno (DOUE L 150, 16.06.2010, p. 17) y de gluconato de sodio (DOUE L 111, 4.05.2010, p. 5) de determinadas ruedas de aluminio (DOUE L 117, 11.05.2010, p.6). También de silicio originario de la República Popular China, ampliado a las importaciones de silicio procedente de la República de Corea (DOUE L 131, 29.05.2010, p. 1), de cables de acero originarios, entre otros países, de la República Popular China y procedentes de la República de Corea, (DOUE L 117, 11.05.2010, p.1) y de ciclamato sódico originario de la República Popular China y de Indonesia (DOUE L 140, 8.06.2010, p. 2).

En cuanto a la autorización de las ayudas de Estado, se aprecia un aumento del número de las mismas, probablemente auspiciado por la crisis económica, y en consecuencia, una mayor flexibilidad de la Comisión a la hora de conceder la autorización de las mismas. Entre las concedidas al Reino de España, en ámbitos variados (DOUE C 25, 2.02.2010, p. 4; DOUE C 57, 9.03.2010, p. 1; DOUE C 70, 19.03.2010, p. 21; DOUE C 94, 14.04.2010, p. 2; DOUE C 101, 20.04.2010, p. 7; DOUE C 190, 14.07.2010, p. 7; DOUE C 213, 6.08.2010, p. 1; DOUE C 231, 27.08.2010, p. 1) cabe destacar la que se le concede para la recapitalización de Cajasur (DOUE C 224, 19.08.2010, p. 2) y la que se concede conjuntamente a España y Francia para la puesta en marcha y explotación de la autopista del mar entre el puerto de Nantes-Saint-Nazaire (Francia) y el puerto de Gijón (España) (DOUE C 74, 24.03.2010, p. 4).

También se autorizan numerosas ayudas a las distintas Comunidades Autónomas. En el caso de Andalucía, se autorizan ayudas para las subvenciones para la creación de nuevas estructuras de comercialización (DOUE C 2, 6.01.2010, p. 1) en favor de la programación de teatro, música y danza expe-

rimentales en Andalucía para el período 2009–2013 (DOUE C 25, 2.02.2010, p. 6) para la reconversión de plantaciones de determinados cítricos (DOUE C 46, 24.02.2010, p. 4; DOUE C 213, 6.08.2010, p. 5) y conjuntamente con Aragón, Asturias, Castilla y León, Castilla–la Mancha, Cataluña, Ayudas a la cobertura de costes excepcionales en sustitución del suministro gratuito de carbón (DOUE C 93, 13.04.2010, p. 1).

Se autorizan además, ayudas a Aragón (DOUE C 226, 21.08.2010, p. 2) Asturias, (DOUE C 228, 25.08.2010, p. 1; DOUE C 104, 23.04.2010, p. 1), Castilla y León (DOUE C 9, 15.01.2010, p. 2; DOUE C 16, 22.01.2010, p. 1; DOUE C 72, 20.03.2010, p. 7; DOUE C 95, 15.04.2010, p. 2; DOUE C 226, 21.08.2010, p. 2; DOUE C 226, 21.08.2010, p. 8; DOUE C 226, 21.08.2010, p. 8), Galicia (DOUE C 28, 4.02.2010, p. 4; DOUE C 33, 10.02.2010, p. 1; DOUE C 74, 24.03.2010, p. 1; DOUE C 226, 21.08.2010, p. 5; DOUE C 230, 26.08.2010, p. 1), las Islas Canarias (DOUE C 101, 20.04.2010, p. 7) la Comunidad de Madrid (DOUE C 94, 14.04.2010, p. 8), la Región de Murcia (DOUE C 72, 20.03.2010, p. 2; DOUE C 125, 13.05.2010, p. 1; DOUE C 217, 11.08.2010, p. 5), Navarra (DOUE C 16, 22.01.2010, p. 1), el País Vasco (DOUE C 30, 6.02.2010, p. 1; DOUE C 30, 6.02.2010, p. 5; DOUE C 30, 6.02.2010, p. 10; DOUE C 74, 24.03.2010, p. 4; DOUE C 129, 19.05.2010, p. 1; DOUE C 140, 29.05.2010, p. 18; DOUE C 140, 29.05.2010, p. 20) y Valencia (DOUE C 19, 26.01.2010, p. 5; DOUE C 25, 2.02.2010, p. 1).

IX. FISCALIDAD

En Política Fiscal, se regulan y modifican, mediante directivas algunos aspectos del sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE L 10, 15.01.2010, p. 14) como es la aplicación optativa y temporal del mecanismo de inversión del sujeto pasivo a determinadas prestaciones de servicios susceptibles de fraude (DOUE L 72, 20.03.2010, p. 1) y las normas de facturación (DOUE L 189, 22.07.2010, p. 1). También se modifica la directiva referente a la estructura y a los tipos del impuesto especial que grava las labores del tabaco, y la Directiva 2008/118/CE (DOUE L 50, 27.02.2010, p. 1) y se adopta otra directiva sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas (DOUE L 84, 31.03.2010, p. 1). Finalmente, la Comisión autoriza a España para no tomar en consideración determinadas clases de operaciones en el cálculo de la base de los recursos propios procedentes del IVA (DOUE L 3, 7.01.2010, p. 20).

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En Política económica y monetaria se adopta normativa referida a la introducción del euro en Estonia el 1 de enero de 2011 (DOUE L 196, 28.07.2010, p. 1; DOUE L 196, 28.07.2010, p. 4; DOUE L 196, 28.07.2010, p. 24).

Se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (DOUE L 118, 12.05.2010, p. 1) y se crea el programa para mercados de valores (DOUE L 124, 20.05.2010, p. 8). Se adopta una decisión sobre el incumplimiento de las obligaciones de información estadística (DOUE L 226, 28.08.2010, p. 48). También se adoptan varias Orientaciones sobre las estadísticas monetarias y de instituciones y mercados financieros (DOUE L 16, 21.01.2010, p. 6) sobre los instrumentos y procedimientos de la política monetaria del Eurosistema (DOUE L 63, 12.03.2010, p. 22) y sobre TARGET2–Securities (DOUE L 118, 12.05.2010, p. 6).

Se adopta el Dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2009–2013) (DOUE C 146, 4.06.2010, p.1), y por último se formulan dos Recomendaciones del Consejo, una con vistas a poner fin en Grecia a la contradicción con las orientaciones generales de las políticas económicas e impedir que se ponga en peligro el correcto funcionamiento de la Unión económica y monetaria (DOUE L 83, 30.03.2010, p. 65) y otra sobre directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión (DOUE L 191, 23.07.2010, p. 28), y una Recomendación de la Comisión sobre el alcance y los efectos del curso legal de los billetes y monedas en euros (DOUE L 83, 30.03.2010, p. 70).

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

En el ámbito de las Relaciones Exteriores de la Unión, como es habitual, se celebran distintos Tratados internacionales sobre diversas materias. Así, el Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Comunidad Europea y la República de Ghana relativo a la aplicación de las leyes, la gobernanza y el comercio forestales y sobre los productos de la madera importados en la Comunidad (DOUE L 70, 19.03.2010, p. 1 y 3), el Acuerdo entre el Gobierno de la Federación de Rusia y la Unión Europea sobre protección de

información clasificada (DOUE L 155, 22.06.2010, p. 56 y 57), y el Acuerdo en forma de Protocolo entre la Comunidad Europea y la República de Túnez que establece un mecanismo de solución de diferencias relativas a las disposiciones comerciales del Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra (DOUE L 40, 13.02.2010, p. 75).

Se establece la posición que ha de adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité de ayuda alimentaria en relación con la prórroga del Convenio sobre ayuda alimentaria de 1999 (DOUE L 142, 10.06.2010, p. 7) y la posición de la Comunidad sobre la participación en el Comité Consultivo Cariforum-CE, creado por el Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del Cariforum, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, y a la selección de los representantes de las organizaciones ubicadas en la Parte CE (DOUE L 88, 8.04.2010, p. 23).

Respecto a las posibles ampliaciones de la Unión Europea, se modifica la normativa comunitaria relativa al Reglamento por el que se establece un Instrumento de Ayuda Preadhesión (IAP) (DOUE L 25, 29.01.2010, p. 1; DOUE L 158, 24.06.2010, p. 7). En cuanto al Estado candidato potencial a la Unión Europea, Montenegro, se celebra el Acuerdo de Estabilización y Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Montenegro, por otra (DOUE L 108, 29.04.2010, p. 1 y 3).

En relación con otros Estados europeos, se decide la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto del EEE en relación con una modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (líneas presupuestarias) (DOUE L 175, 10.07.2010, p. 34) y se concede ayuda macrofinanciera a Ucrania (DOUE L 179, 14.07.2010, p. 1).

Finalmente, en el ámbito de la Cooperación al Desarrollo, se modifica y prorroga la Decisión 2007/641/CE relativa a la conclusión de las consultas con la República de las Islas Fiyi, con arreglo al artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE y el artículo 37 del Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo (DOUE L 88, 8.04.2010, p. 7) y se decide la conclusión del procedimiento de consulta con la República de Madagascar en virtud del artículo 96 del Acuerdo de Asociación ACP-CE (DOUE L 169, 3.07.2010, p. 13).

XII. ENERGÍA

En Política de Energía se decide la celebración por parte de la Unión Europea del Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA) (DOUE L 178, 13.07.2010, p. 17), la celebración de un Memorándum de Acuerdo entre la Comisión Europea y el Organismo Internacional de Energía Atómica en lo relativo a la plataforma europea de intercambio de datos radiológicos (EUropean Radiological Data Exchange Platform — EURDEP) (DOUE L 182, 16.07.2010, p. 15) y la participación de la Comisión Europea en la Asociación Mundial de la Bioenergía (DOUE L 98, 20.04.2010, p. 12).

La comunicación a la Comisión de los proyectos de inversión en infraestructuras energéticas en la Unión Europea es objeto de regulación comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) no 736/96 (DOUE L 180, 15.07.2010, p. 7). También se regula, mediante directivas, la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada (DOUE L 153, 18.06.2010, p. 1) y la eficiencia energética de los edificios (DOUE L 153, 18.06.2010, p. 13).

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

La consolidación y mantenimiento del Mercado Interior, abarca la regulación de productos y servicios muy diversos, y aunque de manera lenta, no dejan de aumentar las materias que acaban siendo objeto de regulación comunitaria en este ámbito. En primer lugar, como es habitual se destacan los Tratados internacionales en la materia, como el Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Estado de Israel, por otra, sobre evaluación de la conformidad y aceptación de productos industriales (ECA) (DOUE L 145, 11.06.2010, p. 1) y la autorización a la República Francesa a celebrar un acuerdo con el Principado de Mónaco para que las transferencias de fondos entre la República Francesa y el Principado de Mónaco se traten como transferencias de fondos dentro de la República Francesa, de acuerdo con el Reglamento (CE) no 1781/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 112, 5.05.2010, p. 23).

La normativa referida a productos destinados a la alimentación humana contiene numerosas modificaciones y desarrollo, como la fijación del contenido

máximo de determinados contaminantes en los productos alimenticios por lo que se refiere a la ocratoxina A (DOUE L 35, 6.02.2010, p. 7); las condiciones de utilización de alúmina activada para la eliminación de los fluoruros en las aguas minerales naturales y en las aguas de manantial (DOUE L 37, 10.02.2010, p. 13); la lista de declaraciones nutricionales (DOUE L 37, 10.02.2010, p. 16). Se establece un programa para la reevaluación de aditivos alimentarios autorizados de conformidad con el Reglamento (CE) no 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre aditivos alimentarios (DOUE L 80, 26.03.2010, p. 19); y se modifican los criterios microbiológicos aplicables a los productos alimenticios, en lo que respecta a las enterobacteriáceas en la leche pasteurizada y otros productos lácteos líquidos pasteurizados y a *Listeria monocytogenes* en la sal de cocina (DOUE L 107, 29.04.2010, p. 9); se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 1234/2007 del Consejo en lo relativo a las comunicaciones de los Estados miembros a la Comisión en el sector de la leche y los productos lácteos (DOUE L 135, 2.06.2010, p.26). También se establecen criterios específicos de pureza de los edulcorantes (DOUE L 152, 18.06.2010, p. 12); se modifica la Directiva 2009/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los disolventes de extracción utilizados en la fabricación de productos alimenticios y de sus ingredientes (DOUE L 225, 27.08.2010, p. 10); y la lista de instalaciones de terceros países autorizadas para la irradiación de alimentos (DOUE L 75, 23.03.2010, p. 33). Se establece un Registro de Biocidas (DOUE L 126, 22.05.2010, p. 26) y se corrige la versión española de la Directiva 2001/112/CE del Consejo relativa a los zumos de frutas y otros productos similares destinados a la alimentación humana (DOUE L 126, 22.05.2010, p. 23).

En relación con la salud alimentaria, se deniega la autorización de una declaración de propiedades saludables en los alimentos distinta de las que se refieren a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 111, 4.05.2010, p. 1); se deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos, distintas de las relativas a la reducción del riesgo de enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños (DOUE L 113, 6.05.2010, p. 1; DOUE L 113, 6.05.2010, p.4). Por otra parte, se modifica y adopta normativa 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 111, 4.05.2010, p. 3; DOUE L 113, 6.05.2010, p.6).

En lo referente al etiquetado y presentación de los productos, se modifica la regulación de los requisitos de etiquetado de las bebidas con más del 1,2 %

de volumen de alcohol y que contengan determinados colorantes alimentarios (DOUE L 75, 23.03.2010, p. 17); y se establecen las tasas que deben abonarse a la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos con arreglo al Reglamento (CE) no 1272/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (DOUE L 126, 22.05.2010, p. 1).

Se establecen disposiciones específicas de aplicación del Reglamento (CE) no 1007/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el comercio de productos derivados de la foca (DOUE L 216, 17.08.2010, p. 1) y se modifica la Directiva 76/768/CEE del Consejo, relativa a los productos cosméticos, para adaptarla al progreso técnico (DOUE L 29, 2.02.2010, p. 5; DOUE L 36, 9.02.2010, p. 21).

En el sector de los obstáculos técnicos a los intercambios se regulan y modifican varios aspectos, como el marco para la homologación de los vehículos de motor y de los remolques, sistemas, componentes y unidades técnicas independientes destinados a dichos vehículos (Directiva marco) (DOUE L 110, 1.05.2010, p. 1); la homologación de los vehículos de motor impulsados por hidrógeno (DOUE L 122, 18.05.2010, p. 1); los requisitos de homologación de tipo en lo que se refiere a los dispositivos de deshielo y de desempañado del parabrisas de determinados vehículos de motor y por el que se aplica el Reglamento (CE) no 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor, sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DOUE L 196, 28.07.2010, p. 5).

Se adopta la directiva 2009/144/CE relativa a determinados elementos y características de los tractores agrícolas o forestales de ruedas (DOUE L 27, 30.01.2010, p. 33); y se modifican y actualizan las directivas 97/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre medidas contra la emisión de gases y partículas contaminantes procedentes de los motores de combustión interna que se instalen en las máquinas móviles no de carretera (DOUE L 86, 1.04.2010, p. 29); las relativas a la homologación de los tractores agrícolas o forestales (DOUE L 91, 10.04.2010, p. 1); la relativa a las inspecciones técnicas en carretera de los vehículos industriales que circulan en la Comunidad (DOUE L 173, 8.07.2010, p. 33); la relativa a la inspección técnica de los vehículos a motor y de sus remolques (DOUE L 173, 8.07.2010, p. 47); y la directiva sobre los asientos de ocupantes de los tractores agrícolas o forestales de ruedas, y la Directiva 2009/144/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,

relativa a determinados elementos y características de los tractores agrícolas o forestales de ruedas (DOUE L 213, 13.08.2010, p. 37).

Se modifica, además, el Reglamento (CE) no 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) (DOUE L 86, 1.04.2010, p. 7; DOUE L 133, 31.05.2010, p. 1)

Con relación a los obstáculos técnicos a los intercambios, también se adoptan numerosísimos reglamentos de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE/ONU), sobre materias muy diversas: disposiciones uniformes relativas a la homologación de los vehículos en lo que concierne a su compatibilidad electromagnética (DOUE L 116, 8.05.2010, p.1); a la homologación de vehículos en lo que respecta a las cerraduras de puertas y a los componentes de retención de las puertas (DOUE L 120, 13.05.2010, p. 1) a la homologación de vehículos de motor en lo concerniente a la protección contra su utilización no autorizada (DOUE L 120, 13.05.2010, p. 29); para la homologación de los vehículos en lo que se refiere al aparato indicador de velocidad, incluida su instalación (DOUE L 120, 13.05.2010, p. 40); para la homologación de los vehículos industriales, de los remolques y de los semirremolques, en lo que concierne a su protección lateral (DOUE L 120, 13.05.2010, p. 49); sobre la homologación de las luces de estacionamiento de los vehículos de motor (DOUE L 130, 28.05.2010, p. 1); para la homologación de los conjuntos de forro de freno de repuesto y de los forros de frenos de tambor de repuesto para vehículos de motor y sus remolques (DOUE L 130, 28.05.2010, p. 19); sobre la homologación de los vehículos en lo relativo a la protección de sus ocupantes en caso de colisión frontal (DOUE L 130, 28.05.2010, p. 50); para la homologación de las luces de posición delanteras y traseras, las luces de frenado y las luces de gálibo de los vehículos de motor (excepto las motocicletas) y sus remolques (DOUE L 148, 12.06.2010, p. 1); para la homologación de las luces de marcha atrás para vehículos de motor y sus remolques (DOUE L 148, 12.06.2010, p. 34); a la homologación de las luces antiniebla traseras de los vehículos de motor y de sus remolques (DOUE L 148, 12.06.2010, p. 55); a la homologación de los vehículos industriales en lo que respecta a los salientes exteriores situados por delante del panel trasero de la cabina (DOUE L 164, 30.06.2010, p. 1); a la homologación de asientos de vehículos de grandes dimensiones para el transporte de pasajeros y de estos vehículos por lo que respecta a la resistencia de los asientos y de sus anclajes (DOUE L 164, 30.06.2010, p. 18); sobre la homologación de las luces de circulación diurna de los vehículos de motor (DOUE L 164, 30.06.2010, p. 46); para la homologación de luces de posición laterales para vehículos de motor y

sus remolques (DOUE L 164, 30.06.2010, p. 69); a la homologación de faros de vehículos a motor equipados con fuentes luminosas de descarga de gas (DOUE L 164, 30.06.2010, p. 92); a la homologación de fuentes luminosas de descarga de gas para su uso en unidades de lámparas de descarga de gas homologadas de vehículos de motor (DOUE L 164, 30.06.2010, p. 151); a la protección de los vehículos a motor contra la utilización no autorizada (DOUE L 164, 30.06.2010, p. 181); a la homologación de vehículos de las categorías M, N y O por lo que respecta a sus sistemas de calefacción (DOUE L 164, 30.06.2010, p. 231); sobre la homologación de los faros de los vehículos de motor que emiten un haz de cruce o un haz de carretera asimétricos y están equipados con lámparas de incandescencia de las categorías R2 o HS1, (DOUE L 177, 10.07.2010, p. 1); a la homologación de los indicadores de dirección de los vehículos de motor y de sus remolques (DOUE L 177, 10.07.2010, p. 40); sobre la homologación de los faros de los vehículos de motor que emiten un haz de cruce o un haz de carretera asimétricos, o ambos, y están equipados con lámparas de incandescencia halógenas (H1, H2, H3, HB3, HB4, H7, H8, H9, HIR1, HIR2 o H11) (DOUE L 177, 10.07.2010, p. 71); a la homologación de las luces antiniebla delanteras de vehículos a motor (DOUE L 177, 10.07.2010, p. 113); sobre la homologación de los faros de los vehículos de motor que emiten un haz de cruce o un haz de carretera asimétricos, o ambos, y están equipados con lámparas de incandescencia halógenas (lámparas H4) (DOUE L 177, 10.07.2010, p. 170); sobre la homologación de los dispositivos de visión indirecta y los vehículos de motor en lo referente a la instalación de dichos dispositivos (DOUE L 177, 10.07.2010, p. 211); al comportamiento frente al fuego de los materiales utilizados en la fabricación del interior de determinadas categorías de vehículos de motor (DOUE L 177, 10.07.2010, p. 263); sobre disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos por lo que se refiere al emplazamiento e identificación de los mandos manuales, testigos e indicadores (DOUE L 177, 10.07.2010, p. 290); a la homologación de aparatos productores de señales acústicas y de vehículos de motor en lo que respecta a sus señales acústicas (DOUE L 185, 17.07.2010, p. 1); sobre la homologación de los faros halógenos sellados (SB) de los vehículos autopropulsados que emiten un haz de cruce o un haz de carretera europeos asimétricos, o ambos (DOUE L 185, 17.07.2010, p. 15); a la homologación de: I. Los dispositivos de protección delantera contra el empotramiento — II. Vehículos en lo que concierne al montaje de un dispositivo de protección delantera contra el empotramiento de un tipo homologado — III. Vehículos en lo que concierne a su protección delantera contra el empotramiento (DOUE L 185, 17.07.2010, p. 56); a la homologación de placas de identificación trasera de vehículos lentos (por construcción) y sus remolques (DOUE L 200, 31.07.2010, p. 1); a la homologación de los tractores agrícolas en lo que

conciene al campo de visión del conductor (DOUE L 200, 31.07.2010, p. 28); a la homologación de vehículos de motor con respecto al campo de visión delantera del conductor (DOUE L 200, 31.07.2010, p. 38); a la homologación de apoyacabezas (reposacabezas), incorporados o no en asientos de vehículos (DOUE L 215, 14.08.2010, p. 1); a la homologación de los vehículos en lo que se refiere a sus salientes exteriores (DOUE L 215, 14.08.2010, p. 27); a la homologación de los sistemas de alumbrado delantero adaptables (AFS) para vehículos de motor (DOUE L 222, 24.08.2010, p. 1); a las prescripciones uniformes sobre la homologación de los dispositivos mecánicos de acoplamiento de vehículos combinados (DOUE L 227, 28.08.2010, p. 1); a las medidas que deben adoptarse contra las emisiones de gases y partículas contaminantes procedentes de motores de encendido por compresión destinados a la propulsión de vehículos, y las emisiones de gases contaminantes procedentes de motores de encendido por chispa alimentados con gas natural o gas licuado de petróleo destinados a la propulsión de vehículos (DOUE L 229, 31.08.2010, p. 1); sobre la homologación de los vehículos de turismo en lo relativo al frenado (DOUE L 230, 31.08.2010, p. 1); sobre la homologación de vehículos en lo que concierne a los asientos, a sus anclajes y a los apoyacabezas (DOUE L 230, 31.08.2010, p. 81); a la homologación de los materiales de acristalamiento de seguridad y su montaje en los vehículos (DOUE L 230, 31.08.2010, p. 119); a la homologación de vehículos destinados al transporte de mercancías peligrosas en lo que respecta a sus características particulares de construcción (DOUE L 230, 31.08.2010, p. 253) y sobre la homologación de los faros de los vehículos de motor que emiten un haz de carretera o un haz de cruce asimétrico, o ambos, y están equipados con lámparas de incandescencia y/o módulos LED (DOUE L 230, 31.08.2010, p. 264).

En esta materia también se formulan dos recomendaciones, una sobre la evaluación de los defectos detectados durante las inspecciones técnicas efectuadas de conformidad con la Directiva 2009/40/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la inspección técnica de los vehículos a motor y de sus remolques (DOUE L 173, 8.07.2010, p. 74) y otra sobre la evaluación de riesgo de las deficiencias detectadas durante las inspecciones técnicas en carretera de los vehículos industriales de conformidad con la Directiva 2000/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 173, 8.07.2010, p. 97)

Es los aspectos referidos a la seguridad de los productos se adoptan también algunas decisiones, sobre los requisitos de seguridad que deben cumplir las normas europeas relativas a los anillos de baño, los dispositivos de ayuda para el baño y las bañeras y los soportes de bañera para lactantes y niños de corta edad de conformidad con lo establecido en la Directiva 2001/95/CE

del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 3, 7.01.2010, p. 23); sobre los requisitos de seguridad que deben cumplir las normas europeas aplicables a los dispositivos de cierre autoinstalables a prueba de niños para ventanas y puertas de balcones de conformidad con la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 3, 7.01.2010, p. 91); sobre los requisitos de seguridad que deben establecer las normas europeas en relación con determinados productos del entorno de sueño de los niños con arreglo a la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 170, 6.07.2010, p. 39).

Igualmente se establecen las clases de reacción al fuego para determinados productos de construcción en lo que respecta a los adhesivos para azulejos de cerámica (DOUE L 38, 11.02.2010, p. 9); las clases de reacción al fuego para determinados productos de construcción en lo que respecta a los revestimientos decorativos de paredes en forma de rollos y paneles (DOUE L 38, 11.02.2010, p. 11); las clases de reacción al fuego para determinados productos de construcción en lo que respecta a los compuestos para juntas que secan al aire libre (DOUE L 38, 11.02.2010, p. 13); las clases de reacción al fuego para determinados productos de construcción en lo que respecta a las soleras a base de cemento, las soleras a base de sulfato de calcio y las soleras para suelos a base de resinas sintéticas (DOUE L 38, 11.02.2010, p. 17); y se requiere a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar que solo se comercialicen encendedores con seguridad para niños y que prohíban la comercialización de encendedores de fantasía (DOUE L 67, 17.03.2010, p. 9). También se modifica la Decisión 2004/388/CE, relativa a un documento para la transferencia intracomunitaria de explosivos (DOUE L 155, 22.06.2010, p. 54).

Se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo (DOUE L 105, 27.04.2010, p. 109) y se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) no 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a las Mejoras de las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) (DOUE L 77, 24.03.2010, p. 33); en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 1 (DOUE L 157, 24.06.2010, p. 3); en lo relativo a las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) 1 y (NIIF) 7 (1) (DOUE L 166, 1.07.2010, p. 6); en lo que atañe a la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 2 (1) (DOUE L 77, 24.03.2010, p. 42); en lo que respecta a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 24 y a la Norma Internacional de Información Financiera (NIIF) 8 (DOUE L 186, 20.07.2010, p. 1); en lo relativo a la Interpretación no 14 del Comité de Interpretaciones de las Normas

Internacionales de Información Financiera (CINIIF) (DOUE L 186, 20.07.2010, p. 10); en lo relativo a la Interpretación no 19 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF) y a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 1 (1) (DOUE L 193, 24.07.2010, p. 1).

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En el ámbito de la Política Regional, cabe señalar la modificación del reglamento por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, con respecto a la simplificación de determinados requisitos y a determinadas disposiciones relativas a la gestión financiera DOUE L 158, 24.06.2010, p. 1) y del relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, por lo que se refiere a la subvencionabilidad de las intervenciones en materia de vivienda en favor de las comunidades marginadas (DOUE L 132, 29.05.2010, p. 1); y el establecimiento y modificación de un instrumento europeo de micro-financiación para el empleo y la inclusión social — Progress (DOUE L 87, 7.04.2010, p. 1; DOUE L 87, 7.04.2010, p. 6).

Respecto a las redes transeuropeas, se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas (DOUE L 27, 30.01.2010, p. 20); se deciden las condiciones técnicas armonizadas relativas al uso de la banda de frecuencias de 790–862 MHz para los sistemas terrenales capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas en la Unión Europea (DOUE L 117, 11.05.2010, p.95), se modifica la decisión sobre la armonización del espectro radioeléctrico para su uso por dispositivos de corto alcance (DOUE L 166, 1.07.2010, p. 33) y se orientaciones de la Unión para el desarrollo de la red transeuropea de transporte (DOUE L 204, 5.08.2010, p. 1).

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

En la Política de Protección del Medio ambiente se continúa con la regulación de sustancias que agotan la capa de ozono, así se modifica la normativa sobre los usos críticos de los halones y sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (DOUE L 218, 19.08.2010, p. 2) y la Decisión 2007/589/CE a fin

de incluir directrices para el seguimiento y la notificación de emisiones de gases de efecto invernadero derivadas de la captura, el transporte y el almacenamiento geológico de dióxido de carbono (DOUE L 155, 22.06.2010, p. 34). También se modifica la normativa comunitaria relativa a los traslados de residuos para tener en cuenta los cambios adoptados en virtud de la Decisión C(2008) 156 del Consejo de la OCDE (DOUE L 119, 13.05.2010, p. 1). Y se adopta además una decisión relativa a la cantidad de derechos de emisión que deben expedirse para el conjunto de la Comunidad en 2013 de conformidad con el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE (DOUE L 175, 10.07.2010, p. 36).

En materia de la etiqueta ecológica de la UE, se adopta un reglamento (CE) relativo a la etiqueta ecológica de la UE (DOUE L 27, 30.01.2010, p. 1); se establecen los criterios ecológicos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a los revestimientos de madera para suelos (DOUE L 8, 13.01.2010, p. 32); y se modifican los requisitos de diseño ecológico para lámparas fluorescentes sin balastos integrados, para lámparas de descarga de alta intensidad y para balastos y luminarias que puedan funcionar con dichas lámparas (DOUE L 104, 24.04.2010, p. 20).

Respecto a la protección de la fauna y flora silvestres, se adopta una directiva relativa a la conservación de las aves silvestres (DOUE L 20, 26.01.2010, p. 7); y se modifica el reglamento (CE) no 338/97 del Consejo, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOUE L 212, 12.08.2010, p. 1). Igualmente se adoptan una serie de listas actualizadas de lugares de importancia comunitaria, como la de la región biogeográfica alpina (DOUE L 30, 2.02.2010, p. 1); la de la región biogeográfica atlántica (DOUE L 30, 2.02.2010, p. 43); la de la región biogeográfica continental (DOUE L 30, 2.02.2010, p. 120); la de la región biogeográfica mediterránea (DOUE L 30, 2.02.2010, p. 322); y la de la región biogeográfica boreal (DOUE L 30, 2.02.2010, p. 403).

Por último, se establece el Consejo de Socios de GMES (DOUE L 35, 6.02.2010, p. 23).

La Política de Protección de la Salud se centra en determinados aspectos, así se modifica la normativa sobre las normas sanitarias aplicables a los subproductos animales no destinados al consumo humano (DOUE L 173, 8.07.2010, p. 1); se adopta un reglamento relativo a las sustancias farmacológicamente activas y su clasificación por lo que se refiere a los límites máximos de residuos en los productos alimenticios de origen animal (DOUE L 15, 20.01.2010, p. 1);

se autoriza *Pediococcus pentosaceus* (DSM 16244) como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L 150, 16.06.2010, p. 42) y se autoriza de modo permanente un aditivo en la alimentación animal (DOUE L 150, 16.06.2010, p. 46).

Se regula igualmente el establecimiento de medidas de control sanitario, y se intensifican los controles oficiales de las importaciones de determinados piensos y alimentos de origen no animal (DOUE L 65, 13.03.2010, p. 16); así como se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano (DOUE L 149, 15.06.2010, p. 1).

Las normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante son reguladas en una directiva (DOUE L 207, 6.08.2010, p. 14) y se establece una lista de sustancias y preparados vegetales y de combinaciones de estos, para su uso en medicamentos tradicionales a base de plantas (DOUE L 80, 26.03.2010, p. 52). También se adopta una decisión relativa a la Base de Datos Europea sobre Productos Sanitarios (Eudamed) (DOUE L 102, 23.04.2010, p. 45).

Por último, respecto a la alimentación, cabe señalar la adopción de cuatro recomendaciones de la Comisión, sobre la prevención y la reducción de la contaminación de carbamato de etilo en aguardientes de frutas de hueso y aguardientes de hollejo de frutas de hueso y al seguimiento de los niveles de carbamato de etilo en estas bebidas (DOUE L 52, 3.03.2010, p. 53); sobre la vigilancia de las sustancias perfluoroalquiladas en los alimentos (DOUE L 68, 18.03.2010, p. 22); sobre el control de los niveles de acrilamida en los alimentos (DOUE L 137, 3.06.2010, p. 4) y sobre la iniciativa de programación conjunta de la investigación «Una dieta sana para una vida sana», (DOUE L 110, 1.05.2010, p. 36).

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN Y CULTURA, POLÍTICA DE LA JUVENTUD

En la Política de Información cabe destacar tanto la adopción como la modificación de reglamentos comunitarios relativos a estadísticas comunitarias de intercambios de bienes entre Estados miembros, en lo que respecta a la lista de mercancías excluidas de las estadísticas, la comunicación de información por parte de la administración fiscal y la evaluación de calidad (DOUE L 31, 3.02.2010, p. 1); estadísticas comunitarias relativas al comercio exterior con

terceros países, en lo que respecta al intercambio de datos entre las autoridades aduaneras y las autoridades estadísticas nacionales, la compilación de estadísticas y la evaluación de calidad (DOUE L 31, 3.02.2010, p. 4); de intercambios de bienes entre Estados miembros, en lo que respecta al umbral de simplificación, los intercambios comerciales desglosados por características de las empresas, las mercancías y movimientos particulares y los códigos de la naturaleza de la transacción (DOUE L 34, 5.02.2010, p. 1); relativas al comercio exterior con terceros países, en lo que respecta a la cobertura del comercio, a la definición de los datos, a la elaboración de estadísticas sobre comercio desglosadas por características de las empresas y por moneda de facturación y a las mercancías o movimientos específicos (DOUE L 37, 10.02.2010, p. 1); en el ámbito de la migración y la protección internacional, por lo que se refiere a las definiciones de las categorías de los motivos para la emisión de permisos de residencia (DOUE L 66, 16.03.2010, p. 1); en el ámbito de la migración y la protección internacional, en lo que respecta a las definiciones de las categorías de grupos de países de nacimiento, grupos de países de residencia habitual anterior, grupos de países de residencia habitual posterior y grupos de nacionalidades (DOUE L 104, 24.04.2010, p. 37); sobre la renta y las condiciones de vida (EU-SILC) en lo referente a la lista de 2011 de variables objetivo secundarias relacionadas con la transmisión intergeneracional de desventajas (DOUE L 135, 2.06.2010, p. 38); estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y préstamos frente a los hogares y las sociedades no financieras (BCE/2010/7) (DOUE L 196, 28.07.2010, p. 23).

La regulación de diversos aspectos sobre la realización de estadísticas comunitarias se completa con la regulación sobre, la difusión de estadísticas del transporte de mercancías por carretera (DOUE L 61, 11.03.2010, p. 24); la adopción del programa de módulos ad hoc, que cubre los años 2013 a 2015, para la encuesta muestral de población activa establecida en el Reglamento (CE) no 577/98 (DOUE L 67, 17.03.2010, p. 1); los criterios de evaluación de la calidad de las estadísticas estructurales de las empresas (DOUE L 86, 1.04.2010, p. 1); la comunicación de los datos estadísticos relativos a las cantidades de pastas alimenticias (DOUE L 87, 7.04.2010, p. 21); el acceso con fines científicos a datos confidenciales, por lo que se refiere a las encuestas y fuentes de datos estadísticos disponibles (DOUE L 151, 17.06.2010, p. 14); la calidad de los datos estadísticos en el contexto del procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo (DOUE L 198, 30.07.2010, p. 1); la relación estadística del transporte marítimo de mercancías y pasajeros (DOUE L 94, 15.04.2010, p. 33); y la adopción del programa de datos y metadatos estadísticos relativos a los censos de población y vivienda contemplado

en el Reglamento (CE) no 763/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 151, 17.06.2010, p. 1).

En Cultura se puede señalar la manifestación «Capital Europea de la Cultura» para el año 2014 (Umeå (Suecia) y Riga (Letonia) son designadas «Capitales Europeas de la Cultura 2014 (DOUE L 126, 22.05.2010, p. 24) y una recomendación de la Comisión, sobre la iniciativa de programación conjunta de investigación «Patrimonio cultural y cambio mundial: un nuevo desafío para Europa» (DOUE L 106, 28.04.2010, p. 18).

En Política de la Juventud se celebra un Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza, por el que se establecen las condiciones para la participación de la Confederación Suiza en el Programa «La juventud en acción» y en el Programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente (2007–2013) (DOUE L 87, 7.04.2010, p. 7 y 9).

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

En Ciencia e Investigación y Desarrollo Tecnológico, se adopta una decisión que modifica la Decisión 2004/452/CE por la que se establece una lista de organismos cuyos investigadores pueden acceder, con fines científicos, a datos confidenciales (DOUE L 169, 3.07.2010, p. 19)

La regulación de la propiedad intelectual e industrial contiene la modificación y corrección del Reglamento (CE) no 607/2009 por el que se establecen determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) no 479/2008 del Consejo en lo que atañe a las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas, a los términos tradicionales, al etiquetado y a la presentación de determinados productos vitivinícolas (DOUE L 117, 11.05.2010, p.13).

En aplicación de esa normativa comunitaria, se inscriben diversas denominaciones en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas. Así [Queso Arzúa–Ulloa (DOP)] (DOUE L 8, 13.01.2010, p. 1); [Chorizo Riojano (IGP)] (DOUE L 79, 25.03.2010, p. 3); [Alubia de La Bañeza–León (IGP)] (DOUE L 80, 26.03.2010, p. 17); [Chirimoya de la Costa tropical de Granada–Málaga (DOP)] (DOUE L 80, 26.03.2010, p. 34) [Tarta de Santiago (IGP)] (DOUE L 117, 11.05.2010, p.62); [Castaña de Galicia (IGP)] (DOUE L 118, 12.05.2010, p. 6); [Aceite Campo

de Montiel (DOP)] (DOUE L 155, 22.06.2010, p. 27); [Aceites y grasas, Montes de Toledo (DOP)] (DOUE L 172, 7.07.2010, p. 1).

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En lo que se refiere a la Ciudadanía, se adopta una decisión sobre el Año Europeo de las Actividades de Voluntariado que Fomenten una Ciudadanía Activa (2011) (DOUE L 17, 22.01.2010, p 43), y en cuanto a la protección de datos personales, se adoptan dos decisiones, una relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L 39, 12.02.2010, p. 5) y otra relativa a la protección adecuada dada en la Ley de las Islas Feroe sobre el tratamiento de datos personales (DOUE L 58, 9.03.2010, p. 17).

En cuanto a la protección de Derechos fundamentales, se decide la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (DOUE L 23, 27.01.2010, p. 35).

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

La Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea se lleva a cabo, en gran medida mediante la celebración de Tratados internacionales con Estados terceros y con organismos internacionales. Entre los Tratados celebrados en los dos primeros cuatrimestres de 2010 se pueden señalar, el Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo (DOUE L 8, 13.01.2010, p. 9 y 11); el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo de transporte aéreo entre los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea y sus Estados miembros firmado el 25 y el 30 de abril de 2007 (DOUE L 223, 25.08.2010, p. 1 y 3); el Acuerdo entre Australia y la Unión Europea en materia de seguridad de la información clasi-

ficada (DOUE L 26, 30.01.2010, p. 30); el Acuerdo entre la Unión Europea y el Principado de Liechtenstein sobre procedimientos de seguridad para el intercambio de información clasificada (DOUE L 187, 21.07.2010, p. 1 y 2); el Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Uganda sobre el estatuto de la misión dirigida por la Unión Europea en Uganda (DOUE L 221, 24.08.2010, p. 1 y 2) y la decisión relativa a las actividades de la UE en apoyo del Tratado sobre el Comercio de Armas, en el marco de la Estrategia Europea de Seguridad (DOUE L 152, 18.06.2010, p. 14).

La piratería marítima en el Océano Índico sigue planteando problemas a los Estados miembros de la Unión Europea, y se siguen adoptando medidas en el marco de la Unión y de Estados terceros para intentar controlar la situación. A este respecto se pueden señalar la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y Montenegro sobre la participación de Montenegro en la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Operación Atalanta) (DOUE L 88, 8.04.2010, p. 1 y 3); la adopción de una decisión 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 83, 30.03.2010, p. 20); la adopción de otra decisión 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 210, 10.08.2010, p. 33) y la recomendación relativa a las medidas de autoprotección y de prevención de los actos de piratería marítima y los ataques a mano armada perpetrados contra los buques (DOUE L 67, 17.03.2010, p. 13). Pero para ayudar a Somalia a combatir por sí misma el problema se adoptan también decisiones relativas a una misión militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la formación de las fuerzas de seguridad somalíes (EUTM Somalia) (DOUE L 44, 19.02.2010, p. 16; DOUE L 87, 7.04.2010, p. 33).

La aplicación, por parte de la Unión Europea de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, lleva a la adopción de determinadas medidas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se adoptan

medidas restrictivas contra Liberia (DOUE L 9, 14.01.2010, p. 5; DOUE L 140, 8.06.2010, p. 17; DOUE L 51, 2.03.2010, p. 1323), Irán (DOUE L 154, 19.06.2010, p. 5; DOUE L 195, 27.07.2010, p. 25; DOUE L 195, 27.07.2010, p. 39); Iraq (DOUE L 51, 2.03.2010, p. 1; DOUE L 51, 2.03.2010, p. 1322); la República de Guinea (DOUE L 86, 1.04.2010, p. 20; DOUE L 83, 30.03.2010, p. 23); Líbano (DOUE L 159, 25.06.2010, p. 5); Zimbabwe (DOUE L 51, 2.03.2010, p. 13; DOUE L 41, 16.02.2010, p. 6; DOUE L 44, 19.02.2010, p. 20; DOUE L 49, 26.02.2010, p. 30); República Popular Democrática de Corea (DOUE L 163, 30.06.2010, p. 15); Birmania/Myanmar (DOUE L 118, 12.05.2010, p. 5; DOUE L 118, 12.05.2010, p. 10; DOUE L 105, 27.04.2010, p. 22); Somalia (DOUE L 105, 27.04.2010, p. 1; DOUE L 51, 2.03.2010, p. 1318; DOUE L 105, 27.04.2010, p. 17); Eritrea (DOUE L 195, 27.07.2010, p. 16; DOUE L 51, 2.03.2010, p. 1319; DOUE L 195, 27.07.2010, p. 74).

Respecto a otras entidades, grupos terroristas y personas implicadas en actividades contrarias a la protección de las libertades fundamentales y derechos humanos, se adoptan medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) no 1285/2009 (DOUE L 178, 13.07.2010, p. 1) 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 178, 13.07.2010, p. 28). Por otra parte se prorrogan las medidas restrictivas respecto de los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldova (DOUE L 46, 23.02.2010, p. 3), se mantiene la congelación de capitales en relación con el Sr. Milosevic y las personas de su entorno (DOUE L 159, 25.06.2010, p. 1) y se siguen modificando 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 20, 26.01.2010, p. 1; DOUE L 36, 9.02.2010, p. 9; DOUE L 63, 12.03.2010, p. 1; DOUE L 80, 26.03.2010, p. 40; DOUE L 87, 7.04.2010, p. 29; DOUE L 97, 17.04.2010, p. 10; DOUE L 107, 29.04.2010, p. 12; DOUE L 110, 1.05.2010, p. 22; DOUE L 119, 13.05.2010, p. 14; DOUE L 127, 26.05.2010, p. 8; DOUE L 149, 15.06.2010, p. 5; DOUE L 169, 3.07.2010, p. 3; DOUE L 193, 24.07.2010, p. DOUE L 198, 30.07.2010, p. 7; DOUE L 209, 10.08.2010, p. 14).

En relación con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), la Unión Europea continúa adoptando diversas medidas de apoyo al mismo, y así se pueden destacar las que renuevan las medidas en apoyo de la

aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) (DOUE L 58, 9.03.2010, p. 8) y las que imponen determinadas medidas restrictivas en apoyo de la aplicación efectiva del mandato del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) (DOUE L 159, 25.06.2010, p. 9).

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 en Afganistán (EUPOL AFGANISTÁN) (DOUE L 123, 19.05.2010, p. 4) y en la República Democrática del Congo (EUPOL RD Congo) (DOUE L 149, 15.06.2010, p. 11). Respecto a las Misiones de la Unión Europea por el Estado de Derecho, se regulan en Kosovo, EULEX KOSOVO (DOUE L 145, 11.06.2010, p. 13) y en Iraq, EUJUST LEX-IRAQ (DOUE L 149, 15.06.2010, p. 12). Se modifican la Misión de asistencia fronteriza de la Unión Europea para el paso fronterizo de Rafah (EU BAM Rafah) (DOUE L 119, 13.05.2010, p. 22) y la Misión de Observación de la Unión Europea en Georgia (EUMM Georgia) (DOUE L 199, 31.07.2010, p. 29; DOUE L 213, 13.08.2010, p. 43). Y en los ámbitos de apoyo y ayuda al sector de la seguridad, se establece el Comité de Contribuyentes para la Misión de asesoramiento y asistencia de la Unión Europea en materia de reforma del sector de la seguridad en la República Democrática del Congo (EUSEC RD Congo) (DOUE L 127, 26.05.2010, p. 14) y se modifican y prorrogan las medidas de apoyo a la reforma del sector de la seguridad en la República de Guinea-Bissau (EU SSR GUINEA-BISSAU) (DOUE L 127, 26.05.2010, p. 16).

Por último, y en relación con el control y reducción de armamentos, se adoptan decisiones, en apoyo de las actividades de control de armamentos del Centro de Intercambios de la región de Europa Sudoriental para la reducción de las armas pequeñas (SEESAC) en los Balcanes Occidentales en el marco de la Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones (DOUE L 80, 26.03.2010, p. 48); otra decisión que establece una red europea de grupos de reflexión independientes sobre la no proliferación, en apoyo de la aplicación de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 202, 4.08.2010, p. 5) y de apoyo a las actividades de la Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (OTPCE) con objeto de reforzar sus capacidades de observación y verificación y en el marco de la ejecución de la Estrategia de la UE contra la proliferación de armas de destrucción masiva (DOUE L 219, 20.08.2010, p. 7).

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia se pueden señalar en primer lugar, los Tratados internacionales celebrados en la materia. Así, el Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo (DOUE L 8, 13.01.2010, p. 9 y 11; DOUE L 195, 27.07.2010, p. 1, 3 5 y 15); Acuerdo entre la Unión Europea y Japón sobre cooperación judicial en materia penal (DOUE L 39, 12.02.2010, p. 19 y 20); Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia, el Reino de Noruega, la Confederación Suiza y el Principado de Liechtenstein sobre normas suplementarias en relación con el Fondo para las Fronteras Exteriores para el período 2007–2013 (DOUE L 169, 3.07.2010, p. 22 y 24). Se establecen también Disposiciones de ejecución entre la Comisión Europea y el Gobierno de los Estados Unidos de América para actividades de cooperación en el ámbito de la investigación sobre la seguridad interior/civil (DOUE L 125, 21.05.2010, p. 53 y 54).

En materia de visados, se adopta una decisión relativa al plan de seguridad para el funcionamiento del Sistema de Información de Visados (DOUE L 112, 5.05.2010, p. 25) y se determinan las primeras regiones para la puesta en marcha del Sistema de Información de Visados (VIS) (DOUE L 23, 27.01.2010, p. 62).

La aplicación y el desarrollo del Acuerdo de Schengen sigue generando normativa comunitaria, así se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Reglamento (CE) no 562/2006 por lo que se refiere a la circulación de personas con visados de larga duración (DOUE L 85, 31.03.2010, p. 1), se modifica también el Reglamento (CE) no 1104/2008, sobre la migración del Sistema de Información de Schengen (SIS 1+) al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) (DOUE L 155, 22.06.2010, p. 19; DOUE L 155, 22.06.2010, p. 23); se completa el Código de fronteras Schengen por lo que se refiere a la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L 111, 4.05.2010, p. 20) y se adopta una decisión relativa al plan de seguridad para el SIS II Central y la infraestructura de comunicación (DOUE L 112, 5.05.2010, p. 31).

En el ámbito de la libertad de circulación se crea una Oficina Europea de Apoyo al Asilo (DOUE L 132, 29.05.2010, p. 11) y en el ámbito de la seguridad, se crea el Comité permanente de cooperación operativa en materia de seguridad interior (DOUE L 52, 3.03.2010, p. 50).

Se modifican las normas de aplicación del programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios», por lo que se refiere a los sistemas de los Estados miembros de gestión y control, las normas de gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo, en lo que se refiere al Fondo para las fronteras exteriores para el período 2007 a 2013 (DOUE L 36, 9.02.2010, p. 30), al Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008–2013 (DOUE L 36, 9.02.2010, p. 32) y al Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países para el período 2007 a 2013 (DOUE L 75, 23.03.2010, p. 35).

Por último, en los ámbitos referidos a la justicia, se adopta, por primera vez, como ya se ha señalado, una decisión que autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (DOUE L 189, 22.07.2010, p. 12); se modifican las listas de procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) no 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia y se codifican los anexos A, B y C de dicho Reglamento (DOUE L 65, 13.03.2010, p. 1) y se modifican los anexos I, II y III del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 119, 13.05.2010, p. 7).

Disposiciones generales de la Junta de Andalucía (*)

Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte (BOJA núm. 88, de 7 de mayo)

La protección de la dignidad de la persona en los últimos momentos de su vida, la autonomía del paciente y el respeto a su voluntad en ese trance, además de lo que pueda haber manifestado de forma anticipada en su testamento vital, son derechos plasmados en el artículo 20 del Estatuto de Autonomía para Andalucía. En desarrollo de esas previsiones estatutarias, esta Ley, pionera en el panorama español y fruto de un amplio consenso social y político, tiene por objeto regular el ejercicio de los derechos de la persona durante el proceso de su muerte y las garantías que las instituciones sanitarias y los profesionales están obligados a proporcionar respecto a este proceso.

El Título I, que incluye del artículo 1 al 5, incluye las disposiciones generales de la Ley, así como un glosario de términos que la Ley cree preciso definir, tales como los de “consentimiento informado”, “cuidados paliativos”, “voluntad vital anticipada”, “limitación del esfuerzo terapéutico” “medida de soporte vital”, “obstinación terapéutica”, “rechazo de tratamiento o denegación de consentimiento”, o “sedación paliativa”.

Los derechos de las personas ante el proceso de la muerte se recogen del artículo 6 al 16 del Título II, entre los que figuran el derecho a la información asistencial, a la toma de decisiones y al consentimiento informado, al rechazo y la retirada de una intervención, a realizar la declaración de voluntad vital anticipada, a recibir cuidados paliativos integrales y a la elección del domicilio para recibirlos, a recibir tratamientos contra el dolor, a la administración de la sedación paliativa, a la intimidad personal y familiar y a la confidencialidad, y al acompañamiento. La Ley también contempla los derechos de las personas en situación de incapacidad respecto a la información, la toma de decisiones y el consentimiento informado, de los menores de edad.

(*) Sección elaborada por JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE.

El Título III recoge los deberes de los profesionales sanitarios que atienden a pacientes ante el proceso de muerte. Los artículos 17 a 21 desarrollan el deber de información clínica, tanto en la toma de decisiones como en la declaración de voluntad vital anticipada y a la limitación del esfuerzo terapéutico. El Título IV desarrolla las garantías que proporcionarán las instituciones sanitarias, prestando especial atención a la garantía de los derechos de los pacientes, el acompañamiento familiar y el apoyo a la familia, el asesoramiento en cuidados paliativos y la estancia en habitación individual para las personas en situación terminal. Asimismo se regula la vinculación de los centros sanitarios a un Comité de Ética Asistencial, que tendrán funciones de asesoramiento en los casos de decisiones clínicas que planteen conflictos. Así, se prevé que deba solicitarse asesoramiento al Comité de Ética Asistencial cuando existan casos de discrepancia entre los profesionales sanitarios y los pacientes o, bien, con quienes ejerciten sus derechos o, entre éstos y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada en el proceso de muerte, que no se hayan podido resolver mediante acuerdo entre las partes. El comité podrá proponer alternativas o soluciones éticas a aquellas decisiones clínicas controvertidas.

Un objetivo importante de la Ley era la regulación del testamento vital, cuya génesis se remonta a la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada. La Ley proporciona el armazón y el rango preciso a la herencia recibida (en los primeros cinco años de existencia del Registro Andaluz de Voluntades Vitales Anticipadas, un total de 15.728 andaluces ejercieron este derecho), regulando el derecho del ciudadano a inscribir su testamento vital y a que éste sea tenido en cuenta en lo relativo a los tratamientos que desean o no recibir en caso de encontrarse en situaciones en las que no puedan expresar su voluntad.

Decreto-ley 2/2010, de 28 de mayo, de medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz (BOJA núm. 105, de 1 de junio de 2010)

En sintonía con las previsiones del Real Decreto-Ley estatal 8/2010, de 20 de mayo, este Decreto-Ley de medidas urgentes sobre retribuciones en el ámbito del sector público andaluz plasma reducciones salariales progresivas para los empleados públicos de la Comunidad que abarcan desde la exención para los niveles más bajos del personal laboral hasta el 15% para los miembros del Gobierno andaluz. Para el conjunto del personal funcionario no laboral, el Decreto-Ley establece una reducción media general del 5% en términos anuales. Respecto al personal laboral, la reducción también se fija en una

media del 5% e incluye a los empleados de alta dirección, a los de empresas públicas y a los no acogidos a convenio colectivo que no tengan la consideración de altos cargos. Por el contrario, se excluyen los trabajadores cuyas retribuciones por jornada completa sean inferiores a 949 euros mensuales. Los criterios para distribuir esta rebaja entre los distintos niveles se fijarán mediante negociación colectiva.

La norma afecta tanto a la Administración autonómica andaluza como a sus organismos y entes instrumentales, así como a las 10 universidades públicas y al Consejo Consultivo de Andalucía.

La medida pretende lograr un ahorro aproximado de 861 millones de euros durante 2010 y 2011. De esta cantidad, 314 millones corresponden a su aplicación en el presente ejercicio, desde el 1 de junio, a través de las modificaciones que realiza el Decreto-Ley en la Ley de Presupuestos para 2010.

Decreto 282/2010, de 4 de mayo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 108, de 4 de junio de 2010)

El Decreto regulador de las subvenciones de la Junta de Andalucía sustituye al Decreto 254/2001, de 20 de noviembre. Se trata de una norma que encaja en el plan de agilización y simplificación de procedimientos administrativos que la Junta de Andalucía viene desarrollando desde principios de 2009. Asimismo, desarrolla la ordenación de la actividad de fomento de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus agencias regulada en el Título VII del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo. Su eje principal es agilizar y simplificar la concesión de estas ayudas a través de la reducción de trámites, plazos y documentación requerida en las solicitudes, al tiempo que impulsa la tramitación electrónica de estos procedimientos. En este orden de medidas, abre la posibilidad de presentar a través de Internet las solicitudes para todas las subvenciones, además de contemplar el derecho a obtener información en tiempo real del estado de tramitación del procedimiento. Asimismo, se recorta de forma generalizada la obligación de presentar documentos junto a la solicitud y, en aplicación de la Directiva de servicios, se promueve su sustitución por declaraciones responsables.

Por otra parte, en la baremación de las solicitudes en su aspecto concurrencial, se aplican a este ámbito las discriminaciones positivas que el Derecho

comunitario permite en materia de contratación pública. Así, la norma establece con carácter obligatorio la valoración de la igualdad entre hombres y mujeres, el grado de compromiso medioambiental, la creación de empleo estable, la seguridad laboral y la atención a la discapacidad.

Ley 3/2010, de 21 de mayo, que modifica diversas Leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (BOJA núm. 111, de 8 de junio de 2010)

Se trata de una nueva adaptación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que continúa la saga iniciada por el 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).

Como es sabido, el fin perseguido por la Directiva es eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de quienes presten servicios en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los mismos. A tal fin, establece la eliminación de todo procedimiento autorizatorio o cualquier otra traba que afecte al acceso o ejercicio de una actividad de servicios, de modo que sólo caben cuando satisfagan requisitos de necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio. Atendiendo a estos criterios, la legislación interna de los Estados ha de descartar totalmente la imposición de una serie de requisitos que la Directiva considera prohibidos (art. 14) y deberá justificarse la exigencia de otros (los del art. 15). La Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incorporó parcialmente al derecho español la Directiva 2006/123/CE; mientras que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, modificó numerosas leyes estatales para su adaptación a la Ley 17/2009. El objetivo de la esta Ley andaluza es de hacer otro tanto con las normas de rango legal de la Comunidad Autónoma. Se trata, por tanto, de la Ley ómnibus autonómica.

Para ello, la Exposición de Motivos de la ley andaluza dice partir de una previa evaluación de toda la normativa andaluza reguladora del acceso a las actividades de servicios, tras la que se ha concluido la conveniencia de introducir reformas en la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo; en la Ley 8/2001, de 12 de julio, de Carreteras de Andalucía; en la Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía; en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía; en la

Ley 2/1986, de 19 de abril, del Juego y Apuestas de la Comunidad Autónoma de Andalucía; en el Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos; en la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía; en la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía; en la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos de Andalucía; en la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía; en la Ley 5/1999, de 29 de junio, de prevención y lucha contra los incendios forestales; en la Ley 8/1999, de 27 de octubre, del Espacio Natural de Doñana; en la Ley 8/2003, de 28 de octubre, de la flora y la fauna silvestres; en la Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante; en la Ley 3/1992, de 22 de octubre, de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía, y en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Comercio Interior de Andalucía.

La transposición afecta a las tres leyes andaluzas que regulan la actividad comercial y ferial: las citadas Leyes de comercio interior, de comercio ambulante, y de ferias comerciales. Los principales elementos de la legislación comercial y ferial que se eliminan para dar cumplimiento a la Directiva son: a) la licencia comercial específica previa a la licencia municipal de los grandes establecimientos comerciales; b) los límites inferiores a 2.500 metros cuadrados de superficie útil de exposición y venta para la consideración de gran superficie minorista; c) las pruebas económicas para fundamentar la decisión de otorgamiento de la licencia comercial específica; d) las disposiciones que permitían la intervención en el procedimiento de autorización de personas que representan los intereses comerciales ya presentes en el mercado; e) La licencia comercial específica para los establecimientos de descuento y de venta de restos de fábrica con una superficie útil de exposición y venta mínima de 400 metros cuadrados; f) La tasa autonómica por la tramitación de la licencia comercial; g) Las inscripciones previas en el Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía, en el Registro General de Comerciantes Ambulantes de Andalucía y en el Registro de Ferias Comerciales Oficiales de Andalucía; y, los obstáculos a la libertad de establecimiento de los prestadores pertenecientes a los Estados miembros, y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros en la organización de las ferias comerciales.

No ha de dejarse de consignar que se aprovecha esta modificación de la legislación comercial para cambiar por completo el régimen jurídico de los establecimientos comerciales en Andalucía, especialmente el de las grandes superficies minoristas), y la introducción de modificaciones sustantivas en los

Títulos I y II de la Ley 1/1996, de 10 de enero. También se da una nueva redacción al artículo 20 de dicha Ley para evitar interpretaciones contrarias al espíritu de la Ley en relación con los horarios comerciales.

Con la reforma de la legislación turística suprime la tradicional autorización por el régimen de la “declaración responsable”, incorporando el cambio de paradigma en el sistema de control, ahora centrado en la actuación inspectora. Así, la inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía pierde su carácter autorizatorio para convertirse en un mero instrumento de información, lo que conlleva una modificación considerable del procedimiento de inscripción en el que esta se conceptúa como un acto debido de la Administración que trae causa de la mera declaración responsable. La transposición de la Directiva también incide en la concepción tradicional de determinados servicios turísticos, especialmente, la intermediación turística realizada por agencias de viajes, a las que se asigna, con carácter exclusivo, la organización y/o comercialización de viajes combinados de acuerdo con lo establecido por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La modificación de la Ley de Carreteras afecta al otorgamiento de autorización para la instalación, fuera de la zona de dominio público, de rótulos de establecimientos mercantiles o industriales, indicativos de la actividad que se desarrolla en los mismos, que queda sustituido por un régimen de comunicación previa. Las modificaciones sobre la Ley de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía, se refieren al procedimiento de autorización para la disolución de museos y colecciones museográficas y al procedimiento de notificación y autorización de salida de fondos museísticos. El primero, consistente en la comprobación, por parte de la Administración de que la extinción de la institución no comporta riesgo o peligro para la protección y conservación de los bienes culturales de la institución extinguida, se sustituye por una comunicación previa. En el segundo, relativo a la notificación y autorización de salida de fondos museísticos, se reemplaza por un régimen único de control de los movimientos de fondos mediante una notificación previa de los movimientos con indicación de las condiciones de seguridad que se establezcan reglamentariamente.

Además, se recoge una modificación en relación con la autorización para actividades arqueológicas preventivas modificando en lo correspondiente la Ley del Patrimonio Histórico de Andalucía para aplicar los criterios de necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio.

En las reformas introducidas en la Ley del Juego y Apuestas se suprime la exigencia de autorización administrativa previa para la organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales, cualquiera que sea la fórmula de loterías o juegos promocionales que revistan, siempre que la participación del público en estas actividades sea gratuita y en ningún caso exista sobreprecio o coste adicional, cualquiera que fuere el procedimiento o sistema a través del que se realice. La supresión de esta autorización requiere, a su vez, reforma puntual del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos.

Igualmente, se modifica la Ley 22/2007 de Farmacia de Andalucía en cuanto al requisito de los almacenes mayoristas de distribución de medicamentos deban disponer de un número adicional suficiente de fármacos adicionales para garantizar su adecuado funcionamiento. Dicha modificación viene determinada, a su vez, por la modificación que la Ley estatal de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio realiza en el párrafo segundo del artículo 71 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Importante es también el paquete de reformas de leyes medioambientales. Se modifica la Ley de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía para eliminar el régimen de autorización de los organismos colaboradores en materia de energías renovables, ahorro y eficiencia energética, las restricciones a la forma jurídica que deben adoptar los prestadores de servicios; así como incluir la exigencia legal del seguro de responsabilidad civil. Las reformas de la Ley del Inventario de Espacios Naturales, de la de prevención y lucha contra los incendios forestales, la del Espacio Natural de Doñana y la de Flora y la de Fauna Silvestres responden a la necesidad de tipificar determinadas infracciones en los casos en los que por vía reglamentaria se establezcan mecanismos alternativos al régimen de autorización para determinadas y concretas actuaciones siempre que no pongan en peligro los valores naturales protegidos en cada caso.

Ley 4/2010, de 8 de junio, de Aguas (BOJA núm. 121, de 22 de junio)

Veáse el comentario a la ley 9/2010, de Aguas.

Decreto-Ley 3/2010, de 8 de junio, por el que se modifica, amplía y aprueba una nueva edición del Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 114, de 11 de junio de 2010)

La primera medida que adoptó el Gobierno andaluz para paliar los efectos de la crisis económica fue el Decreto-Ley 1/2008 por el que se apro-

baba el Programa de Transición al Empleo de la Junta de Andalucía (PROTEJA) como medida de complemento del “Plan e” aprobado por el Gobierno de la nación. El Plan establecía una serie de ayudas al desempleo, de reinserción laboral y de formación para el empleo que tuvieron continuidad en 2009. Lo que ahora se hace es proyectar estas medidas en el tiempo pero con ciertos retoques.

El nuevo programa consta de dos Secciones y dos Subprogramas, diferenciados en función de la tipología de las entidades locales promotoras de las actuaciones: municipios y provincias. De esta manera, el Capítulo II se dedica a los Ayuntamientos y el Capítulo III a las Diputaciones Provinciales. El primero de ellos se regula con más detalle debido a la complejidad derivada de la participación de 771 municipios en su gestión, mientras que el segundo tiene una articulación más flexible, pues tan solo son 8 Diputaciones Provinciales, y además su participación se realizará con la aportación de sus propios recursos, circunstancias que justifican la suscripción de un Convenio de cooperación.

En ambos casos, las personas empleadas en las actuaciones financiadas con cargo al Programa seguirán con posterioridad actividades de formación con vistas a su mejor adaptación al mercado laboral. También se reorienta el perfil del empleo que fomentaban las actuaciones financiadas con la anterior edición del programa, incidiendo no tanto en la falta de dinamismo del sector construcción como en lo que ya se ha convertido en una situación de desempleo estructural de las familias. Por ello, las actuaciones a financiar no tendrán forzosamente que estar vinculadas con contratos de obras, sino que se extienden también a los contratos de servicios con el fin de atender a colectivos con mayores dificultades de empleabilidad.

Asimismo se orientan los objetivos de la contratación a una serie de prioridades, en especial a la reparación de daños causados en las infraestructuras municipales y edificios e instalaciones de titularidad pública por fenómenos meteorológicos adversos acaecidos en Andalucía en 2010.

Supone también una novedad con respecto a la anterior edición del PROTEJA la tramitación del gasto que asume la Junta de Andalucía. Si anteriormente la transferencia de financiación se abonaba totalmente con la solicitud de financiación y la presentación de una relación de proyectos por parte de las entidades locales, ahora los pagos se realizarán sucesivamente tras la validación de cada propuesta de financiación realizada por cada municipio, después de acreditada la iniciación de las actuaciones y su efectivo desarrollo, lo que incentivará a las entidades beneficiarias para la pronta puesta en marcha de las inversiones e, indirectamente, la generación del empleo.

Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (BOJA núm. 122, de 23 de junio de 2010)

El tratamiento que el tema local tiene en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, que apuesta de forma clara por la descentralización y por el principio de subsidiariedad, requería un desarrollo legislativo al que apela el propio Estatuto, remitiéndose a una Ley que, en virtud del carácter “orgánico” de la materia, ha necesitado un quórum reforzado para su aprobación (mayoría absoluta del Pleno del Parlamento en una votación final sobre el conjunto del texto, según dispone el art. 108 del Estatuto)

La ley define la autonomía local como el derecho y la capacidad para la ordenación y gestión de una parte importante de los asuntos públicos bajo la propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes. La clave de bóveda jurídica de este punto de partida es el artículo 92 del Estatuto, que atribuye a los municipios un elenco de competencias propias en plena coherencia con lo dispuesto en la Carta Europea: funciones (ordenación y gestión) sobre no pocas materias (una parte importante de los asuntos públicos). En ese marco funcional, el objetivo de la Ley es garantizar la titularidad de competencias propias municipales tratando de deslindar y clarificar las funciones que, en cada caso, correspondan a la Comunidad Autónoma o a los entes locales.

La ley regula la autonomía local como la integración de municipios y provincias en una sola comunidad política: autonomía municipal y autonomía provincial forman un sistema que el legislador delimitador de competencias ha de tomar como referencia. Sin embargo, la configuración constitucional y estatutaria de la provincia como agrupación de municipios obliga a distinguir autonomía provincial y autonomía municipal, entre otras razones para dar cumplimiento al mandato del artículo 98 del Estatuto de Autonomía de regular las relaciones entre entidades locales. En virtud de esta previsión estatutaria, la ley ubica la autonomía provincial al servicio de la autonomía municipal, diferenciando ambas, reconociendo relevancia jurídica a las prioridades y solicitudes presentadas por los municipios, que no podrán ser ignoradas ni suplantadas, pero no necesariamente satisfechas si la provincia, obligada a ponderar la prioridad municipal con visión intermunicipal, la entendiera desmesurada o lesiva para la prestación equitativa de un servicio. Para conjugar de manera equilibrada autonomía provincial y autonomía municipal, la ley diseña un procedimiento de elaboración de planes y redes donde las dos entidades locales están obligadas a la actuación conjunta.

Una vez fijada la titularidad de las competencias municipales y provinciales, procede abordar la otra dimensión de la competencia: el ejercicio. Las

relaciones entre diferentes niveles de gobierno exigen como presupuesto la delimitación de la titularidad. En este sentido, el artículo 98 del Estatuto determina como contenido de la ley de régimen local, en el marco de la legislación básica estatal, las relaciones institucionales entre la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre estos y la Administración de la Comunidad Autónoma.

Al igual que en el reconocimiento de las competencias, la potestad de autoorganización el Estatuto de Autonomía sirve de punto de inflexión para la Ley. Hasta ahora, el espacio reservado a la autoorganización local había quedado inevitablemente reducido a una facultad residual una vez que el Estado estableció las bases sobre la materia. Tanto el artículo 91.3 del Estatuto de Autonomía como el artículo 6.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local invierten el razonamiento: la regla es la capacidad de autoorganización municipal entendida como función de gobierno. Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley explica el sentido de esta inversión de la regla: que las “disposiciones generales creadas por la ley (...) deben limitar su alcance a la regulación de las relaciones entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, proporcionando a la mayoría una función de gobierno y a la minoría un estatuto de la oposición para la efectividad del control político del gobierno”.

En el marco de esta capacidad de autoorganización municipal, la Ley respeta la libertad para elegir entre desconcentrar la gestión o descentralizar la acción de la Administración municipal, graduando esta segunda opción con la creación de entidades vecinales o entidades locales autónomas. En cuanto a las modalidades de prestación de servicios públicos, la Ley se remite a la capacidad de autoorganización para la creación, organización, modificación y supresión de actividades y servicios de interés general, sin más límites que la preservación de los de carácter básico enumerados en el artículo 92.2.d del Estatuto de Autonomía. También se parte en este punto de un principio de libertad municipal para decidir entre las distintas formas de gestión previstas en el Derecho, respetando las condiciones establecidas por la legislación civil, mercantil y administrativa. En concreto, la Ley se limita a los principios rectores, singularmente la adecuación entre forma jurídica y fin encomendado.

La Ley dedica también atención al cambio de paradigma en el papel de las entidades locales –como sucede con los demás poderes territoriales– en relación a la prestación de servicios a la ciudadanía, donde, al menos en el terreno de las actividades económicas susceptibles de contraprestación, es claro el tránsito a un papel de regulación frente a las prestaciones directas por

influencia y aplicación directa del Derecho Comunitario Europeo. No obstante, la Ley también es consciente de lo matizada que está la anterior afirmación en el ámbito local, en el sentido que ha recogido la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1 de abril de 1997 sobre los servicios públicos locales y los derechos de los usuarios, afirmando al cabo que en este ámbito el servicio público constituye una expresión de la autonomía local y de la protección de los ciudadanos, titulares de derechos y libertades políticas fundamentales y no meros sujetos de relaciones económicas.

En el diseño de la planta local, la Ley parte de las previsiones estatutarias, distinguiendo con claridad entre agrupaciones y asociaciones de municipios. En la agrupación, la regulación autonómica es más amplia que en la asociación. La asociación de municipios es manifestación de la capacidad de autoorganización. El principio de diferenciación, recogido en el artículo 98.2 del Estatuto, debe proporcionar la flexibilidad necesaria para que tanto la agrupación (áreas metropolitanas y comarcas) como la asociación (mancomunidades y consorcios) no queden limitadas por la ley. Este debe ser, igualmente, el criterio que fundamente el reparto del contenido regulador entre esta ley y la ley posterior que decida crear comarcas o áreas metropolitanas (artículos 97 y 94 del Estatuto de Autonomía). Con respecto a la asociación de municipios, en la medida que refleja el derecho y la libertad de asociación, la normativa autonómica no se erige en requisito para la creación, y circunscribe su regulación a la fijación de las reglas en los momentos clave de constitución, modificación subjetiva u objetiva y extinción.

Ley 6/2010, de 11 de junio, de participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 123, de 24 de junio de 2010)

El art. 192. 1 del nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía contempla la aprobación de una Ley que regule la participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, instrumentada a través de un fondo de nivelación municipal de carácter incondicionado. En cumplimiento de este mandato, esta Ley regula la colaboración financiera de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las Entidades Locales andaluzas mediante la participación de éstas en los recursos económicos de aquélla.

Conforme a lo anterior, la Ley crea el Fondo de Participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se establecen los criterios para la dotación, distribución y evolución dinámica del mismo, con la finalidad de apoyar las Haciendas Locales andaluzas; crite-

rios que, conforme dice la Ley desde su frontispicio, se asientan en los principios de eficiencia, equidad, corresponsabilidad fiscal y lealtad institucional.

La introducción de elementos de equidad en el Fondo conduce a fijar criterios de nivelación, lo que a su vez requiere establecer convenientemente indicadores de necesidad de gasto y de capacidad fiscal de los municipios. A este respecto, la Ley tiene en cuenta la gran diversidad de las necesidades de gasto de las distintas entidades locales.

Por otra parte, en aplicación del principio de corresponsabilidad fiscal, los indicadores de capacidad fiscal que la Ley recoge pretenden recoger las fundamentales fuentes de ingresos propios de las Entidades Locales midiendo la “capacidad fiscal normativa” de cada municipio con independencia de las decisiones de política fiscal que en cada uno de ellos se adopten. Además, la configuración del Fondo pretende incentivar que los gobiernos locales no sustituyan sus propios ingresos tributarios por financiación incondicionada procedente de la Comunidad Autónoma.

Finalmente, el reconocimiento explícito del principio de lealtad institucional supone el compromiso de la Administración de la Junta de Andalucía de que cualquier modificación en su marco normativo, que afecte directa o indirectamente al Fondo, sea debidamente valorada e incluso compensada.

Ley 8/2010, de 14 de julio, de medidas tributarias de reactivación económica (BOJA núm. 144, de 23 de julio de 2010)

El origen de esta disposición está en el Decreto-Ley 4/2010, de 6 de julio, de medidas fiscales para la reducción del déficit público y para la sostenibilidad (BOJA núm. 134, de 9 de julio de 2010), que acogía por esta vía de urgencia el compromiso adquirido en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera celebrada el 15 de junio de 2010 de revisión de los planes de reequilibrio de las Comunidades Autónomas y acordó adaptar sus políticas presupuestarias para 2010–2013 a una drástica reducción del déficit, en línea con lo dispuesto por el del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

En este contexto de ajuste, la Junta de Andalucía apoyó la propuesta del Gobierno de la Nación de España, finalmente sustentada en el Consejo de Política Fiscal y Financiera el pasado 15 de junio, de rebajar el déficit de las Comunidades Autónomas desde el 2% del PIB en 2009 al 1,1% en 2013, de acuerdo al Plan de Estabilidad y Crecimiento 2010–2013. Se pretende con ello

manejar un volumen de deuda pública sostenible, al tiempo que se busca por otras vías su revalorización en los mercados financieros.

Las medidas que se contemplan en esta Ley pretenden contribuir a estos dos objetivos por la vía de los ingresos tributarios. A tal fin, y según rezaba la Exposición de Motivos del Decreto-Ley originario, sus medidas “*siguen varias direcciones: la progresividad y equidad del sistema fiscal; la revisión de beneficios fiscales con criterios de eficiencia; la solidaridad del sector financiero; la simplificación de trámites; el apoyo a la Andalucía sostenible y la lucha contra el fraude fiscal*”. En realidad, las medidas más importantes desde el punto de vista recaudatorio están en la reordenación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Para el IRPF, y desde el 1 de enero de 2011, se crean tres nuevos tramos en la tarifa autonómica para bases superiores a los 80.000 euros, cuyo efecto es incrementar la presión fiscal sobre las rentas más altas. Asimismo, para aumentar la progresividad del impuesto se introduce el límite de renta de 80.000 euros en tributación individual y de 100.000 euros en tributación conjunta en algunos beneficios fiscales: la deducción autonómica para padres y madres de familias monoparentales por hijos, así como por ascendientes mayores de 75 años, en su caso; la deducción autonómica por asistencia del contribuyente a personas con discapacidad.

Además, se limitan ciertas deducciones en el impuesto. Así, se contempla en la deducción autonómica para los beneficiarios de las ayudas a viviendas protegidas y en la deducción autonómica por inversión en vivienda habitual que tenga la consideración de protegida, el límite de renta de la unidad familiar de 5,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM). Junto a ello, se modifica la redacción de las deducciones autonómicas para los beneficiarios de las ayudas familiares, en la que se detallan los límites de renta vigentes en la legislación en función del número de hijos. En la deducción por adopción de hijos en el ámbito internacional, aumenta el límite de renta de los 39.000 y 48.000 euros actuales a los 80.000 y 100.000 euros en tributación individual y conjunta, respectivamente. Como contrapunto, se extiende la deducción por autoempleo, al tiempo que se crea una deducción autonómica por inversión en la adquisición de acciones y participaciones sociales como consecuencia de acuerdos de constitución de sociedades o ampliación de capital en las sociedades mercantiles, por importe del 20% de las cantidades invertidas durante el ejercicio, siempre que creen y mantengan empleo, con el objetivo de fomentar la participación de inversores privados en unidades productivas y generadoras de empleo.

En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se introduce el requisito de patrimonio preexistente para la aplicación de la mejora de la reducción autonómica a favor de personas con discapacidad cuya base imponible no supere los 250.000 euros, si no pertenecen a los grupos I y II de parentesco.

En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales se eliminan los tipos reducidos en transmisiones de viviendas protegidas, armonizando la normativa tributaria con la específica de vivienda protegida.

En la Tasa Fiscal sobre el Juego, se regula el devengo semestral para las máquinas recreativas «tipo B».

Se crea el Impuesto sobre los Depósitos de Clientes en las Entidades de Crédito en Andalucía, a través de la aplicación de una tarifa en tres tramos a la base integrada por el valor de los depósitos de los clientes en las entidades de crédito con oficinas en Andalucía.

Se aumenta el tipo de gravamen del Impuesto Especial de Determinados Medios de Transporte para aquellos especialmente contaminantes o de elevado valor.

Se crea el Impuesto sobre las Bolsas de Plástico de un Solo Uso en Andalucía, repercutiendo los establecimientos comerciales sobre los clientes un importe por cada bolsa de plástico de un solo uso, suministrada para el transporte de las compras realizadas.

Se incrementa el tipo aplicable en el Impuesto sobre Residuos Radiactivos de 7.000 a 10.000 euros por metros cúbicos de residuos.

Finalmente, en el caso del Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, se regula el tipo autonómico.

Ley 7/2010, de 14 de julio, para la Dehesa (BOJA núm. 144, de 23 de julio de 2010)

La mitad del total nacional de tierras destinadas a dehesa radican en Andalucía (1,25 millones de hectáreas, que suponen el 14 % de la superficie regional). Las dehesas andaluzas se distribuyen principalmente en Sierra Morena y las serranías gaditanas y subbéticas. Entre estos enclaves, destacan los parques naturales de Los Alcornocales (Málaga y Cádiz), Sierra de Aracena y Picos de Aroche (Huelva) y Sierra Norte de Sevilla. Andalucía cuenta con la

Reserva de la Biosfera de las Dehesas de Sierra Morena, declarada por la Unesco en 2002 y que con sus 424.000 hectáreas es el mayor espacio protegido de este tipo en España y uno de los mayores del planeta. Un total de 128 municipios andaluces tienen más de una cuarta parte de sus términos ocupados por dehesas y encuentran en ellas la base de su economía y de su patrimonio natural. El origen de este ecosistema se encuentra en el aclaramiento y limpieza de los bosques originarios de encinas y alcornoques para integrar aprovechamientos asociados (agrícolas, ganaderos, forestales y cinegéticos) sin alterar los equilibrios ecológicos. Actualmente, las principales actividades económicas se ligan al corcho (80% de la producción nacional) y al cerdo ibérico, el ganado ovino y el toro de lidia. La diversidad biológica, el carácter de refugio para especies amenazadas de la flora y la fauna, el papel que desempeñan en territorios en los que apenas hay otras alternativas económicas, la producción de alimentos biológicos o el gran potencial para el desarrollo del el turismo rural, constituyen algunos de los valores más destacados de la dehesa.

Desde el punto de vista medioambiental, estos territorios se protegen desde distintas perspectivas sectoriales a través de diversas leyes y planes autonómicos en materias tales como la ordenación territorial, la protección forestal, la lucha contra incendios o la legislación de espacios naturales protegidos. Retomando una iniciativa que se remonta al Acuerdo de 18 de octubre de 2005 por el que se adoptó el llamado “Pacto Andaluz por la Dehesa”, la Ley pretende completar la actual protección sesgada aportando una visión de conjunto centrada en el propio ecosistema, al que define como “paisaje humanizado”, agroecosistema fruto actuación secular de las poblaciones locales en el medio.

La oportunidad de la Ley se refuerza por el hecho de que la conservación de las dehesas está hoy comprometida por una serie de amenazas en el equilibrio de sus recursos y su sistema de explotación. Factores como el síndrome del decaimiento del arbolado y la falta de regeneración están provocando el deterioro progresivo de uno de los elementos clave de este ecosistema. Además, la necesidad de rentabilizar las producciones, la dificultad para encontrar trabajadores cualificados, el insuficiente nivel de asociacionismo o la complejidad para transformar y comercializar sus productos ponen en peligro su economía y, con ello, el mantenimiento de su identidad. Según dice la Exposición de Motivos de la Ley, “afrontar esta realidad requiere de una actuación coordinada que implique tanto a las administraciones públicas, incluidos los ayuntamientos, como a los propietarios o arrendatarios de las explotaciones de dehesa, a los representantes de los sectores productivos vinculados a este agroecosistema y a todas las entidades, asociaciones o colectivos con intereses en la preservación y el fomento del mismo”.

El apoyo competencial de la Ley está en el artículo 48.3.a) del Estatuto, según el cual corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y 149.1. 11.^a, 13.^a, 16.^a, 20.^a y 23.^a de la Constitución, en materia de ordenación, planificación, reforma y desarrollo de los sectores agrario, ganadero y agroalimentario y, de forma especial, la mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y agroforestales, así como el desarrollo rural integral y sostenible. Asimismo, el artículo 57.1.a) y d) del Estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.23^a de la CE, competencias en materia de montes, explotaciones, aprovechamientos y servicios forestales, los pastos y tratamiento especial de zonas de montaña. Junto a ello, los títulos competenciales en materia medioambiental refuerzan la competencia legislativa para la protección adicional de este ecosistema. Y aunque es cierto que la protección de la dehesa desde el punto de vista medioambiental está contemplada en la Ley 2/1992, de 15 de junio, Forestal de Andalucía; la Ley 5/1999, de 29 de junio, de prevención y lucha contra incendios forestales; la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, y la Ley 2/1989, de 18 de julio, por la que se aprueba el Inventario de Espacios Naturales Protegidos y se establecen medidas adicionales para su protección, esta ley se considera conveniente reforzar esa protección en atención a la singularidad de la dehesa, al confluir en ella tanto parámetros ambientales como agrarios y culturales.

Ha de recordarse también que el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, aprobado mediante el Decreto 129/2006, de 27 de junio, hace una consideración explícita de la dehesa andaluza, estableciendo en la Determinación 130 la necesidad de un Programa Regional de Conservación y puesta en valor de la dehesa, para el que establece orientaciones y líneas de actuación.

La peculiaridad de este ecosistema ha sido específicamente reconocida en el artículo 2.2 de la Ley estatal 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, al considerar que a los terrenos de condición mixta agrosilvopastoral y, en particular, a las dehesas les será de aplicación dicha Ley en lo relativo a sus características y aprovechamientos forestales, sin perjuicio de la aplicación de la normativa que les corresponda por sus características agropecuarias. Asimismo, otras dos leyes de ámbito nacional, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, han incorporado importantes aspectos en la programación de actuaciones en el ámbito rural y en los instrumentos de fomento, que son merecedores de una atención especial en esta Ley.

El reconocimiento de la dehesa como un espacio integral y multifuncional lleva a la Ley a extender esta visión a todas las Administraciones que tienen competencia sobre aspectos ligados con su gestión. La confluencia de aprovechamientos e intereses privados y públicos no puede ser obstáculo para una eficiente relación de los propietarios con la Administración; principio que se ha visto reforzado con la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que obliga a los Estados miembros a simplificar los trámites y procedimientos.

El Título Preliminar de la Ley establece el objeto y finalidad de la Ley, que está dirigida a promover una gestión y explotación racional y sostenible de la dehesa, su mejora y conservación.

En el Título I, se definen los instrumentos para favorecer una planificación y gestión integral y sostenible de las dehesas. Se prevé la elaboración del Plan Director de las Dehesas de Andalucía como instrumento de planificación general para estos agrosistemas y, con carácter voluntario, la elaboración por parte de las personas titulares de dehesas de Planes Integrados de Gestión que se adecuen a los criterios del Plan Director. Por último, se crea la Comisión Andaluza para la Dehesa, estableciendo su composición y funciones.

El Título II, dedicado a la investigación y formación en torno a la dehesa, recoge el necesario impulso en estas materias mediante la definición de líneas estratégicas a seguir y a través de unidades o centros específicos.

Por último, en el Título III se prevé la puesta en marcha de medidas de fomento que vinculen contractualmente los esfuerzos adicionales que hayan de poner en práctica los gestores de la dehesa para alcanzar los objetivos que se fija esta Ley, incluyendo también medidas adicionales que garanticen la conservación y protección de estos espacios.

Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, de medidas urgentes en materia de reordenación del sector público (BOJA núm. 147, de 28 de julio de 2010)

En línea con los objetivos fijados por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de 15 de junio de 2010 de rebajar el déficit autonómico, la reordenación del sector público andaluz, anunciada ya por el Presidente Griñán en su discurso de investidura, tiene un objetivo claro: adelgazar el sector público andaluz con el objetivo de la reducción del gasto y racionalizar la estructura

orgánica de los servicios centrales y periféricos de la administración autonómica. En términos cuantitativos, el Decreto-Ley prevé que el conjunto de sus medidas supongan un ahorro total de más de 100 millones de euros hasta 2013, la desaparición de 111 entidades instrumentales y la modificación o transformación de otras 16.

La reforma es de calado, y se acompaña de un Acuerdo del Consejo de Gobierno, de la misma fecha (publicado en el mismo BOJA, a continuación del Decreto-Ley), que explica el Plan de reordenación en torno a tres ejes: a) la reducción del número de entidades instrumentales de la Administración autonómica, ciertamente crecido, mediante operaciones de integración, fusión, absorción y extinción; b) la simplificación de la estructura periférica de la Administración instrumental; y c) “la mejora del conocimiento y al gobernanza del sector público”, con lo que parece aludirse a la gestión de la información, de los recursos humanos y a la gestión económico-financiera del sector público.

Según la Exposición de Motivos del Decreto-Ley, *“el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía incide en la estricta reordenación de las estructuras, optimizando las nuevas formas organizativas, pero asentando, a la vez, el empleo público. En suma, se opta por un modelo público de prestación de servicios, rechazando otros modelos liberalizadores que inciden esencialmente en la privatización de la prestación de tales servicios”*.

Paradójicamente, la plasmación de esta idea se hace en torno a una “agencialización” generalizada de muchos organismos y entidades que se concentran o refunden, en no pocos casos, en torno a una nueva Agencia pública empresarial, cuyo régimen operativo principal y de contratación de personal es de Derecho privado, que emerge ahora como ente instrumental prácticamente único en algunas Consejerías (a veces, podría hablarse –mas que de Agencia– de macro-Agencia, como en lo casos de la nueva “Agencia Andaluza del Conocimiento”, la “Agencia de Obras Pública”, la “Agencia de servicios sociales”, o la “Agencia Andaluza de instituciones culturales”). Ello requiere una reforma del régimen jurídico de las Agencias que contiene la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, pero sobre todo requiere un trasvase de personal en una doble dirección: funcionarios que pasarán a las nuevas Agencias y laborales adscritos a entidades y empresas que se extinguen que pasan también a la Agencia.

Lo que acaba de apuntarse explica que la polémica ha rodeado este Decreto-Ley desde el instante mismo de su publicación en el BOJA. Todos los

sindicatos rechazan la norma, a la que consideran contraria al estatuto básico del empleado público. De un lado, los funcionarios temen su laboralización o su adscripción funcional a una Agencia (como prevé el nuevo artículo 69 de la Ley 9/2007); de otro, se quejan de la conversión en personal laboral fijo, en las Agencias y Fundaciones de nueva creación, de los empleados de empresas públicas y demás entidades del sector público que ahora se extinguen sin haber pasado un sistema de selección de mérito y capacidad. Las quejas y movilizaciones entre los empleados públicos se acrecentaron tras el verano y saltaron a los medios de comunicación. En octubre, el PP andaluz interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra este Decreto-Ley. Varios sindicatos solicitaron al Defensor del Pueblo de Andalucía la interposición de un recurso de inconstitucionalidad y alguno (como el CSI-CSIF) llegaron a interponer un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la vía especial de protección de derechos Fundamentales, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de la misma fecha que el Decreto-Ley, que formulaba el plan de reordenación del que el Decreto-Ley se hizo eco. En noviembre, la Junta de Andalucía entabló negociaciones con los sindicatos y mayoritarios, UGT y CCOO, para reformar los aspectos más polémicos de la norma.

Entrando en el detalle de la reordenación puede destacarse lo siguiente. En el ámbito de Agricultura, se transforma la Agencia de Desarrollo Agrario y Pesquero en la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, que adaptará la forma de régimen especial, extinguiéndose el IARA, así como las cámaras agrarias de Andalucía.

En lo referido a infraestructuras, la empresa Ferrocarriles de la Junta de Andalucía se convierte en la Agencia de Obra Pública de Andalucía para hacerse cargo también de proyectos de carreteras y equipamientos públicos, lo que implica la extinción de la actual entidad Gestión de Infraestructuras de Andalucía, SA.

En el ámbito del I+D+i, la principal novedad es la creación de la Agencia Andaluza del Conocimiento por la transformación de la Agencia Andaluza de Evaluación de la Calidad y Acreditación Universitaria. La nueva entidad absorbe a la Sociedad para el Impulso del Talento (Talentia, SLU) y al Centro de Innovación y Transferencia de Tecnología de Andalucía, SAU. Por su parte, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) absorbe a Fomento, Asistencia y Gestión Integral de Andalucía, SA (Fagja). Además, se dispone la extinción por liquidación de las sociedades Linares Fibras Industriales, SAU, Incubadora de Emprendedores de Andalucía, SLU, y Fomento Empresarial, SA.

El Servicio Andaluz de Empleo pasa a configurarse como Agencia de régimen especial, con absorción de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo. Asimismo, está prevista la extinción, por una comisión liquidadora, de los 95 consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico (UTDLT). El resultante de esta liquidación será objeto de traspaso, preferentemente al Servicio Andaluz de Empleo.

En materia de salud, la principal decisión adoptada es la designación de la Agencia Pública Empresarial Hospital Costa del Sol como cabecera del grupo integrado por las agencias públicas sanitarias Bajo Guadalquivir, Hospital Alto Guadalquivir y Poniente de Almería. La reordenación del sector público sanitario andaluz se completa con la extinción de tres fundaciones: Hospital Reina Sofía-Cajasur, por absorción en la nueva Fundación para la Investigación Biomédica de Córdoba (Fibico); Hospital Clínico, por absorción en la Fundación Pública Andaluza para la Investigación Biosanitaria en Andalucía Oriental 'Alejandro Otero' (Fibao), y Fundación Valme, por absorción en la nueva Fundación Pública Andaluza para la Investigación en Salud en Sevilla (Fisevi). Esta última entidad absorberá también a la Fundación Reina Mercedes.

En el capítulo de Servicios Sociales, se crea la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia, fruto de la transformación de la Agencia para la Atención a la Dependencia. La nueva entidad absorbe a la Fundación Andaluza de Servicios Sociales (FAAS) y a la Fundación Andaluza para la Atención a las Drogodependencias (Fadais).

En el ámbito de la cultura, se crea la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales, por transformación del Instituto Andaluz de las Artes y las Letras, mientras que las medidas relacionadas con el medio ambiente y el agua suponen la extinción de la Agencia Andaluza del Agua y de la Empresa de Gestión Medioambiental, SA, que quedan integradas en la nueva Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía.

La reorganización del sector público se completa, finalmente, con la fusión de las actuales empresas Turismo Andaluz, SA, y Deporte Andaluz, SA., lo da como resultado la creación de la Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía SA, adscrita a la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte.

Además de estas medidas, tanto el Decreto-Ley como el plan abordan una simplificación general de las estructuras periféricas de la Administración instrumental de la Junta de Andalucía. De este modo, se dispone un proceso para concentrar en edificios únicos las sedes y subsedes de las entidades en

aqueellos municipios donde existan varias. Esta reubicación unificada supondrá un ahorro de costes por la mayor eficiencia en los gastos de alquiler y mantenimiento. La plasmación de esta idea ha fructificado en otras, incluso algunas de orientación inversa. Así fue anunciado por la Consejera de Economía y Hacienda a mitad de octubre, en el marco de la presentación de los presupuestos para 2011, un proyecto más general y ambicioso: en dicho ejercicio presupuestario se ha proyectado ingresar casi 1000 millones de euros mediante una operación de venta y alquiler de gran parte del patrimonio inmobiliario de la Junta de Andalucía. La operación consistiría en que los Institutos, Agencias, Fundaciones y demás entidades del sector público comprarán dichos inmuebles para seguir siendo ocupados por las mismas dependencias administrativas de la Junta de Andalucía que hoy lo ocupan, que abonarán un alquiler durante un número determinado de años, sin que –por lo demás– el importe de esos arrendamientos se compute como deuda financiera, por lo que no repercutiría en el compromiso de contención del déficit.

Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas para Andalucía (BOJA núm. 155, de 9 de agosto de 2010)

Ha sido un asunto bastante sonado, que quedará para los anales de las curiosidades del parlamentarismo andaluz, que la primera medida que hace esta Ley sea la de derogar la Ley 4/2010, de 8 de junio, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (publicada en el BOJA núm. 121, de 22 de junio de 2010). Es preciso explicar mínimamente el desaguizado de que, en poco más de un mes, una Ley de Aguas siga a otra de signo contrario que, a más INRI, no ha llegado a entrar en vigor, pues preveía una *vacatio legis* de tres meses (mientras que la segunda entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOJA).

Esta segunda Ley de Aguas, tramitada como proposición de Ley por la vía de urgencia, es el remedio parlamentario ideado por el grupo socialista para recomponer un “error”: la primera Ley aprobada en mayo incluyó 29 enmiendas del Grupo popular votadas afirmativamente por la mayoría de la Cámara en la sesión plenaria de aprobación definitiva del proyecto, siendo así que dichas enmiendas alteraban sustancialmente el texto del proyecto gubernamental (parece ser que el “error” radicó en un fallo en la indicación del sentido del voto por parte del Grupo parlamentario socialista). Lo más curioso y paradójico es que, suponiendo el sentido del voto socialista, el Grupo parlamentario popular votó en contra del proyecto (y de sus propias enmiendas, por tanto).

La Ley de Aguas, en su versión “definitiva”, viene a desarrollar el artículo 197.3 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en el que se establece que “*los poderes públicos de Andalucía protegerían el ciclo integral del agua y promoverán su uso sostenible, eficiente y responsable de acuerdo con el interés general*”. El objetivo básico de la Ley es articular un modelo de gestión basado en el aprovechamiento sostenible del recurso, regulando sus usos, primando el abastecimiento y los caudales ecológicos e impulsando aquellos que permitan una mayor creación de riqueza, empleo y cohesión territorial; todo ello en consonancia con las exigencias medioambientales de la Directiva Marco de Agua.

En lo que respecta a su articulado, la Ley regula la planificación hidrológica intentando superar la concepción del agua como un recurso económico, para lo que hace primar criterios de sostenibilidad y ordenación territorial, dándole un sentido unitario a las distintas necesidades hídricas del territorio. La principal novedad que la normativa llevará a cabo en este aspecto será la flexibilización del régimen concesional, con la equiparación de las actividades económicas para conseguir dar un impulso a aquellos nuevos sectores que generen mayor riqueza y sean medioambientalmente sostenibles. Los Bancos Públicos del Agua serán los instrumentos que podrán llevar a cabo esta flexibilización, atendiendo a nuevas demandas y dando entrada a nuevos sectores eficientes en el uso del recurso.

La Ley pone también especial atención a la participación de la sociedad en la gestión del agua, en el sobreentendido de que la gestión eficiente de los recursos hídricos ha de contar con la colaboración de la ciudadanía, usuarios e interesados. El papel activo de los ciudadanos en la gestión hídrica no se entiende sin la información, por ello, la Ley incide en la necesidad de la transparencia informativa creando un Observatorio Andaluz del Agua. Un órgano que recogerá, analizará y facilitará a los ciudadanos la información e intentará articular la participación activa de todos los colectivos interesados en la gestión del agua.

Por otra parte, la nueva normativa compromete al Gobierno a impulsar de medidas orientadas a mejorar el estado ecológico de todas las masas de agua de Andalucía, como marca la Directiva europea. Para ello, se contempla la elaboración de un Plan de infraestructuras de depuración con el fin de alcanzar que todas las aguas residuales que generan los núcleos urbanos andaluces se viertan a los ríos en las mejores condiciones posibles, independientemente de la capacidad de gestión que tengan los municipios. De ahí que la Ley de Aguas impulse la promoción de las entidades supramunicipales, como principales actores a la hora de gestionar el ciclo urbano del agua, manteniendo así la preeminencia de los municipios.

Además de la depuración, la Ley regula la gestión de los ecosistemas fluviales y su conservación, con medidas que inciden fundamentalmente en el dominio público hidráulico, fomentando los deslindes y la recuperación de los niveles de calidad de las aguas. La consecución del buen estado de las masas de agua en Andalucía no sólo se refiere a las superficiales sino también a los recursos hídricos subterráneos, regulando su gestión e impulsando la creación de comunidades de usuarios para estos recursos. Además introduce nuevas medidas para controlar la extracción de agua de los acuíferos, incluidas aquellas captaciones menores de 7.000 metros cúbicos, y poniendo especial interés en las medidas de protección de aquellos que están en riesgo de sobreexplotación.

La Ley diseña un nuevo régimen económico-financiero del uso y gestión del agua que pretende plasmar una vieja aspiración: la de homogeneizar los cánones e impuestos existentes en todo el territorio andaluz para que todos los usuarios paguen homogéneamente el servicio públicos de agua. Por lo demás, el nuevo régimen económico se inspira en el principio de recuperación de costes impuesto por la Directiva Marco, y dice acoger otros como los de generalidad, equidad, calidad en el servicio, incentivación de la eficiencia, responsabilidad medioambiental y transparencia.

Finalmente, la Ley regula la gestión de situaciones de riesgo como los periodos de sequía e inundaciones, el régimen sancionador y disciplinario y los órganos de participación. Por lo demás, ha de apuntarse que la Agencia Andaluza del Agua queda muy reforzada competencialmente, en lo que sin duda parece una apuesta por la descentralización funcional de la gestión del recurso y de las competencias de la Junta de Andalucía en la materia.

Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica (*)

DECRETO 281/2010, de 4 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno (Boletín núm. 88, de 7 de mayo)

Esta disposición tiene la finalidad de, acomodar las Comisiones Delegadas del Gobierno a la nueva organización y a las prioridades políticas del Gobierno según se desprende del Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías. En este sentido, la búsqueda de una mayor eficacia en la política económica que permita avanzar hacia un modelo productivo más sostenible, aconseja mejorar la coordinación de toda la política sectorial, territorial y de innovación, incorporando la perspectiva de la lucha contra el cambio climático. Por esta razón se plantea la integración en la Comisión de Asuntos Económicos de las funciones de las Comisiones Delegadas para la Innovación, y por el Cambio Climático y la Acción Territorial.

DECRETO 194/2010, de 20 de abril, de establecimientos de apartamentos turísticos. (Boletín núm. 90, de 11 de mayo)

La nueva regulación de los apartamentos turísticos viene a dar cumplimiento al mandato de desarrollo reglamentario dispuesto en el artículo 38.3 de la Ley 12/1999, de 15 de diciembre. Se impone la presencia de un único sujeto profesionalizado en la actividad turística de cara a las relaciones con las personas usuarias, que garantice la prestación de la actividad, responsabilizándose de todas las posibles incidencias que eventualmente pudieran surgir en el desarrollo de la misma, y que además pueda actuar como interlocutor ante la Administración turística. Por otro lado, se alumbra la necesidad de completar el esquema de clasificación de los establecimientos turísticos, perfilando mejor los grupos e introduciendo las modalidades, en función de su ubicación espacial, en línea con la regulación ya dispensada en la Comunidad Autónoma a los establecimientos hoteleros y también a los campings. resulta igualmente

* Sección elaborada por JOSÉ IGNACIO MORILLO-VELARDE PÉREZ.

preciso proceder a actualizar los requisitos mínimos de infraestructura de este tipo de establecimientos, introduciendo los necesarios para un mayor respeto, e incluso mejora, de las condiciones medioambientales de su entorno.

ORDEN de 7 de mayo de 2010, por la que se establece el procedimiento para la obtención del reconocimiento como Centro Comercial Abierto de Andalucía. (Boletín núm. 99, de 20 de mayo)

Con el avance en esta política de comercio interior, se busca la consecución de un sistema comercial eficaz y eficiente, que favorezca una distribución de la actividad comercial territorialmente equilibrada, y que facilite la adaptación con éxito del sector comercial andaluz a las continuas transformaciones y demandas que presenta el mercado, derivadas de factores tan diversos tales como el avance de las tecnologías de la información, que provoca el surgimiento de nuevas fórmulas de distribución, comercialización y gestión; el proceso de concentración en grandes grupos transnacionales de los canales de distribución y la modificación de los hábitos de consumo. Cobra especial interés la figura de los Centros Comerciales Abiertos, entendidos como una fórmula de organización comercial que va a favorecer una distribución de la actividad comercial territorialmente equilibrada y que responden a la íntima conexión entre comercio y realidad urbana.

DECRETO 302/2010, de 1 de junio, por el que se ordena la función pública docente y se regula la selección del profesorado y la provisión de los puestos de trabajo docentes (Boletín núm. 108, de 4 de junio)

En desarrollo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía y la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se regulan determinados aspectos de la función pública docente.

DECRETO 307/2010, de 15 de junio, por el que se determinan los órganos competentes para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social (Boletín 119, de 18 de junio)

Con la modificación del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, operada en virtud del Real Decreto 306/2007, de 2 de marzo, se han actualizado las cuantías de las sanciones por este tipo de infracciones, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios al consumo. Dicha

actualización, y consecuente aumento del límite máximo de la cuantía de las sanciones prevista para las infracciones calificadas como muy graves, hace necesaria la modificación de los límites máximos de los importes de las sanciones, si bien para evitar futuros desfases con la normativa estatal se ha optado por distribuir la competencia sancionadora atendiendo a la gravedad de la infracción y a la sanción consiguiente, en lugar de atender al importe de dicha sanción. Así mismo, en aras a una mayor celeridad en la resolución de los procedimientos, se ha procedido a redistribuir las competencias sancionadoras entre los distintos órganos de la Consejería competente en esta materia.

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME¹

Aproximación a la concepción de la provincia en la Ley 5/2010, de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA PROVINCIA. III. LAS COMPETENCIAS DE LA PROVINCIA COMO EXPRESIÓN DE LA NUEVA CONCEPCIÓN PROVINCIAL

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que el estatuto de autonomía de 1981 hizo una apuesta fallida por la provincia. El maximalismo de su art. 4— *constituye, también, ámbito territorial para el desarrollo y gestión de las competencias y funciones de la Comunidad Autónoma*— que hubiera podido figurar como expresión de la integración de la autonomía provincial en el conjunto de la autonómica —valga la redundancia— se vio frustrado por un *tempo político* contrario propicio a que, primero la Ley 3/1983, de 1 de julio, de Organización Territorial de la Comunidad Autónoma y, más tarde la Ley 11/1987, de 26 de diciembre, Reguladora de las Relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con las Diputaciones Provinciales de su Territorio —ambas felizmente derogadas— prescindieran por completo de dicha posibilidad, ahormándose a una realidad política ajena a planteamientos de racionalidad que, quizá, no hubiera sido oportuno plantear de la forma que se plantearon. Agua pasada no mueve molino, dice el aforismo castellano y hoy la realidad política alumbra un texto, completamente diferente a aquél en este aspecto, que afortunadamente da respuesta —en este caso sí— a otros perfiles de racionalidad. No hay duda que, al margen de otras consideraciones, la legislación andaluza acerca de la provincia dejaba a estas entidades locales funcionalmente descolocadas. Dentro del mínimo imprescindible respeto a la legislación básica y a la Constitución cuyas exigencias al respecto se aceptaban sin

¹ Esta Sección ha sido preparada bajo la dirección de José Ignacio MORILLO-VELARDE PÉREZ.

ningún entusiasmo, diríamos que por imposición de la célebre sentencia constitucional 32/1981, de 28 de julio, la provincia ha vivido hasta la publicación de la Ley 5/2010, de Autonomía Local, con una presencia real y fáctica que no parecía compadecerse con el poco aprecio que de ella hacían los textos hasta ese momento vigente. Es, pues, digno de elogio el nuevo planteamiento que, en el marco del Estatuto de 2007 y de la legislación básica del Estado, acoge el legislador andaluz superando, de un lado, el maximalismo políticamente trasnochado del Estatuto de 1981 a que aludía al principio y, además, prejuicios infundados contra una institución que la historia tercamente se obstina en incrustar en la vida de los españoles. El resultado de estos años parece haber dejado claro que, al menos en Andalucía la provincia no tiene por que plantear rivalidad política a la comunidad autónoma y si puede ser un eficaz instrumento al servicio de la vida local.

En efecto, en una dirección muy diferente de la de 1981, la nueva ley local de Andalucía ha buscado un sentido a la provincia, ahora enraizado en la más genuina tradición de su historia casi bicentenaria: la integración de la autonomía provincial con la autonomía municipal en un único sistema de autonomía local, donde se elude cualquier tipo de confrontación o rivalidad con los municipios, contando, naturalmente con la inevitable mezquindad de quienes en un nivel u otro –también en el autonómico– se obstinan en levantar inútiles rivalidades o de crear desconfianzas basadas en alicortas miras partidistas. A glosar este enfoque legislativo se dedican las páginas de esta sección en nuestra Revista.

II. LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA PROVINCIA

Es conocida la evolución histórica de la institución provincial desde los primeros momentos de nuestro constitucionalismo². Lo que inicialmente apareció como circunscripción periférica del Estado vinculada, en general, al ejercicio de las competencias de aquél, fue adquiriendo desde temprana hora una clara aproximación a la vida municipal para terminar, hasta ahora, en la

² Aunque no es ningún secreto creo importante subrayar que la provincia no es ni imposición de los Decretos de Nueva Planta (1707, 1711, 1715) ni de J. de Burgos en 1833. La idea y la primera división de España en provincias, que recuerda la actual, se contiene en el Decreto LIX de 27 de enero de 1822, es decir, está vinculada a los momentos de mayor fervor constitucionalista.

Constitución de 1978, cuya definición de la provincia en su faceta de entidad local como agrupación de municipios –*entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios* (art. 141.1) – debe tener un sentido más profundo que la adopción de éstos como término referencial para dar contenido a esos límites geográficos que sólo la ley orgánica puede modificar (art. 141.1). Dicho de otra manera y avanzando algo más, se puede afirmar que municipio y provincia, ambas instituciones autónomas cuya autonomía garantiza la Constitución, constituyen dos piezas de un sistema que ha de funcionar sincronizadamente, el de la autonomía local. En consecuencia, autonomía municipal y autonomía provincial, conceptos constitucionales, son también realidades llamadas a complementarse en el conjunto institucional diseñado por la Constitución. Corresponde a los legisladores básico y ordinario³, en especial el autonómico, explicitar sus relaciones de manera que se garantice, en definitiva, la autonomía municipal, constitucionalmente más favorecida como finalidad u objetivo del conjunto, pero precisamente mediante el ejercicio por la provincia de sus competencias en régimen de autonomía –*personalidad jurídica plena* frente a *personalidad jurídica propia* por calificación constitucional, aunque nada impide, en mi opinión, que la ley andaluza pueda aplicar la misma calificación a municipios y provincias, igualando por arriba (art. 4.4)– .

Esto no es así en virtud de una exigencia de carácter dogmático-jurídico sino que constituye una decisión política más o menos feliz y justificada del constituyente de 1978, pues es obvio que la autonomía municipal no necesita forzosamente de la provincia para su efectividad. Así ocurre donde no hay provincias –comunidades autónomas mal llamadas uniprovinciales, pues realmente carecen de la institución provincial, o en el caso del régimen insular canario– donde esta función se lleva a cabo al margen de la institución provincial como se prevé en los arts. 40 y 41 de la Ley 7/1985–. Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Cataluña, en el art. 90 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Cataluña, esta función se asigna a la vejería, tras cuya definición parecen adivinarse algunos rasgos de la provincia como ente local, aunque la STC 31/2010 de 28 de junio de 2010

³ Este es el sistema general de competencias, que se incorpora al Estatuto de Andalucía, pese a lo que pueda interpretarse a partir de superficiales apariencias y a diferencia de lo que se prevé en el Estatuto de Cataluña, pues no cabe interpretar de otra manera las referencias al art. 149.1.18 que enmarcan el ejercicio de las competencias exclusivas en materia de régimen local contenidas en el art. 60 del texto estatutario y a la legislación básica del Estado en el art. 89.2 y aún en aquel caso el silencio a que se someten los preceptos constitucionales no obvia su plena operatividad, como reiteradamente se afirma en la STC 31/2010, de 28 de junio.

ni afirma ni niega su correspondencia con la provincia, actitud que obviamente, suscita la duda. Pues, en efecto, sin prejuzgar hasta que punto en 1978 se fuera consciente de las implicaciones de la autonomía local que la Constitución garantizaba, no cabe duda de que el constituyente conocía la realidad de los municipios españoles, cifrada en la escasa capacidad de la inmensa mayoría de ellos para hacer frente a los cometidos que de la proclamación de autonomía se podrían derivar, pues no se desconocía una historia en la que la falta de capacidad de gestión, la precariedad financiera y la escasez de medios técnicos habían sido la situación más común y habían servido de motivo o pretexto para la centralización más absoluta –vaciamiento de competencias municipales del art. 101 de la Ley de Régimen Local de 1945, por citar un ejemplo harto conocido– durante la etapa anterior, sin que quepa hablar de momentos anteriores notablemente más halagüeños. Podemos, pues, concluir que el constituyente cuenta de manera ordinaria con la provincia como instrumento para solventar estas deficiencias. Debe, pues, entenderse la agrupación de municipios de que habla la Constitución, como una agrupación funcional en beneficio de éstos que, a su vez, porque el constituyente así lo ha querido, ejerce sus funciones bajo su propia responsabilidad pero vinculadas a ese objetivo. Las relaciones entre la provincia y el municipio no pueden, por tanto, ser de rivalidad o confrontación sino de apoyo y colaboración, en el entendimiento de que el conjunto de la actividad municipal al servicio del interés de la colectividad vecinal es, en último término, también objetivo de la actividad provincial por cuanto ambas convergen en servir a la misma ciudadanía, sin perjuicio obviamente de que en relación con la población, la provincia tiene un radio de acción superior, consecuente con su condición de agrupación de municipios, al par que estos constituyen la instancia más directa de servicio a los ciudadanos. Es precisamente en relación con este aspecto y las consecuencias que entraña, donde adquiere sentido la priorización de la autonomía municipal sobre la provincial, ambas, por otro lado de la misma naturaleza, que no es otra que su carácter político.

El art. 3 de la ley local de Andalucía recoge de manera clara esta diversidad funcional de ambas instituciones definiendo con precisión el papel de una y otra en el contexto de la comunidad autónoma. Se afirma en primer lugar la integración de los municipios y provincias en *un único nivel de gobierno*. Para, a continuación, dejar cumplida respuesta de la diversidad funcional: *El municipio es la entidad territorial básica de Andalucía, instancia de representación política y cauce inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos. A su lado, la provincia es una entidad local, determinada por la agrupación de municipios, cuya principal función, de conformidad con los mismos, es garantizar el ejercicio de las competencias municipales y facilitar la articulación de las relaciones de los municipios entre sí y con la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

Y esta autonomía es de la misma naturaleza política en ambos casos: *gozan de autonomía para la ordenación y gestión de los asuntos de interés público en el marco de las leyes. Actúan bajo su propia responsabilidad y en beneficio de las personas que integran su respectiva comunidad.* Dejándose constancia en la exposición de motivos que: *en coherencia con la previsión estatutaria, la ley ubica la autonomía provincial al servicio de la autonomía municipal, diferenciando ambas, reconociendo relevancia jurídica a las prioridades y solicitudes presentadas por los municipios, que no podrán ser ignoradas ni suplantadas, pero no completa o necesariamente satisfechas si la provincia, obligada a ponderar la prioridad municipal con visión intermunicipal, la entendiera desmesurada o lesiva para la prestación equitativa de un servicio.*

III. LAS COMPETENCIAS DE LA PROVINCIA COMO EXPRESIÓN DE LA NUEVA CONCEPCIÓN PROVINCIAL

En el capítulo II del título I dedicado a la comunidad política local se enumeran las competencias de municipios (sección segunda) y provincias (sección tercera). Esta sección se refiere concretamente a las competencias propias de las provincias, concepto básico, como es sabido, que alude a aquellas competencias que se desempeñan bajo la responsabilidad de la entidad, expresan su ámbito de autonomía y permiten el desarrollo de políticas propias. Los artículos 11 a 15 contienen una profusa, si bien desigual, de competencias provinciales. De entrada creo que cabe diferenciar el sentido de los artículos 11 a 14, de una parte, y el 15, de otra. Son las competencias que se reseñan en los primeros artículos citados las que constituyen el desarrollo de la concepción de la provincia a que aludo, pues a través de ellas se realiza el apoyo de la provincia a las necesidades de los municipios con objeto de que éstos puedan llevar a cabo su función de servicio directo a la comunidad vecinal, integrada en la comunidad provincial. A estos efectos el artículo 11 realiza una sistematización de las competencias provinciales destacando su finalidad *de asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales* y diversificando la asistencia en:

a) *Asistencia técnica de información, asesoramiento, realización de estudios, elaboración de planes y disposiciones, formación y apoyo tecnológico.*

b) *Asistencia económica para la financiación de inversiones, actividades y servicios municipales.*

c) *Asistencia material de prestación de servicios municipales.*

En el apartado 2 de este precepto se describen dos modalidades de asistencia provincial: *obligatoria, cuando la provincia deba prestarla a solicitud de los municipios, o concertada.*

1. Asistencia técnica de la provincia al municipio

El artículo 12 explicita un amplio elenco de posibilidades para el desarrollo de la asistencia técnica en el que se ven reflejadas actividades que ponen de manifiesto las carencias y necesidades más habituales de nuestros municipios. Así se lleva a cabo una amplia enumeración que abarca:

a) Elaboración y disciplina del planeamiento urbanístico y de instrumentos de gestión urbanística.

b) Elaboración de los pliegos de condiciones y demás documentación integrante de la contratación pública, así como la colaboración en la organización y gestión de los procedimientos de contratación.

c) Redacción de ordenanzas y reglamentos municipales, así como de cualquier otra disposición normativa.

d) Implantación de tecnología de la información y de las comunicaciones, así como administración electrónica.

e) Elaboración de estudios, planes y proyectos en cualquier materia de competencia municipal.

f) Asesoramiento jurídico, técnico y económico, incluida la representación y defensa jurídica en vía administrativa y jurisdiccional.

g) Formación y selección del personal, así como la elaboración de instrumentos de gestión de personal, planes de carrera profesional y evaluación del desempeño.

h) Diseño y, en su caso, ejecución de programas de formación y desarrollo de competencias para representantes locales.

i) Integración de la igualdad de género en la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas municipales.

j) Cualquier otra que la provincia determine por iniciativa propia o a petición de los ayuntamientos.

El párrafo segundo de este artículo habilita a la provincia para regular los requisitos de la asistencia y establecer las formas de financiación. No se extiende, sin embargo un cheque en blanco a favor de la provincia, sino que se

señalan unas pautas o criterios mínimos de atención, priorizando a los municipios de menor población y a los municipios de insuficiente capacidad económica y de gestión, así como la urgencia de la asistencia requerida.

Termina este precepto con una referencia al procedimiento para la toma de decisiones a este respecto. La ley insisten en la obviedad –aunque no por ello sea criticable su insistencia– de que *la solicitud de asistencia técnica se tramitará mediante un procedimiento basado en los principios de eficacia, transparencia y celeridad*. En congruencia con la concepción que más atrás he destacado la ley, muy acertadamente exige que *la decisión que adopte la diputación provincial será motivada con referencia a los criterios normativos establecidos*.

Del inciso subrayado se infiere, en mi opinión, la necesidad de que a los criterios más atrás aludidos la norma provincial deba añadir otros –obviamente, los que determine la experiencia– de carácter objetivo que puedan servir de pautas para resolver.

2. Asistencia económica de la provincia al municipio

Esta modalidad de asistencia provincial es, quizá, la de mayor trascendencia y habitualidad. La ley comienza estableciendo imperativamente la obligación de las provincias de asistir económicamente a los municipios en la realización de sus *de inversiones, actividades y servicios municipales*. Esta tradicional forma de ayuda se viene realizando a través de los planes y programas de asistencia económica que deben ser regulados por norma provincial con la exigencia de que *el procedimiento de elaboración se regirá por los principios de transparencia y publicidad de las distintas actuaciones, informes y alegaciones municipales y provinciales, y se compondrá de las siguientes fases:*

a) *La diputación provincial recabará de los ayuntamientos información detallada sobre sus necesidades e intereses peculiares.*

b) *Conforme a la información recabada, la diputación provincial fijará los criterios básicos para la priorización de las propuestas municipales. En todo caso, entre dichos criterios se incluirá el apoyo preferente a los municipios de menor población.*

c) *Considerando los criterios básicos aprobados por la diputación provincial, cada ayuntamiento formulará su propuesta priorizada de asistencia económica.*

d) *Partiendo de las propuestas municipales, la diputación provincial formulará un proyecto de plan o programa de asistencia económica, cuyo contenido tendrá en cuenta las prioridades municipales con criterios de solidaridad y equilibrio interterritorial.*

e) *El proyecto de plan o programa de asistencia económica provincial se someterá a un trámite de consulta o audiencia de los ayuntamientos, dirigido a la consecución de acuerdos.*

f) *Terminado el trámite de audiencia, la diputación provincial introducirá las modificaciones oportunas en el proyecto. Si de las modificaciones pudiera resultar perjuicio o afección singular para uno o varios municipios, la diputación iniciará un trámite extraordinario de consultas con todos los municipios interesados.*

g) *La aprobación definitiva del plan o programa de asistencia económica corresponderá a la diputación provincial. Cualquier rechazo de las prioridades municipales será motivado, con especificación expresa del objetivo o criterio insatisfecho, y se propondrá derivar la asistencia para otra obra, actividad o servicio incluido en la relación de prioridades elaborada por el ayuntamiento, el cual podrá realizar una nueva concreción de la propuesta.*

h) *Si en el curso de la ejecución de un plan o programa surgieran circunstancias especiales en algunos municipios que hiciera conveniente su modificación, se procederá a efectuarla siguiendo los trámites previstos en las letras e, f y g.*

La lectura de los párrafos precedentes plantea el posible debate acerca del ámbito de la norma provincial que debe regular el procedimiento. Sinceramente no lo se, pero seguramente, en el que describe la ley hay resquicios que deben llenarse con la norma provincial. No obstante, si no los hubiera, estaríamos ante un defecto, sin duda, menor pues la cuestión es de tal trascendencia, rozando tanto la autonomía municipal que no puede sino elogiarse la prolijidad del legislador en su intento de componer ambos niveles de autonomía. Entiendo que este procedimiento es una de las claves a través de las que se ha de desarrollar la concepción de la provincia que luce la ley y, como tal, constituye un paradigma para otro tipo de relaciones municipio-provincia en las que lo verdaderamente importante es la autonomía local, esto es, el entorno más inmediato de actividad pública, donde se desarrolla la actividad privada de los ciudadanos.

La ley destaca el carácter vinculante de los programas o planes provinciales recalcando la obligación de los municipios de destinar las cantidades que reciba a los proyectos específicos que se incluyan en el mismo. Y aunque la autonomía municipal sea de carácter prioritario a lo que provee el procedimiento establecido, el municipio viene obligado a colaborar con la provincia para el seguimiento y evaluación del plan o programa y, en consecuencia, deberá rendirle cuentas de las ayudadas recibidas.

El carácter vinculante del plan también determina obligaciones para la provincia, de manera que *la diputación provincial efectuará una evaluación continua de*

los efectos sociales, económicos, ambientales y territoriales del plan o programa de asistencia económica. Cuando de la ejecución estricta de un plan o programa provincial pudieran derivarse efectos indeseados o imprevisibles, la diputación provincial podrá adaptarlos para asegurar la consecución real y efectiva de los objetivos propuestos. La constatación de estos posibles efectos resultará del intercambio informativo continuo entre cada municipio y la provincia y la realización de los estudios de impacto pertinentes.

En definitiva, creo que nos encontramos ante un indudable acierto legislativo que ha sabido plasmar en medidas suficientemente matizadas unas relaciones difíciles como son las de municipios y provincias que, debidamente entrelazadas, deben contribuir al impulso de la vida local. El legislador ha hecho lo que ha podido, esperemos que la práctica no defraude las razonables expectativas.

3. Asistencia material de la provincia al municipio

La rúbrica del artículo 14 que encabeza este apartado no me parece acertada entre otras razones porque el precepto contiene varias cuestiones diferentes. Así en el apartado 1 encontramos supuestos que responden a la clásica encomienda de gestión que los municipios pueden encargar a la provincia:

La provincia prestará los servicios básicos municipales en caso de incapacidad o insuficiencia de un municipio, cuando este así lo solicite. Corresponderá a la provincia la determinación de la forma de gestión del servicio y las potestades inherentes a su ejercicio.

El segundo apartado es quizá algo enigmático pues mezcla vocablos que, al menos en una primera lectura crean en el lector un cierto desconcierto. En efecto *asimismo, en la forma y casos en que lo determine una norma provincial, prestará obligatoriamente, a petición del municipio, al menos, los siguientes servicios municipales.* Al final parece que la interpretación correcta nos remite a unos supuestos de autovinculación de la provincia a través de su norma reguladora y los municipios podrán pedir aquello que la provincia haya decidido que puede otorgar. Una vez ahí entiendo que nos encontramos con más supuestos de encomienda de gestión municipal a la provincia.

- a) Inspección, gestión y recaudación de tributos.*
- b) Disciplina urbanística y ambiental.*
- c) Disciplina del personal funcionario y laboral.*

d) *Representación y defensa judicial.*

e) *Suplencias en el ejercicio de funciones públicas necesarias de secretaría, intervención y tesorería en municipios menores de cinco mil habitantes.*

El apartado 3 3s muy claro, pero contempla un supuesto y una técnica completamente diferente: *Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, en el caso de que un municipio incumpla su obligación de prestar los servicios básicos, la diputación provincial, previo requerimiento, actuará por sustitución.* La necesidad obliga y, en consecuencia creo que nada se debe objetar.

El apartado cuatro, también diferente, contempla una posibilidad que el tiempo dirá acerca de su utilidad, no puede objetarse que, como idea, es en principio, interesante *La diputación provincial podrá garantizar el ejercicio de competencias municipales promoviendo la creación de redes intermunicipales para la prestación de servicios de competencia municipal, a la que podrán incorporarse los ayuntamientos en las condiciones que previamente se establezca mediante norma provincial, que incluirá las formas de financiación.*

El procedimiento de creación de las redes intermunicipales, que estará basado en los mismos principios citados en el artículo 13.2, deberá permitir la participación activa de los municipios que la integren.

El último apartado de este precepto no puede beneficiarse de los elogios generales que, deben hacerse, al menos, a esta parte de la ley. Peca en mi opinión de impreciso y parcial. Contrasta con el equilibrio y matización de otros aspectos de esta sección que he destacado. Es posible que la idea de fondo sea acertada, pero la concisión con que está redactado, la ausencia de un procedimiento de decisión, así como la falta de determinación del autor de la misma lo constituyen en un peligro para la autonomía municipal y una extralimitación en la filosofía de fondo que anima la institución provincial:

5. La provincia, en los términos que prevea la legislación sectorial, ejercerá competencias de titularidad municipal, cuando su naturaleza no permita una asignación diferenciada y las economías de escala así lo aconsejen.

4. Competencias materiales de la provincia

De nuevo el adjetivo material para calificar unas determinadas competencias. El legislador parece olvidar aquí que no caben competencias sin materias aunque en algunos casos la posición de la materia no la ocupen

sectores o aspectos de la realidad social sino funciones, actividades o relaciones. Así ocurría en con las competencias del apartado anterior –art. 14 de la ley–. Ahora quiere referirse la ley a competencias que se ejercen al margen de lo que constituye la genuina concepción de la provincia. La enumeración se hace en el art. 15, recogándose algunas materias de tradicional competencia provincial:

- 1. Carreteras provinciales.*
- 2. Los archivos de interés provincial.*
- 3. Los museos e instituciones culturales de interés provincial.*

NOTICIA DE
REVISTAS AUTONÓMICAS

Noticia de Revistas Autonómicas*

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Reciprocidad y derechos fundamentales: en especial el derecho de voto de los extranjeros*, “RVAP” núm. 85, septiembre–diciembre 2009, pp. 57–82. *Vid.* (3)

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *El régimen de las competencias y de los límites de los distritos en las legislaciones nacional y autonómicas*, “REALA” núm. 306 enero–abril 2008, pp. 115–163.

En este depurado y colosal trabajo –analiza el Derecho de las diecisiete Comunidades Autónomas– el autor parte del estudio del significado del principio de desconcentración y sus límites como marco. A continuación examina el régimen jurídico general de los distritos. El objeto central del trabajo que recensionamos son las competencias y los límites generales de los distritos en la legislación básica estatal y el Derecho de las diecisiete Comunidades Autónomas (y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla).

COLOM PASTOR, Bartolomé, *La potestad organizatoria de las Comunidades Autónomas*, “REALA” núm. 306 enero–abril 2008, pp. 187–214.

Estamos faltos de buenos de estudios de la teoría de la organización. Este que recensionamos tiene el gran valor de sintetizar la jurisprudencia constitucional sobre los poderes de autoorganización sobre su propia Administración y la evolución legislativa tras las reformas de 1992–1994 y 2006–2007.

PASTOR SELLER, Enrique, *La gestión de la política social en la Administración local*, “RVAP” núm. 85, septiembre–diciembre 2009, pp. 193–217. *Vid.* (6).

ESCOBAR JIMÉNEZ, José, *La sanidad pública y sus distintas formas de gestión ¿persiste el riesgo de un intento de privatización?*, “RLCLM”, núm. 46, pp. 9–64. *Vid.* (6).

* Sección a cargo de Jesús JORDANO FRAGA.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., *Administración y sus teorías. Una perspectiva necesaria para un sistema burocrático*, "RLCLM", núm. 46, julio 2009, pp. 103–122.

Aborda LORENZO DE MEMBIELA los períodos de pensamiento de la teoría general de la organización (siguiendo las clasificaciones de RODRÍGUEZ y GUILLÉN, CLAVER, GASCÓ y LLOPIS, CHIVENATO) y sus orientaciones (clásica, neoclásica, sistémica, situacional y actuales). Cree el autor que nos encontramos ante una laguna de pensamiento económico súbito que impide la adecuación de las empresas y organizaciones a escenarios de alta incertidumbre. En su opinión, nos encontramos a la espera de que frente a las teorías dirigidas a obtener el máximo compromiso del empleado con la Administración, hoy se puedan hallar alternativas que defrauden esa lealtad buscando soluciones apropiadas. El estudio recensionado maneja una amplísima bibliografía.

FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, *La exclusión de la participación de las Organizaciones Sindicales en los órganos de selección de las Administraciones Públicas, por la exigencia del Estatuto Básico del Empleado Público*, "REALA" núm. 306 enero–abril 2008, pp. 215–234.

TENUTA, Paolo, *Las fuentes de financiación y el impacto de los derivados en la estabilidad económico-financiera de los entes locales italianos*, "REALA" núm. 306 enero–abril 2008, pp. 279–294.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas

BEITIA RUIZ DE ARBULO, Iñaki, *El procedimiento de elaboración de disposiciones generales: balance de una década de la Comisión Jurídica Asesora y nuevas aproximaciones*, "RVAP" núm. 85, septiembre–diciembre 2009, pp. 15–56.

Estudia BEITIA RUIZ DE ARBULO la Ley Vasca 8/2003, de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general. Este análisis lo realiza distinguiendo las fases Pre-Reguladora y reguladora. En la primera, resaltamos la información que nos suministra de ausencia hasta la fecha de un cuestionario general previsto en la Ley; una *checkliste* que estandarice, mediante unas bases comunes, la fijación de los aspectos y cuestiones más importantes que deben ser tenidos en cuenta durante el proceso de elaboración de la disposición de carácter general. En la fase propiamente reguladora (instrucción y aprobación), del artículo 7 LPEDG destaca la necesidad de observancia de las directrices de técnica normativa –fijadas en tanto no se sustituyan por el acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993–, aunque su incumplimiento, en su opinión, no debe llevar aparejada la sanción de

nulidad. De esta fase, destacamos el análisis de la información y audiencia pública, y la Memoria económica y la Memoria final. El autor critica la ausencia de regulación de mecanismos evaluadores que permitan analizar los efectos de la regulación finalmente aprobada y averiguar en qué medida se han alcanzado los fines perseguidos. El autor se muestra partidario de la introducción del RIA (*regulatory impact assessment*) en nuestro Derecho y de la inclusión en la Comisión Jurídica Asesora de miembros pluridisciplinarios no limitados al campo jurídico.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Reciprocidad y derechos fundamentales: en especial el derecho de voto de los extranjeros*, RVAP” núm. 85, septiembre–diciembre 2009, pp. 57–82.

Una vez más escribe el Maestro sobre derechos fundamentales. Estudia en esta ocasión el principio de reciprocidad en el Derecho internacional y en el ámbito de los Tratados de Derechos humanos (Derecho Europeo, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Públicas, jurisprudencia del TEDH). El estudio lo culmina la interpretación del principio de reciprocidad contextualizada y el el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros. Cree LASAGABASTER HERRARTE que la reciprocidad no tiene sentido si se exige en la relación entre las personas y los poderes públicos. Es inexplicable que se exija cuando su cumplimiento es imposible. A quien se le niega el derecho de sufragio en el Estado de origen, por ser una dictadura, y se le niega también en el de acogida, no se le está enseñando qué es una democracia. La reciprocidad es contraria al principio democrático y en tanto en cuanto afecta a los derechos fundamentales, a la propia dignidad humana, inconstitucional. El estudio incluye una selecta bibliografía.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María, *Selección de contratistas y adjudicación de contratos (con especial referencia a la Administración local)*, "REALA" núm. 306 enero–abril 2008, pp. 9–30.

RAZQUIN LIZARRAGA, verdadero especialista en la materia comienza su examen analizando la LSCP y destaca las novedades en la materia (el nuevo procedimiento de diálogo competitivo o la utilización de la nueva terminología comunitaria sustitutoria del concurso o la subasta). Estudia a continuación los tipos de entes del sector público y la adjudicación de los contratos (aplicación total del LCSP a los contratos de las Administraciones Públicas; aplicación parcial o mínima de la LCSP a los contratos de los entes del sector público que son poderes adjudicadores pero no son Administraciones Públicas y aplicación mínima del LCSP a los contratos de los demás entes del sector público que no sean poderes adjudicadores). En la tramitación de los procedimientos de adjudicación RAZQUIN LIZARRAGA destaca la introducción de medios electrónicos para la adjudicación de contratos. En los criterios de adjudicación, la unificación la estima más terminológica que real pues permanecen subasta y concurso (art. 53 de la directiva 2004/18/CE). Las novedades destacadas son las mayores exigencias en cuanto a la delimitación previa de los criterios de adjudicación,

e incluso de su valoración previa o cuando menos de ordenación de forma decreciente; el mayor número de supuestos en debe acudir a más de un criterio de adjudicación (art. 134.2 LCSP); la posibilidad de imponer penalidades por incumplimiento de los criterios de adjudicación (art. 134. 6 LCSP). También cree que la LCSP ha introducido una importante novedad al exigir la intervención de un comité de expertos para la valoración de los criterios de adjudicación cuando su cuantificación dependa del valor. Recomendamos vivamente este magno trabajo que tiene la indudable de virtud de sintetizar la propia complejidad de la LCSP en esta materia.

LAFONT NICUESA, Luis, *La presencia de la cruz en la escuela en la jurisprudencia*, “RVAP” núm. 85, septiembre–diciembre 2009, pp. 137–159.

El autor, al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso nº2 de Valladolid de 14 de noviembre de 2008 –presencia de la Cruz lesiona el derecho fundamental a la libertad religiosa–, realiza un extenso análisis sobre esta problemática con referencias a Francia, Alemania, Italia, y Suiza. El autor expresa su discrepancia con las dos últimas resoluciones en la materia: la STDH de 3 de noviembre de 2009 (*Lautsi* contra Italia) –exhibición obligatoria de símbolo viola derecho de los padres a educar a sus hijos en conformidad con sus convicciones– y la STSJ de Castilla y León de 14 de diciembre de 2009 –la objeción de conciencia avala la retirada de símbolos cuando los padres hayan solicitado la retirada de todo símbolo religioso–.

MESEGUER YEBRA, Joaquín, *Declaración de lesividad. Análisis de su régimen jurídico*, “RVAP” núm. 85, septiembre–diciembre 2009, pp. 107–133.

Desbroza MESEGUER YEBRA con aparato doctrinal y jurisprudencial los elementos del régimen jurídico de la declaración de lesividad: actos que pueden ser declarados lesivos, órgano competente para declarar la lesividad; infracción normativa y lesión al interés público; procedimiento para declarar la lesividad (iniciación, instrucción, terminación); suspensión del acto lesivo y aplicación de los límites a la revisión; declaración de lesividad como presupuesto procesal, especialidades del recurso de lesividad. El estudio tiene una gran riqueza. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía. También valiosos cuadros–resúmenes de las especialidades del recurso de lesividad y la evolución normativa sobre la revisión de oficio de los actos anulables (LPA 1958, Ley 30/1992, Ley 4/1999).

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad

GONZALO ALONSO, Augusto, *El régimen jurídico del dominio público marítimo terrestre en la Ley de Costas de 1988 y su aplicación práctica en el litoral español*, “RLCLM”, núm. 46 , julio 2009, pp.65–102. *Vid.* (6).

GARCÍA FRESNEDA GEA, Francisco, *El poder impositivo de los gobiernos locales*, "REALA" núm. 306 enero-abril 2008, pp. 165-183

Destacamos este completo estudio que aborda, entre otros temas, los principios constitucionales sobre la financiación de los gobiernos locales (autonomía y suficiencia financiera); los límites del poder impositivo de los gobiernos locales (reserva de Ley, unidad, territorialidad impositiva, libre circulación de bienes y personas, coordinación impositiva). También contiene un examen sobre los acuerdos de imposición y las Ordenanzas fiscales. Hacen falta muchos trabajos como éste dirigidos hacia la abandonada Hacienda local (en todos los sentidos).

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora)

ESCOBAR JIMÉNEZ, José, *La sanidad pública y sus distintas formas de gestión ¿persiste el riesgo de un intento de privatización?*, "RLCLM", núm. 46, pp. 9-64. *Vid.* (6).

LÓPEZ GARCÍA, Casimiro, *Servicios de interés general y principio de competencia: del Tratado CEE de 1957 al Tratado de Lisboa de la Unión Europea de 2007*, "REALA" núm. 306 enero-abril 2008, pp. 237-278.

(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.)

PASTOR SELLER, Enrique, *La gestión de la política social en la administración local*, "RVAP" núm. 85, septiembre-diciembre 2009, pp. 193-217.

El estudio concluye que la transparencia e innovación real y efectiva de la participación ciudadana en el diseño, gestión y evaluación de las políticas de servicios sociales se configura como elemento esencial para generar/reformar/reconstruir la calidad democrática en el nivel territorial y organizacional más próximo. El autor cree que su incorporación permitirá mejorar la eficacia y eficiencia de las políticas públicas y la prestación de los servicios sociales y adoptar decisiones significativas y vinculantes para los actores sociales y usuarios de centros/servicios.

ESCOBAR JIMÉNEZ, José, *La sanidad pública y sus distintas formas de gestión ¿persiste el riesgo de un intento de privatización?*, "RLCLM", núm. 46, julio 2009, pp. 9-64.

Tras efectuar un repaso a las estructuras organizativas en el servicio público de salud (con especial atención a las Fundaciones Públicas Sanitarias), estudia las formas de gestión indirecta de los servicios sanitarios. El autor no es partidario de las iniciativas que bien directamente o indirectamente promuevan la intervención privada o la injerencia de los particulares en los asuntos, gestión o administración del sistema de la salud porque perturbarían el desarrollo de una función que corresponde a los distintos poderes públicos. Caben, a su juicio, nuevas fórmulas de colaboración ampliando el sistema sanitario público con entidades intermedias, siempre, que sea clara la línea divisoria en la titularidad y la gestión pública y privada.

GONZALO ALONSO, Augusto, *El régimen jurídico del dominio público marítimo terrestre en la Ley de Costas de 1988 y su aplicación práctica en el litoral español*, “RLCLM”, núm. 46, julio 2009, pp. 65–102. *Vid.* (6).

En este trabajo con amplio aparato jurisprudencial se aborda el problema de la determinación del dominio público marítimo–terrestre y la situación actual de los deslindes de dominio público. El estudio también analiza la utilización del dominio público marítimo–terrestre y el régimen jurídico aplicable a los terrenos de dominio público marítimo–terrestre sobre los que existían derechos reales antes de la entrada en vigor de la Ley de Costas de 1988.

SÁNCHEZ BLANCO, Ángel, *El Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella: la superación del desgobierno organizado, normalización jurídica e integración en los planes de ordenación territorial*, “REALA” núm. 306 enero–abril 2008, pp. 9–30.

Cree el Maestro que la aportación fundamental del Plan General de Ordenación Urbanística de Marbella se puede sintetizar en ser el instrumento procedimental que debe reconducir las patologías municipales que han instrumentalizado al municipio en función de unas prácticas urbanísticas anómalas. Destaca SÁNCHEZ BLANCO la reducción al límite, por el plan, de la opción traumática de la demolición de edificaciones ilegales a pesar de la gravedad de las infracciones, para ser sustituida por las compensaciones económicas que, en función del número y superficie de las viviendas corresponde a cada promoción ilegal, prorrateando así cantidades compensatorias que permitan rehacer los patrimonios públicos. Igualmente cree SÁNCHEZ BLANCO que existe una radical novedad metodológica: un desarrollo urbano, ordenado, equilibrado, con un crecimiento condicionado por la protección ambiental y la dotación de infraestructuras en el municipio de Marbella, en concertación con los municipios metropolitanos, mediante infraestructuras, equipamientos y objetivos urbanísticos previstos en los Planes de Ordenación Territorial. Ello excluye la yuxtaposición de planes de cada uno de los municipios metropolitanos que implica lo que llama con indudable acierto la “superación de la insularidad municipal”.

MARTÍN DELGADO, Isaac, *Algunas consideraciones sobre el cómputo del plazo de prescripción para actuar por infracción urbanística*, “RLCLM”, núm. 46, julio 2009, pp. 123–138.

En este útil estudio se parte de la jurisprudencia del TS sobre el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción para actuar por infracción urbanística y los distintos supuestos (por ejemplo, cuando es decretada la suspensión de las obras, el plazo de prescripción comienza a correr desde la fecha de suspensión, en supuesto de alteraciones del uso, no comienza a correr mientras se mantenga el uso). En general, concluye el autor que lo relevante es el momento en que tuvo lugar la terminación de las obras, y ante la imposibilidad de precisarlo desde que la Administración tiene constancia, o pudo tenerla, por cualquier medio, de la realización de las obras ilegales: del examen de la jurisprudencia MARTÍN DELGADO deduce que lo relevante es la aparición de signos externos, no sólo físicos sino también jurídicos. En cualquier caso, corresponderá a quien pretende beneficiarse de la prescripción la carga de la prueba.

RUIZ CHECA, Ángel, *Algunos aspectos registrales y civiles de las licencias urbanísticas. Especial referencia a la legislación castellano-manchega*, "RLCLM", núm. 46, julio 2009, pp. 139-203.

Considera RUIZ CHECA que el hecho de que en nuestro derecho hipotecario la inscripción registral sea voluntaria dificulta sobremanera el acceso al Registro de la Propiedad de los actos urbanísticos. El autor propone la modificación del artículo 49 de la LRJCA en el sentido de considerar interesados en el procedimiento contencioso-administrativo a los titulares de dominio y cargas, así como de los arrendatarios. El estudio incluye una amplia y selecta bibliografía.

LLIDÓ SILVESTRE, Joaquín, *La selección del urbanizador de la legislación valenciana*, "REALA" núm. 306 enero-abril 2008, pp. 67-114.

Estudia el autor la figura de los PAI (programas de actuación integrada) deteniéndose en su concepto y naturaleza jurídica; ámbito territorial; contenido documental y modos de gestión. Se centra a continuación en el procedimiento para la aprobación de los programas de actuación integrada por gestión indirecta (promoción, tramitación -inicio, instrucción, resolución, publicación, registro y eficacia). El estudio reseñado describe certeramente el régimen jurídico del procedimiento de aprobación de los PAI.

(7) § Varia

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *La aplicación extraterritorial del Convenio 169 de la OIT ante la actuación de las Empresas Transnacionales españolas que afecten los derechos indígenas*, "RVAP" núm. 85, septiembre-diciembre 2009, pp. 83-106.

Abreviaturas

REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
RJCLM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública

RECENSIONES

RECENSIONES

ORTEGA, Luis y DE LA SIERRA, Susana (coords.), *Ponderación y Derecho Administrativo*, Ed. Marcial-Pons, Madrid, 2009.

I. Presentación. Una Jornada universitaria singular

El libro que tenemos la oportunidad de recensionar es fruto de un acontecimiento ciertamente singular en el ámbito académico. La singularidad no radicaba tanto en su objeto —una jornada sobre la ponderación que, pese a su creciente protagonismo, no es una técnica en absoluto desconocida entre nosotros— como en su enfoque, de carácter marcadamente interdisciplinar. En efecto, no es frecuente ver a un grupo de profesores pertenecientes a departamentos y áreas de conocimiento distintas debatiendo juntos acerca de un tema de enorme interés. Enhorabuena a Luis Ortega y a quienes, junto a él, han impulsado esta excelente iniciativa.

Como explican el propio Luis Ortega y Susana de la Sierra en la Presentación, el libro recoge las intervenciones por el orden en que tuvieron lugar. Pese a los necesarios retoques, casi todas mantienen la frescura y espontaneidad de las participaciones orales, lo cual hace muy amena su lectura, acercando con gran eficacia al lector un tema de cierta complejidad.

El libro se abre con una introducción general al seminario por parte de Luis Ortega («La ponderación en el marco del pluralismo») y con una presentación de la teoría de la ponderación desde el Derecho Administrativo a cargo de Luis Arroyo Jiménez («Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo»). Después se sitúan las intervenciones de dos filósofos del Derecho en torno a la teoría general de la ponderación en el contexto del llamado neoconstitucionalismo: «Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales», de Luis Prieto Sanchís; y «Neoconstitucionalismo y ponderación», de Alfonso García Figueroa. La segunda parte de la jornada estuvo protagonizada, previa presentación de Susana de la Sierra («La ponderación y su contexto. Una reflexión a título introductorio»), por administrativistas. En ella debatieron algunas aplicaciones concretas de la ponderación en el Derecho administrativo José María Rodríguez de Santiago («Ponderación y actividad planificadora de la Administración»), Francisco Velasco Caballero («Método de la ponderación y

sistema competencial») y Gabriel Doménech Pascual («Principios jurídicos, proporcionalidad y análisis económico»).

II. Origen, concepto y fundamento de la ponderación como método jurídico

Al origen, concepto y fundamento de la ponderación como método jurídico en general se refieren las aportaciones de Arroyo Jiménez, Prieto Sanchís y García Figueroa. Comienzan afirmando los dos primeros que, a diferencia de la ley, que –con mayor o menor precisión– trata de anudar ciertos supuestos fácticos a determinadas consecuencias normativas, las Constituciones contemporáneas son más bien una regulación principialista, donde se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros., o donde se fijan objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado. Aquí no sirven las técnicas tradicionales para resolver las antinomias, pues las contradicciones se dan al mismo nivel y dentro del mismo texto jurídico, la Constitución.

Por tanto, la ponderación como método de resolución de estas antinomias –prosigue Arroyo Jiménez– exige distinguir previamente entre principios y reglas. Los principios –muy señaladamente los derechos fundamentales pero no sólo ellos– son mandatos de optimización, en el sentido de que son normas que “ordenan algo en la mayor medida posible” (por ejemplo, artículo 45.2 CE: “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales”). Esta característica hace que los principios reúnan otras dos notas que les son inherentes: se trata de normas *incompletas o fragmentarias*, en la medida en que no determinan la consecuencia de su incumplimiento, y son susceptibles de un *cumplimiento gradual*. Este grado de cumplimiento depende de las circunstancias o condiciones fácticas y jurídicas. Las jurídicas son precisamente las normas o principios que ordenan algo en sentido opuesto y con los que potencialmente entran en conflicto. Las reglas, en cambio, son normas que sólo pueden ser cumplidas o no; no son fragmentarias, pues determinan las consecuencias de su incumplimiento; y, por tanto, contienen determinaciones acerca de lo fáctica y jurídicamente posible. Un ejemplo de regla sería la prohibición de la tortura o la abolición de la pena de muerte (artículo 15 CE: “Queda abolida la pena de muerte...”).

En el orden de los conflictos, la diferencia entre reglas y principios estriba en que los conflictos entre reglas se solventan mediante mecanismos (derogación normativa, declaración de invalidez, especialidad normativa, etc.) que

establecen de manera más o menos automática la preferencia de una regla sobre otra, la cual queda absolutamente desplazada. En cambio, los conflictos entre principios se resuelven a través de la ponderación. Esta consiste en identificar las circunstancias que hacen que un principio preceda a otro y fundamentar por qué en esas circunstancias tal principio es el de mayor peso y no el otro, y ello conforme a la regla constitutiva de la ponderación que puede formularse así, siguiendo a ALEXY: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Por tanto, cabe –es más, será lo normal– que el principio llamado a ceder no sea desplazado por completo, sino en parte, esto es, en la medida necesaria para satisfacer aquel con el que se encuentra en relación de conflicto.

Como consecuencia de lo dicho, puede además decirse que ponderar es, en definitiva, establecer y fundamentar una *relación de precedencia condicionada*. Condicionada porque con dicha ponderación no se está diciendo que en general tal principio sea más importante que otro, sino que en *esas condiciones*, en el supuesto fáctico concreto, ese principio precede al otro. La ponderación presupone así, como dice Prieto Sanchís parafraseando a GUASTINI, que no existen jerarquías *a priori* de principios o derechos, sino una jerarquía móvil o axiológica donde a la vista de las circunstancias concurrentes se concede mayor peso o importancia a una de esas razones.

Así descrito, el proceso de ponderación desemboca, tiene como resultado, la creación o la expresión de una regla: esto es, un juicio de deber ser en virtud del cual, si se dan las circunstancias señaladas, deberá aplicarse la consecuencia jurídica que se deriva del principio al que se ha otorgado prevalencia. Las reglas pueden entenderse, por tanto, como el resultado de una ponderación previamente desarrollada. En suma –precisa Prieto Sanchís– cabe decir que la ponderación se configura como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos normas en conflicto para regular “*prima facie*” un conflicto y la construcción de una regla para regular *en definitiva* ese caso.

Para perfilar el concepto de ponderación como método jurídico, es además imprescindible aludir a la distinción realizada por Arroyo Jiménez entre ponderación y proporcionalidad. Si la ponderación es un método de *decisión*, la proporcionalidad es un método de *control*. Desde este punto de vista, son instituciones funcionalmente heterogéneas por más que, no obstante, se relacionan estrechamente: la regla que expresa el resultado de la ponderación se controla mediante la proporcionalidad para comprobar la corrección de dicha relación de preferencia condicionada. A su vez, la comprobación de la propor-

cionalidad de una medida que afecta negativamente a un principio implica el control de la corrección de la ponderación previamente realizada entre el principio desplazado y aquel al que sirve la medida adoptada.

En opinión de Prieto Sanchís, la ponderación no elimina completamente toda subjetividad ni garantiza una y sólo una respuesta para todo caso práctico. Pero tiene la virtualidad de indicar qué hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (a favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación) en función del grado de sacrificio o de afectación de un bien o derecho y del grado de satisfacción del bien o derecho en pugna. La ponderación hace más transparente el proceso que conduce a la decisión, obligando a mostrar todas las premisas fácticas y normativas que son relevantes en el caso, de modo que el esfuerzo de motivación o justificación que se requiere resulta más extenso y profundo.

A la luz de estas consideraciones, es evidente que ponderar, no sólo ponderan los jueces. También lo hace, en primer término, el legislador. Es más: como señala Arroyo Jiménez, el primer poder llamado a ponderar entre los principios o determinaciones normativas de carácter material de los que la Constitución está llena, es sobre todo el legislador democrático. En consecuencia, el campo de la ponderación se abre al juez sólo cuando el legislador ha optimizado dos principios que se encuentran en conflicto, y no –por tanto– cuando el legislador no ha optimizado uno de los dos a favor del otro, es decir, cuando ya ha realizado la ponderación. Otra cosa supondría una suplantación del legislador por el poder judicial. Pero –advierte Luis Ortega– todavía hay un límite más a la ponderación judicial: cuando el legislador ha confiado la ponderación o la priorización de determinados bienes o valores a la Administración. En estos casos, la función judicial se limita a un control de esa ponderación administrativa en los términos que más adelante detallan otros ponentes.

III. Ponderación y contenido esencial de los derechos fundamentales. Las teorías “interna” y “externa”. El caso paradigmático de la objeción de conciencia

Como se ha señalado, la teoría de la ponderación se ha desarrollado sobre todo en orden a la delimitación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Hasta tal punto es así, que –al menos desde hace décadas en Alemania– compiten en esta cuestión dos teorías cuyo signo distintivo lo constituye el rechazo o la utilización del método de la ponderación. Como expone

Prieto Sanchís, representante de ese rechazo es la llamada “teoría interna”, que afirma que las conductas objeto de un derecho fundamental resultan perfectamente claras desde los enunciados constitucionales, de manera que a través de una correcta interpretación se puede llegar a delimitar con absoluta precisión la suerte del caso: o estamos en presencia de un ejercicio típico del derecho y entonces nada hay que ponderar ni discutir, o nos movemos fuera del ámbito protegido por el derecho fundamental, en cuyo caso tampoco hay nada que discutir porque el asunto queda a la libre decisión del legislador o de los otros poderes públicos constituidos.

La “teoría externa”, en cambio, parte de la premisa contraria, es decir, de la inevitable imprecisión de los enunciados relativos a derechos. Por eso, esta teoría propugna que de entrada cualquier conducta genéricamente adscribible a un derecho fundamental sea reputada como ejercicio del mismo, incluso aunque al mismo tiempo se presente como una vulneración de otro derecho fundamental. Con otras palabras, propone que toda conducta que presente una propiedad adscribible a un derecho fundamental sea tratada como un caso de ejercicio del derecho fundamental en cuestión (por ejemplo, la libertad de información), entendiéndose por “sea tratada” como un asunto con relevancia constitucional, es decir, un asunto donde concurren razones al mismo tiempo para su reconocimiento y para su no reconocimiento (por ejemplo, porque en principio parece vulnerar el derecho al honor de otra persona). Ello implica distinguir entre un juicio “*prima facie*” y un juicio “*definitivo*”: *prima facie* podemos considerar que la conducta es fruto u objeto del ejercicio de un derecho fundamental (libertad de información), y *prima facie* debemos también considerar las razones que se oponen a dicha conducta (derecho al honor de otro sujeto). La ponderación entre esas razones constitucionales en colisión (en este caso dos derechos fundamentales) es precisamente el método para la formulación del juicio *definitivo* sobre la cuestión, esto es, el contenido esencial de uno y otro derecho en el caso concreto.

En su intervención, Alfonso García Figueroa profundiza en las raíces filosóficas de ambas teorías. Califica a los partidarios de la teoría interna de “iusfundamentalistas” porque afirma que suelen ser partidarios de una fundamentación o bien metafísica o bien hiperracionalista de los derechos fundamentales, situando –por cierto– a ALEXY entre estos últimos. En cambio, la teoría externa responde más bien a una fundamentación no metafísica del discurso práctico, del tipo de HABERMAS o DWORKIN. Para el primer grupo, los derechos tienen un contenido y una delimitación definida *ex ante*, por mucho que vayamos conociendo sus confines poco a poco. En cambio, la fundamentación no metafísica del discurso práctico implica que sólo es

racional lo que es discutible o susceptible de discusión. La ponderación no es consustancial con esta concepción pero sí muy apropiada para ella, ya que presupone que los derechos fundamentales son producto de la decisión del hombre, siendo el método predominante para adoptar esa decisión la ponderación. La ponderación es un método para la *construcción* de respuestas a problemas prácticos, no para su *descubrimiento*.

Descendiendo de nuevo al terreno de los derechos, en opinión de Prieto Sanchís, las críticas u objeciones que cada teoría esgrime frente a la otra tienen su parte de razón. Es cierto que la teoría externa promueve mejores resultados desde el punto de vista de la expansión de las libertades. Da primacía a la libertad negativa sobre la positiva al permitir innumerables cursos de acción con las mínimas restricciones. A ello conduce el hecho de que entienda cualquier conducta "*prima facie*" como ejercicio de libertad, cuya limitación "*definitiva*" debe estar argumentada y contar con razones a favor al menos tan poderosas como para fundamentar una interferencia justificada en dicha esfera protegida. Pero también es verdad que la teoría externa corre el riesgo, vía ponderación, de mostrarse demasiado tolerante con la lesión de un derecho o de una libertad si dicha lesión resulta proporcional para satisfacer otro bien digno de tutela. Por su parte, la teoría interna tal vez garantice menos derechos, pero sí más fuertes, en la medida en que no opera con la ponderación. Pero no debe olvidarse tampoco que la teoría interna es incapaz de construir o de convertir la libertad genérica de los ciudadanos, es decir, la que emerge del silencio del legislador, en auténtico derecho de los ciudadanos. Algo que resulta más fácil para la teoría externa, según la cual en el marco del constitucionalismo de los derechos, toda acción u omisión está permitida a menos que esté prohibida u ordenada por otra norma que formal y materialmente encuentre acomodo en la Constitución. En definitiva, si la teoría interna apuesta por una *intensión*, la externa lo hace a favor de una *extensión*. Es decir, la teoría interna teme que los juicios ponderativos conviertan en bagatela el núcleo mismo de los derechos, mientras que la externa confía en que esa misma ponderación propicie una ampliación de las esferas protegidas.

Es posible que en los casos claros o centrales ambas teorías lleguen a los mismos resultados; no así en los casos difíciles, donde resulta dudosa la presencia y el alcance de un derecho fundamental. El ejemplo utilizado por Prieto Sanchís para ilustrar esta consideración es harto elocuente: la objeción de conciencia. La teoría interna tendería a afirmar que la objeción de conciencia no está expresamente reconocida en la Constitución más allá de lo específicamente dispuesto en el artículo 30.2 CE. Por eso, pretender ejercer la objeción en otros ámbitos materiales y con respecto a otros deberes jurídicos

(distintos del de servicio militar) resultaría inconcebible en nuestro ordenamiento. La teoría externa, en cambio, operaría del siguiente modo: la objeción de conciencia, el derecho a rehusar el cumplimiento de aquellos deberes jurídicos que pugnen con la propia conciencia, es “*prima facie*” un derecho fundamental derivado de la libertad de conciencia del artículo 16 CE. No es un derecho general en el sentido de definitivo o concluyente a ejercer cualquier modalidad de objeción, pero sí existe un derecho “*prima facie*”, es decir, un derecho a que la conducta no sea tenida de entrada como una mera infracción jurídica donde, constatado el hecho, sólo cabría aplicar la consecuencia o sanción correspondiente, sino como un supuesto de colisión entre el derecho a la libertad de conciencia y los límites que al mismo se oponen desde la norma jurídica incumplida. Quien objeta, cualquiera que sea el deber jurídico, *en principio* o *prima facie* ejerce un derecho fundamental, por más que el juicio *definitivo* pueda desembocar en la negación, rechazo o modulación de la posición objetora a la vista de la presencia en el caso de otras razones más fuertes a favor de tal deber jurídico. Por eso, precisa Prieto Sanchís, más que a la objeción respecto de cualquier deber y en cualquier circunstancia, el artículo 16 CE da un “derecho a la ponderación” o un “derecho a la argumentación”. Que, *en definitiva*, la conducta objetora merezca tutela no depende propia o directamente de la Constitución o de la Ley (que nada dicen), sino que es el resultado de un proceso argumentativo que se quiere gobernado por la racionalidad. Desde la teoría externa, concebir la objeción como una manifestación del derecho fundamental a la libertad de conciencia tan sólo supone que las distintas formas o modalidades de objeción no reguladas (que siguen siendo todas) deben ser tratadas como un caso de conflicto entre un derecho fundamental y un deber jurídico cuyo cumplimiento se rehúsa.

IV. La ponderación en el marco del Derecho Administrativo

Pero la ponderación no agota sus virtualidades como método jurídico en los problemas de delimitación de los derechos fundamentales, ya se trate de un conflicto entre ellos, ya se trate de un conflicto entre un derecho fundamental y la ley que lo desarrolla o limita, por más que estos problemas sean su cara más visible. Como señala Arroyo Jiménez, el Derecho Administrativo es un Derecho de conflictos, especialmente entre principios constitucionales, y por tanto se articula técnicamente a través de la ponderación.

Los conflictos que pueden ser objeto del Derecho Administrativo, prosigue Arroyo, son múltiples y variados: entre los distintos poderes del Estado (Administración, legislador y jueces) y entre competencias de los diversos poderes territoriales; o entre principios o determinaciones normativas de

carácter material, de los que la Constitución está plagada. El primer poder público llamado a realizar la ponderación entre dichos principios es el legislador democrático, y su resultado se evidencia especialmente en el Derecho Administrativo Especial. Pero también el Derecho Administrativo General es escenario de ponderaciones legislativas importantes: por ejemplo, la configuración actual de la autotutela administrativa. En efecto, la ejecutoriedad de los actos administrativos no es más que el resultado de una ponderación legislativa en la que se prioriza el principio de eficacia administrativa (art. 103 CE) frente a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Es cierto que la ejecutoriedad no está constitucionalizada, mas entra dentro de las determinaciones que el legislador puede adoptar en el marco del art. 103 CE, es decir, para satisfacer el principio de eficacia contenido en él.

Pero también la propia Administración pública está llamada a realizar ponderaciones cuyo resultado es la aprobación de normas (reglamentos). Esta ponderación administrativa puede estar limitada externamente por reglas legales (que son resultado, a su vez, de una ponderación legislativa) o por directrices políticas que reflejan una relación de preferencia "*prima facie*" ya realizada por el legislador y de la que tiene que partir la ponderación a realizar por la Administración. Finalmente, la Administración puede ponderar asimismo con ocasión de la adopción de actos administrativos singulares, y ello porque el Derecho Administrativo actual ya no es un Derecho de reglas sino cada vez más un Derecho que consiste en la dirección de la Administración a través de programas finales en forma de directrices y cláusulas generales de apoderamiento. El espacio directamente encaminado a ser llenado mediante la ponderación en este ámbito es el de la discrecionalidad administrativa que representa, en palabras de SCHMIDT-ASSMANN, esencialmente una «competencia para la actuación administrativa a través de la ponderación». La discrecionalidad no es, por tanto, elección entre distintas opciones jurídicamente indiferentes, sino ponderación administrativa de principios jurídicos dirigida normativamente a través de programas finales. En este sentido, la ponderación ha sido propuesta por autores alemanes como elemento a partir del cual reconstruir toda la doctrina relativa a la discrecionalidad administrativa, más allá de su simple confrontación u oposición a los conceptos jurídicos indeterminados. Lo que se esconde en realidad bajo fenómenos como la discrecionalidad para la determinación de las consecuencias de una norma, la inherente a la potestad reglamentaria y a la planificación, así como el margen de apreciación administrativa derivado de algunos conceptos jurídicos indeterminados, es la habilitación a la Administración para que adopte decisiones a través de la ponderación de los principios que gobiernan la materia de que se trate. Y ello sin perjuicio de que tal habilitación pueda estar delimitada norma-

tivamente desde dos puntos de vista: las determinaciones finalistas señaladas a la potestad, y las determinaciones organizativas y procedimentales que estén previstas de cara a la adopción de esa decisión.

Dentro de este marco general, las ponencias de Velasco Caballero y Rodríguez de Santiago se centran en dos aspectos concretos de la ponderación en Derecho Administrativo: la llamada “ponderación competencial” y la ponderación en el planeamiento, especialmente el urbanístico.

V. En especial, la “ponderación competencial”

Por lo que se refiere a la primera, Velasco Caballero indica cuándo es posible dar juego o acudir a la ponderación para resolver problemas de distribución de competencias entre organizaciones administrativas. Y valiéndose para ello del concepto general de ponderación como método de resolución de conflictos entre principios, concluye que ello es posible sólo cuando un órgano u organización debe determinar las competencias ajenas (por ejemplo, una Comunidad Autónoma con respecto a los entes locales de su territorio) y para ello el Derecho de la Organización (normalmente a nivel constitucional o primario) sienta unos criterios de principio que han de ser respetados “al máximo posible”. Evidentemente, si el órgano no define competencias porque ya están prefijadas por el ordenamiento, no es posible hablar de “ponderación competencial”. De esta manera, allí donde la Constitución se haya servido de descriptores materiales precisos para definir, por ejemplo, las competencias de las Comunidades Autónomas y del Estado (como es el caso, por ejemplo, de ciertas competencias “exclusivas”) no hay lugar para acudir a la ponderación, a riesgo de disolver el propio Derecho constitucional o primario. En estos supuestos, la aplicación del sistema competencial descansa sobre reglas más o menos cerradas, que responden a técnicas de “encuadramiento”, más bien subsuntivas que ponderativas. No hay hueco aquí para la ponderación y el operador jurídico sólo puede realizar una labor “subsuntiva”, es decir, de interpretar si el supuesto fáctico encaja en el presupuesto de hecho de la regla atributiva de competencia. Se trata de una tarea meramente interpretativa, no decisoria. El ejemplo más palmario se produce cuando se dilucida si una determinada materia es objeto de competencia exclusiva. Por eso, en estos casos, el TC suele utilizar los llamados “juicios de encuadramiento”.

Pues bien, sobre estos presupuestos generales, estima que puede acudirse a la ponderación cuando la Constitución atribuye al Estado el poder de delimitar algunas competencias de las Comunidades Autónomas. Esto sucede muy particularmente en los casos en que corresponde al Estado la “legislación

básica”, poder que implica definir negativamente las competencias de “desarrollo” de las Comunidades Autónomas. En este supuesto el TC exige que el Estado respete un margen cualificado de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas, proceso complejo en el que hay que “ponderar” fundamentalmente dos principios: el de autonomía política autonómica (extraído por la propia jurisprudencia constitucional del artículo 2 CE) y el interés general estatal representado por las bases. Semejante significado dispone la competencia del Estado para fijar las “condiciones básicas” a las que se refiere el artículo 149.1.1.º CE en relación con el ejercicio de los derechos constitucionales en condiciones de igualdad por parte de todos los españoles, con independencia del territorio en el que se encuentren.

Los supuestos de posible ponderación competencial no se agotan en estas relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino que puede proyectarse también en relación con las competencias de la Unión Europea. A este respecto no debe olvidarse que los Tratados, cuando atribuyen competencias a los órganos comunitarios, lo hacen exigiendo que se sacrifique “lo menos posible” el poder de los Estados miembros, lo cual no es sino la enunciación de una norma de carácter principal (mandato que ordena algo en la mayor medida posible). Por tanto, cuando los Tratados atribuyen al Consejo, al Parlamento y a la Comisión la facultad de delimitar las competencias de los Estados miembros en la materia o el campo que sea, su ejercicio debe cohererarse ponderadamente con el principio de respeto al poder originario de los Estados miembros, deducible de los principios de atribución, subsidiariedad y proporcionalidad.

También es campo abonado para la “ponderación competencial” el de la fijación de las competencias de ciertas organizaciones administrativas que tienen una esfera de autonomía constitucionalmente reconocida: las universidades y las entidades locales. Que la Constitución consagre la autonomía local sin delimitar las competencias de los entes de dicha naturaleza, significa que los legisladores estatal y autonómico, deben ponderar teniendo en cuenta el principio de garantía de la autonomía local para optimizar al máximo posible el nivel competencial de las entidades locales, método que de hecho ha seguido el TC en numerosas ocasiones. En cuanto a las universidades, se alude a algún pronunciamiento en el que el TC ha usado la ponderación para resolver la tensión entre homogeneidad de títulos oficiales y autonomía académica en relación con los planes de estudio.

Velasco Caballero atribuye a la ponderación una gran utilidad en este ámbito por cuanto que racionaliza el proceso de determinación competencial.

La tarea de delimitación competencial no es libre, sino que está guiada por normas principiales. Todo ello exige una justificación suficiente, apoyada sobre un juicio prospectivo “coste-beneficio”. Se permite, así, superar la argumentación tautológica tantas veces utilizada por el TC, según la cual –por ejemplo– lo “básico” es el común denominador normativo aplicable en todo el territorio nacional. Y es que con ello, en efecto, se dice lo que “es”, no lo que “debe ser”, que es el objeto propio del control jurídico.

VI. En especial, la ponderación en la actividad planificadora de la Administración

En cuanto a la ponderación en la actividad administrativa planificadora, comienza señalando Rodríguez de Santiago que el salto de la ponderación del ámbito de los derechos fundamentales al de la actividad planificadora (sobre todo urbanística) de la Administración, se produjo en Alemania muy pronto. Ello contrasta con la situación española, donde la ponderación como método de control de los planes administrativos se encuentra en un estadio incipiente en la jurisprudencia, a diferencia de lo que sucede en materia de derechos fundamentales, en la que el uso de la ponderación ha sido objeto de una plena y más o menos satisfactoria recepción, tal y como evidencian de antiguo las sentencias de nuestro TC.

Más concretamente, en materia de planificación se padece en España lo que muchos autores han denominado una “asimetría” entre la norma de conducta de la Administración y la norma de control judicial. Las normas que regulan la conducta de la Administración atribuyen a ésta muchas veces el poder de “decir la última palabra”, sobre todo cuando tiene que ponderar diversos principios en la realización de planes de tipo condicional, es decir, objetivos y directrices señalados por la ley y que la planificación administrativa debe cumplir en la “mayor medida posible”. En cambio, la actividad de control desarrollada por los jueces no puede proyectarse sobre dicha decisión, sino a lo sumo sobre aspectos periféricos o adjetivos de la misma, como –por ejemplo– el procedimiento seguido para su adopción. Las normas de control usadas son, en estos supuestos, de carácter negativo y se reducen a comprobar que la decisión no sea ilegal, no haya habido desviación de poder, responda a los hechos determinantes y no haya incurrido en irracionalidad. El canon del control judicial es, así, muy estrecho, uniforme, muy poco eficaz y de carácter fundamentalmente negativo. De este modo, la decisión sobre el planeamiento aparece blindada por la coraza de la discrecionalidad y el órgano judicial no revisa nada, salvo que el recurrente demuestre una ilegalidad, una desviación de poder (muy difícil de probar, como es sabido) o una conducta claramente irracional o arbitraria.

Rodríguez de Santiago postula una reducción de dicha “asimetría” dirigiendo la atención precisamente a la ponderación realizada por la Administración entre los diversos fines que la norma quiere que el plan satisfaga “en la medida de lo posible” y a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso. La exigencia –controlable por los tribunales– de que el plan sea el resultado de una adecuada ponderación deriva, según ya es tópico afirmar en Alemania, de la misma esencia de la planificación propia de un Estado de Derecho. Por ello, dicha exigencia rige allí con independencia de que lo exija o no expresamente la ley.

Pero, ¿en qué consiste la ponderación administrativa en el seno de la planificación? Rodríguez de Santiago lo ilustra con un sencillo ejemplo extraído de la legislación de carreteras. Imaginemos que la Administración competente debe decidir el trazado de una nueva carretera. Lo primero que ha de hacer es *identificar los intereses en juego*, es decir, los intereses, bienes o principios que en el caso concreto han de satisfacerse y que eventualmente pueden encontrarse en situación de conflicto o contradicción. Si de los dos posibles trazados de la carretera, uno de ellos pasa por un terreno con valor ecológico y otro por un terreno montañoso, los valores o intereses en juego no sólo son la protección del medio ambiente y la seguridad vial, sino que ambos principios se encuentran potencialmente enfrentados. En efecto, si se decide la construcción de la carretera a través de las montañas, el valor medio ambiente queda máximamente protegido, pero las obligadas curvas que deberá seguir el trazado de la carretera en tal supuesto contradicen la exigencia de seguridad vial. Por el contrario, si la construcción de la carretera se acomete finalmente por el terreno con valor ecológico, la satisfacción de la seguridad vial será tan intensa como lo permiten las circunstancias, pero la lesión al medio ambiente es palmaria. ¿Qué hacer entonces? Sin más datos en el expediente administrativo, la perplejidad de la Administración conduciría a la inacción, porque de entrada los dos principios están en el mismo plano, ya que la norma de conducta de la Administración planificadora exige de ésta la satisfacción de los dos principios “en la mayor medida posible”, sin jerarquizarlos entre sí ni establecer entre ellos una relación *a priori* de prevalencia. Por ello, el segundo paso que debe dar la Administración es –por decirlo de alguna manera– hacer lo que no ha hecho ni podía hacer el legislador: *atribuir peso o importancia* a cada uno de los intereses en juego en atención a las *circunstancias concretas del caso*. Si después de los estudios e informes pertinentes se obtiene la información de que en el espacio con valor ecológico pervive una especie vegetal única en España que, según estudios periciales, correría peligro de extinguirse, y que –por otro lado– es previsible que la carretera proyectada, por determinadas circunstancias socioeconómicas, sea una de las menos transitadas de la región, ya puede

llegarse a algún resultado. Puede afirmarse, por lo pronto, que a la luz de las circunstancias concretas del caso, al principio protección del medio ambiente le corresponde una importancia o peso elevado, mientras que la seguridad vial, sin ser despreciable, es poco relevante en esta situación. En este punto, finalmente, la Administración ya puede tomar una *decisión de prevalencia*, que sería la tercera fase de la ponderación: la solución ponderada sería la de trazar la carretera por la zona montañosa, aun a costa del perjuicio que eso puede suponer para la seguridad vial, porque el daño que la solución contraria causaría al principio protección del medio ambiente sería mayor. Se dice que el resultado de la ponderación es una “regla de prevalencia condicionada” porque enuncia las *condiciones* en las cuales el valor medio ambiente prevalece sobre el de la seguridad vial. En otras *condiciones*, en otras *circunstancias*, evidentemente la relación de prevalencia podría ser incluso la inversa.

Sin embargo, en materia de planificación administrativa, enfatiza Rodríguez de Santiago, la ponderación no hace referencia sólo a una manera de argumentar o de motivar la decisión, que es el significado habitualmente atribuido a la ponderación como procedimiento. En el ámbito de las decisiones administrativas planificadoras la ponderación exige la puesta en marcha de un procedimiento formalizado, de un procedimiento administrativo en sentido estricto, a través del cual se realicen los trámites necesarios para recabar toda la información requerida —principios o intereses en juego y circunstancias que los rodean en el caso concreto— para que la ponderación sea correcta: es decir, identificar todos los intereses en juego, cuál es el grado de importancia de cada uno en el caso, y cuál debe ser la regla de prevalencia condicionada entre ellos. Por estas razones, y así lo ha apuntado la jurisprudencia del TS muchas veces, las normas urbanísticas exigen que en el procedimiento de elaboración de los planes se realicen trámites que permitan la formulación de sugerencias y observaciones, información pública, audiencia a otras Administraciones, etc. Es decir, todo aquello que permita identificar los diversos intereses públicos y privados en juego.

Pero la reducción de la asimetría entre normas de conducta y normas de control exige que este último no se limite sólo a la ponderación como procedimiento. Rodríguez de Santiago defiende que la labor de control judicial se extienda también a la ponderación como resultado, es decir, la norma de control debe ensancharse para abarcar la constatación positiva de que la decisión sobre planeamiento es fruto de una ponderación justificada. Por lo tanto, el órgano judicial ante el que se impugna un plan debe verificar que en el expediente quede constancia de que se han identificado suficientemente todos los intereses relevantes en juego, se les ha atribuido el peso o la importancia que les corresponde en atención a las circunstancias concurrentes en el caso y se han

adoptado justificadas decisiones de prevalencia. Si ese procedimiento de ponderación no queda reflejado en el expediente, la decisión debe considerarse inválida y debe ser devuelta al órgano administrativo para que aquella vuelva a adoptarse correctamente. Con ello se superaría una concepción puramente negativa del control judicial, para adoptar un tipo de control positivo, al menos hasta los límites de lo razonable. A juicio de Rodríguez de Santiago, el que la Administración no siga decidiendo al margen de un riguroso procedimiento de ponderación racional no es sólo una exigencia de la confianza de los ciudadanos en las decisiones que les afectan, sino que se trata también de una cuestión de ética pública.

VII. Un complemento necesario: la utilización de métodos empíricos y de las matemáticas en el proceso de aplicación de los principios jurídicos

Si, como se ha señalado hasta ahora, la ponderación es un método para aplicar principios jurídicos de modo que la decisión que se adopte no suponga un menoscabo inútil, innecesario o excesivo para cualquiera de ellos, sino que maximice su satisfacción global, habrá que tratar de averiguar en qué medida se realizarán cada uno de los principios implicados según el curso de acción que se siga, para escoger aquel que maximice dicha realización. La intervención de Gabriel Doménech se centra, precisamente, en dos de los métodos posibles y más comúnmente utilizados –al menos en otros ordenamientos diferentes del nuestro– para realizar esas “medidas” de realización de los principios: el uso de los métodos empíricos y de las matemáticas en los procesos de toma de decisiones presididos por la ponderación.

Para empezar, el autor comienza estableciendo una especie de paralelismo entre la ciencia económica y la jurídica cuando de aplicar principios se trata. Al fin y al cabo, no sólo la economía pretende maximizar el aprovechamiento de unos recursos que son escasos; también el Derecho se enfrenta en muchas ocasiones a la aplicación de principios jurídicos cuyas exigencias “*prima facie*” es imposible atender ilimitada y simultáneamente, de modo que debe tomarse una decisión que no restrinja inútil, innecesaria y excesivamente la realización de cada uno de ellos, una decisión –en suma– que maximice la satisfacción del conjunto de los mismos. De entre los métodos usados por la economía para solucionar los problemas que le son propios, Gabriel Doménech se centra en primer lugar en los métodos empíricos.

Los métodos empíricos son los modos de obtener datos o informaciones del mundo real mediante la experiencia. Existen básicamente dos métodos

empíricos: la observación (examen y análisis de la realidad sin manipularla) y la experimentación (provocar cambios en la realidad para observar e interpretar su resultado). Ambos métodos son utilizables para el estudio del Derecho. Si el Derecho trata de que los individuos se comporten de la forma más conveniente para la comunidad, es fundamental verificar si las decisiones jurídicas producen en el terreno de los hechos los resultados apetecidos. Para evaluar una decisión es necesario conocer sus efectos. La información sobre el impacto del Derecho en la realidad social puede ser fragmentaria, imperfecta y limitada, pero no por ello menos valiosa: en cualquier caso, algo es preferible a nada. Es razonable pensar que las investigaciones empíricas, aun sin garantizar una certeza absoluta de infalibilidad, disminuyen el riesgo de los errores. Y si de lo que se trata es de asegurar que el beneficio global para los principios es mayor que su coste, el riesgo de error en el proceso de ponderación se reducirá cuanto más rigurosos sean los estudios utilizados ajustándose a los cánones de la ciencia empírica (excelencia e imparcialidad de los investigadores, transparencia, falsabilidad, etc.). A este respecto, Gabriel Doménech cita una sentencia en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Reino Unido porque las autoridades nacionales no habían realizado los estudios empíricos necesarios que justificasen la decisión finalmente adoptada de incrementar el tráfico aéreo sobre una población, vulnerándose así el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de sus habitantes.

El segundo instrumento auxiliar utilizado por la economía para la optimización de recursos escasos es la ciencia matemática, aplicable acaso también a la decisión resultado de la ponderación entre principios jurídicos. Las ventajas de utilizar las matemáticas en este ámbito son diversas. En primer lugar, las escalas de conceptos comparativos como “leve”, “grave” o “muy grave”, frecuentemente utilizadas en las normas jurídicas, son intolerablemente imprecisas en muchas ocasiones, y es mejor acudir a una estimación numérica en la que se reflejen informaciones de las que no se puede prescindir. Por ejemplo, una vacunación puede ser aceptable si la probabilidad de que salve una vida es del 0,01 por 100 y el riesgo de que ocasione una muerte es del 0,005 por 100. En estos casos, el uso de una escala triádica de conceptos comparativos como la citada (leve, grave, muy grave) no permite efectuar más que una evaluación muy tosca de los riesgos y beneficios esperados de las alternativas en cuestión. En segundo lugar, el lenguaje matemático es unívoco, frente al lenguaje natural, que puede difuminar mediante conceptos jurídicos indeterminados (“escaso”, “leve”, “relevante”, “significativo”...) el proceso valorativo que conduce a una decisión. Las matemáticas favorecen la transparencia, en la medida en que quedan a la vista los datos y criterios que se han tenido en cuenta para calcular la relación coste-beneficio, dejando así tales elementos

expuestos a la crítica, la impugnación, la revisión, el contraste, la corrección o incluso su sustitución por otros que se estimen más relevantes. Para ilustrar la matematización de los procesos decisionales en los que hay que realizar una ponderación, ofrece el caso del procedimiento de adjudicación de contratos del sector público, cuyas normas ordenan el empleo de métodos cuantitativos a fin de valorar bienes paradigmáticamente considerados por algunos como incommensurables. El legislador, en orden a que el órgano de contratación determine la oferta “económicamente más ventajosa” para proceder a la adjudicación del contrato, contempla dos posibilidades: atender a un solo criterio, en cuyo caso será el del precio más bajo, o emplear varios, tales como –además del precio– la calidad, las características medioambientales, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, etc. En este segundo caso, el legislador, ante el incremento de la discrecionalidad del órgano de contratación, establece como regla general la utilización de conceptos métricos y métodos cuantitativos. Así, por ejemplo, si de lo que se trata es de adjudicar un contrato en el que los criterios a tener en cuenta son el precio, la comodidad de los usuarios del servicio, su adaptación a minusvalías, las características medioambientales y las cualidades estéticas, el órgano de contratación puede matematizar la aplicación de dichos criterios indicando en el anuncio del concurso el porcentaje asignado a cada criterio en la evaluación de las ofertas, e indicando asimismo –por ejemplo– que las ofertas se puntuarán de 0 a 10, otorgándose 10 puntos a la mejor y una puntuación proporcional a las restantes. Si no se elimina por completo la «discrecionalidad técnica» –pues valorar los criterios y asignar a cada uno el porcentaje correspondiente a la oferta entraña importante dosis de subjetividad–, una vez asignadas las puntuaciones, las matemáticas hacen que al menos la valoración global sea totalmente congruente con las estimaciones efectuadas por el órgano de contratación. La agregación de las estimaciones es transparente y perfectamente controlable por los tribunales.

Manuel Rodríguez Portugués
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Córdoba

NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen, *Legislación de costas y planificación urbanística, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo*, Edit. Derecho Global, Sevilla, 2009, 266 págs. Prólogo de D. Ángel Menéndez Rexach.

El litoral español se encuentra configurado por una sucesión de construcciones que impiden distinguir entre localidades, ya que apenas existen espacios libres. En este contexto, la revisión de la Ley de Costas desde el punto de vista del urbanismo es una materia clave para conocer cuáles son las limitaciones que esta regulación impone al planificador urbanístico. Después de un periodo de vigencia de más de veinte años, la regulación en materia de Costas ha sufrido algunas modificaciones, directas o indirectas, por lo que es esencial realizar una valoración de los logros y deficiencias de esta regulación y el resultado real de su aplicación sobre el espacio litoral.

El profesor Ángel Menéndez Rexach elabora el Prólogo de este estudio con una síntesis de los aspectos más destacados que se exponen en las páginas siguientes. Menéndez Rexach también realiza un recorrido comentado por aquellos aspectos más significativos de las intervenciones sobre el espacio litoral, incidiendo en ámbitos como la cooperación interadministrativa y la gestión integrada de las zonas costeras.

La autora comienza su estudio con un texto introductorio en el que pone de relieve el punto de inflexión que supuso la aprobación de la Ley de Costas en la protección del espacio litoral; sin por ello obviar las deficiencias en la aplicación de esta norma y las dificultades de algunas Administraciones Públicas por garantizar su efectivo cumplimiento.

La atracción que ejerce el espacio litoral lo convierte en uno de los motores económicos de nuestro país, donde el turismo costero se configura como una industria clave para algunas Comunidades Autónomas, como la andaluza. Equilibrar los intereses que confluyen sobre la franja costera es la misión del legislador y de las Administraciones competentes, que deben incidir en el uso racional de los recursos del espacio litoral y garantizar la conservación y protección del medio costero, cuya principal característica es su fragilidad.

Esta obra toma como referencia los Títulos II y III de la Ley de Costas, las limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre y la utilización de dicho dominio público. En lo que respecta a la planificación urbanística.

tica, destaca la autora las servidumbres de tránsito y de acceso, siendo indemnizable únicamente la de acceso; la regulación de la servidumbre de tránsito prevé su aplicación en toda clase de terrenos, excepto en aquellos espacios especialmente protegidos. Esta regulación, junto con las prescripciones directamente dirigidas al planificador territorial y urbanístico, convierten a la Ley de Costas en una norma determinante para la ordenación del territorio y el urbanismo, a pesar de haber sido elaborada por la Administración General del Estado.

La servidumbre de protección se analiza en un capítulo completo, donde la autora estudia el ámbito de esta servidumbre, con especial atención al régimen de usos y la clasificación del suelo en la zona de servidumbre. Un tema de gran interés que trata la profesora Núñez Lozano es la posibilidad de ampliar la extensión de la zona de protección por parte de la Administración del Estado, de acuerdo con la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento; del texto de la norma se deduce que el legislador prefiere que la extensión se realice a través de normas jurídicas, no obstante el propio Tribunal Constitucional parece admitir la posibilidad de ampliación a través de acto administrativo. Si bien, como señala la autora, ello llevaría a tener que admitir la ampliación por acto administrativo después del deslinde, con las dificultades que esta posibilidad conlleva.

Los usos a los que se pueda dedicar la zona de protección plantean un nuevo debate, en el que se pone de relieve la importancia de hacer prevalecer el régimen de protección ambiental más estricto. Coincidimos con la autora en que el régimen de usos previstos en la legislación estatal de costas y en las regulaciones autonómicas debe interpretarse en el sentido de admitir tan sólo aquellos usos que respeten el máximo nivel de protección ambiental exigido. El régimen de usos se completa con la Disposición Transitoria 3ª de la Ley de Costas, que distingue entre suelo urbano, suelo no urbanizable y suelo urbanizable no programado, y suelo urbanizable programado o apto para urbanizar.

En lo que respecta a la servidumbre de tránsito Núñez Lozano realiza un detallado análisis de sus principales caracteres, entre los que podemos destacar las referencias a su carácter no indemnizable y a la posibilidad de que un paseo marítimo asuma las funciones de esta servidumbre. El objetivo de la servidumbre de tránsito es una zona libre para que puedan circular los vehículos de salvamento y vigilancia y para el paso público de peatones. En algunas ocasiones los paseos marítimos se encuentran repletos de espacios dedicados al ocio, al comercio o la hostelería y no cumplen como zona libre de tránsito; por

ello no resulta ociosa la apreciación de la autora de la relevancia de cumplir los objetivos de la Ley, ya que como se pone de manifiesto en este estudio: la titularidad demanial del espacio no priva de sentido a las limitaciones de la Ley.

Las servidumbres de acceso al mar imponen requisitos específicos para los suelos urbanos y urbanizables, distinguiendo entre accesos de tráfico rodado y peatonales, mientras que en el caso de los suelos no urbanizables no establece unas previsiones tan estrictas. Los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral están condicionados a incluir un número suficiente de accesos al mar y de aparcamientos fuera del dominio público marítimo-terrestre. En este punto resulta clave el comentario sobre aquellas zonas en las que es necesario llevar a cabo un aumento en el número de accesos y aparcamientos, máxime teniendo en cuenta la saturación del litoral en nuestro país y el aumento exponencial de la población de las zonas costeras en la época estival.

El régimen de la zona de influencia establece un espacio de protección del dominio público marítimo-terrestre que condiciona la ordenación territorial y urbanística. La saturación en la edificación es uno de los aspectos más interesantes de esta regulación por el efecto sobre el paisaje de las zonas costeras. Como destaca la autora, la Ley de Costas establece un doble mandato para el planificador urbanístico: por un lado debe evitar la formación de pantallas arquitectónicas y la acumulación de volúmenes y, por otro, impone un límite concreto a la densidad de la edificación.

La regulación de la Ley de Costas sobre las zonas de influencia difiere en función de las clases de suelo. Los terrenos clasificados como suelo urbanizable no programado o como suelo no urbanizable y aquellos que no tenían la condición de urbanos en los municipios carentes de planeamiento se encuentran condicionados por la regulación de las zonas de influencia. En cambio no existen previsiones específicas para los suelos urbanos o que tuvieran de facto esa condición a la entrada en vigor de la Ley. La autora aboga por realizar una interpretación de este silencio de la norma y tomar como referencia que el destinatario es el planificador territorial y urbanístico, y que a los instrumentos de ordenación corresponderá acatar la Ley. Por estos motivos no se han producido demoliciones en las zonas de influencia; los planeamientos posteriores sobre suelos urbanos han sido los encargados de incorporar las previsiones sobre estos espacios.

La profesora Núñez Lozano considera que la Ley de Costas debe ser aplicada por completo en aquellos suelos urbanizables o aptos para urbanizar

cuando no existiera una planificación en detalle. Asimismo, cuando el plan parcial estaba aprobado y el grado de ejecución lo permitiera hubo de modificarse el planeamiento para adaptarlo a la regulación sobre Costas.

La ordenación del dominio público marítimo-terrestre, en especial las playas, también es objeto de atención en la regulación analizada. Las referencias generales a los fines de la actuación administrativa se completan con la mención a los usos normales y a la prohibición de ocupar el dominio público marítimo-terrestre con cualquier actividad o instalación que pudiera tener otra ubicación; además de incluir limitaciones en cuanto a las dimensiones y distancias de los establecimientos expendedores de comida y bebidas situados en el dominio público. Por lo que concierne a esta materia debemos reseñar la polémica de los chiringuitos en las playas y el debate que el emplazamiento de estos establecimientos ha supuesto, con la participación de la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas.

La profesora Núñez Lozano considera que la ribera del mar ha de ser clasificada como suelo no urbanizable, en atención al régimen que prescribe la Ley de Costas y a la imperativa protección ambiental de este territorio; sin que ello sea óbice para que determinadas extensiones dispongan de servicios propios del suelo urbano y reciban esta clasificación.

Este estudio se completa con las referencias a la legislación urbanística de Andalucía sobre el espacio litoral. Las pautas de planificación y ordenación previstas en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía toman como principal referencia la protección y adecuada utilización del litoral, imponiendo a los Planes Generales de Ordenación Urbanística la correcta protección y tratamiento de este entorno.

La obra concluye con el análisis de los informes de la Administración estatal de costas en el procedimiento de elaboración de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, y el estudio del régimen de suspensión previsto para aquellos actos y acuerdos que infrinjan la regulación de costas, calificados como contrarios al interés general.

Legislación de costas y planificación urbanística es una monografía básica para conocer en detalle las relaciones entre la Ley de Costas y el urbanismo, ya que profundiza en aquellos aspectos que más interrogantes han planteado, ofreciendo un panorama completo de los pronunciamientos jurisprudenciales y las opiniones doctrinales, destacando las reflexiones críticas que incorpora la autora. La indudable actualidad del tema, así como su relevancia e interés

instan al lector a posicionarse y a deliberar sobre aquellos puntos en los que la planificación urbanística ha preferido alejarse de la Ley de Costas.

Al igual que algunas Administraciones Públicas, el propio ciudadano aún debe asumir plenamente el contenido de la Ley de Costas. Más de dos décadas después de su aprobación la planificación urbanística no parece haber incorporado todos los principios de la regulación estatal. Gran parte de las aberraciones que se aceptaban como normales en el litoral español han desaparecido, pero la conciencia de preservar el entorno, aún cuando suponga una pérdida parcial de beneficios económicos a corto plazo, todavía no se ha adquirido.

El riguroso estudio jurídico de esta obra es una oportunidad para difundir la realidad de una regulación que, con sus virtudes y deficiencias, ha supuesto un hito en la relación entre el ciudadano y la Administración con la costa.

M^a Remedios Zamora Roselló
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: *El periurbanismo estatal. La ordenación urbanística del dominio público del Estado (Prólogo de D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer)*; Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2009, 367 págs.

La incidencia del urbanismo en el sistema económico español es una realidad contrastada por todos en momentos de crisis económica como el actual. Esta realidad me hace pensar en la necesidad de reformular los conceptos jurídicos que sientan las bases del Derecho urbanístico español pues parece que el sistema jurídico de ordenación de las ciudades está avocado al fracaso.

Es posible que el origen de los problemas haya que situarlo en la STC 61/1997, de 20 de marzo, que vino a cambiar sustancialmente la concepción jurídica de la ordenación urbanística desapoderando al Estado de toda competencia formal en la materia. Desde ese momento, son las Comunidades Autónomas junto con los municipios las Administraciones públicas con potestades para ordenar y gestionar la función pública del urbanismo. Ello implica que el Estado no puede dictar normas urbanísticas, clasificar y calificar el suelo, ni aprobar instrumentos de planificación urbanística. Su función queda reducida a la regulación del régimen del suelo y valoraciones.

No obstante, y a pesar de esta nueva configuración jurídica de la ordenación del urbanismo, el Estado sigue ostentando una serie de títulos competenciales que de forma transversal inciden directamente en el urbanismo, lo que se traduce en un ejercicio por el poder público estatal de competencias materialmente urbanísticas. Además, se trata de competencias sectoriales de gran trascendencia e incidencia en la ordenación urbanística del suelo como el medio ambiente, las grandes infraestructuras, el patrimonio histórico y los bienes de dominio público. Es el ejercicio de estas competencias sectoriales con incidencia en el urbanismo lo que ESCARTÍN ESCUDE ha denominado *periurbanismo estatal*, terminología con la que quiere, de forma muy acertada, introducir una nueva categoría jurídica dentro de la ordenación jurídica del urbanismo.

En efecto, periurbanismo implica la existencia de una diferencia con respecto al concepto formal de urbanismo y a la vez alude a que la competencia estatal se ejerce desde un ámbito periférico al núcleo central del urbanismo. Pero pudiendo desde él condicionar la clasificación y calificación urbanística, pudiendo aprobar instrumentos de planificación que incidan en los instrumentos de ordenación urbanística o limitar el ámbito de ejercicio de la potestad urbanística municipal.

Para analizar esta intervención de la Administración General del Estado a través de sus competencias sectoriales en la ordenación jurídica del urbanismo, el autor toma como punto de partida la regulación del dominio público estatal y se centra en los mecanismos que tiene a su disposición el Estado para incidir en el urbanismo. Así, estudia el dominio público marítimo-terrestre (capítulo II), el dominio público portuario (capítulo III) y el dominio público viario (capítulo IV).

En el análisis de cada uno de estos sectores se sigue una sistemática similar, pues durante el trabajo previo de investigación el autor ha ido detectando las reglas básicas de funcionamiento del periurbanismo estatal y ha corroborado como los patrones de conducta se repiten en la correspondiente legislación sectorial. De ahí que el primer capítulo de la monografía se dedique a los aspectos comunes de esos mecanismos de incidencia en el urbanismo que conforman el periurbanismo estatal, centrándose en la aprobación de instrumentos de planificación sectorial que prevalecen sobre los urbanísticos, establecimiento de una serie de condicionantes a la clasificación urbanística del suelo, previsión de servidumbres administrativas y limitaciones al derecho de propiedad de los terrenos colindantes al dominio público, exención de sometimiento a control urbanístico municipal para determinadas obras a realizar

sobre el dominio público o previsión de diversos mecanismos de coordinación entre la correspondiente competencia sectorial y la urbanística y territorial.

En esta obra el autor compone los elementos competenciales que habilitan al Estado para regular e incidir en el urbanismo, así como las técnicas y mecanismos que tiene a su disposición para materializarlo. Por tanto, la regulación de la ordenación del territorio y el urbanismo no es una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, sino concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pues junto al núcleo central competencial de la materia urbanística en poder de las Comunidades Autónomas (urbanismo *stricto sensu*), existe una normativa sectorial que atribuye al Estado poder para imponer una serie de limitaciones y condicionantes al diseño territorial autonómico y local.

Esta obra es un instrumento de gran utilidad para el jurista y el técnico urbanista porque ha sabido exponer con claridad los problemas competenciales entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales en el ámbito de la ordenación urbanística, analiza rigurosamente la legislación y la jurisprudencia más relevante dictada en la materia, y propone unas soluciones acertadas e innovadoras, que hacen reflexionar al lector sobre la necesidad de reformular algunos conceptos en materia de ordenación del territorio y del urbanismo.

Elsa Marina Álvarez González
Profesora Ayudante-Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Málaga

CARBONERO GALLARDO, José Miguel: “La adjudicación de los contratos públicos. Procedimientos para la adjudicación de los contratos administrativos y otros contratos del sector público”. Ed. La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2010, 644 págs.

Los procedimientos de contratación pública son la médula de la contratación. Son, como escribe el autor, la fase en la que se dirimen o ponen en juego los principios esenciales de la contratación pública comunitaria y española. Por eso, un correcto conocimiento teórico y práctico es fundamental para seleccionar al empresario y a la prestación óptima pero también para hacerlo cumpliendo con las exigencias del derecho.

La monografía objeto de esta recensión está dedicada por completo al

estudio de esos procedimientos administrativos de adjudicación de los contratos públicos. Esto ya es bastante indicativo de su interés, porque abundan las obras sobre contratación en general, o los comentarios a la ley vigente en la materia. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de un estudio en profundidad sobre la fase de selección del adjudicatario del contrato, que es compleja y frecuentemente problemática por los intereses que se suscitan en ella.

El autor, José Miguel CARBONERO GALLARDO, es un conocido especialista en contratación pública y también en aspectos diversos del régimen local, dada su condición de funcionario de carrera. Son ya muchas sus publicaciones y ponencias en esta materia, y con esta monografía culmina un largo período de investigación sobre la adjudicación de los contratos. De hecho, esta monografía es, en esencia, su tesis doctoral defendida en marzo de este año 2010 y muy elogiada.

La obra objeto de estudio se articula en cinco Capítulos, dedicados, respectivamente a los antecedentes de los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos en los siglos XIX y XX; la influencia del derecho comunitario en los sistemas de adjudicación de los contratos administrativos; los procedimientos y formas de adjudicación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su Texto Refundido; los procedimientos de adjudicación en la Ley de Contratos del Sector Público y unas reflexiones finales muy concluyentes.

Este libro presenta muchos alicientes, de los que yo quiero destacar varios. El hecho de que sea el fruto de una larga investigación supone que el autor no se limita al comentario de los artículos correspondientes de la Ley de Contratos del Sector Público, sino que ofrece un estudio mucho más profundo y que alcanza hasta el origen mismo de los procedimientos de contratación.

Desde luego, el Capítulo más importante, más detallado y de mayor interés para el operador necesitado de soluciones, es el dedicado a los procedimientos de adjudicación en la Ley de Contratos del Sector Público. Este es el Capítulo más extenso y en él se analizan (tras situarlos en el contexto de la Ley de 2007) con todo rigor y detalle los procedimientos abierto, restringido, negociado y de diálogo competitivo. Este Capítulo, y por ende la obra en si, tiene el valor añadido de incorporar los primeros comentarios publicados sobre la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que ha modificado sustancialmente la LCSP y la Ley 31/2007, para crear un Tribunal especial competente para el recurso especial, para regular la nulidad contractual, y sobre todo para volver a la adjudicación

única, suprimiendo el trámite de adjudicación provisional. Por lo tanto, la obra ofrece también una completa actualización sobre la materia que trata.

Otro de los aspectos de gran interés es la conjugación de un enfoque dogmático con otro práctico. Por un lado, se aborda el tema demostrando un conocimiento muy completo de la doctrina científica (seguramente no hay mejor y más completa bibliografía sobre contratación pública que la que ofrece CARBONERO en este libro, remontándose a los orígenes científicos del siglo XIX). Pero esto viene siempre acompañado de una gran facilidad para desenvolverse en los entresijos de la práctica contractual de las Administraciones, dando buena muestra de que el autor no conoce la contratación sólo por haberla estudiado en los libros, sino por haberla gestionado durante años de experiencia profesional. Por eso, este título puede resultar no sólo de interés para los estudiosos dogmáticos de la contratación, sino también para los operadores que necesitan localizar soluciones u opiniones para situaciones concretas y complejas. Un buen indicador de esta versatilidad es el hecho de que la monografía ofrece un vastísimo repertorio de jurisprudencia y doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación (desde luego, las más completas que conocemos) traídos a colación a medida que lo requiere el comentario de la normativa que hace el autor.

Como apuntábamos anteriormente, el libro tiene varios capítulos previos al estudio de la LCSP, en los que estudia la evolución histórica de los procedimientos de adjudicación (uno de ellos se refiere a la influencia del derecho comunitario y otro al periodo de vigencia de la LCAP y su Texto Refundido, muy unido ya a la etapa actual). Esto es particularmente interesante y, desde luego, absolutamente original en lo que se refiere a los antecedentes en el siglo XIX, analizados en el primer Capítulo. Para quienes quieren conocer los fundamentos de la contratación administrativa, conocer esas primeras normas del derecho administrativo español tiene un alto valor, y para ello José Miguel Carbonero ha rastreado, menuda tarea, todas las normas relevantes sobre la materia y toda la doctrina de la época que las comentaba. Esto es originalísimo y no existen manuales que en nuestro tiempo dediquen atención a esta cuestión. Hay, por lo tanto, que destacar el acierto en este enfoque y desde luego reconocer el mérito de abordar el estudio de una etapa en la que las fuentes son ya muy difíciles de localizar.

A propósito de que el estudio arranca de las primeras regulaciones (algo anteriores al célebre Real Decreto de Bravo Murillo), el autor pone de relieve cuál va siendo la evolución de los procedimientos hasta llegar a la regulación vigente (insisto: vigente incluso hasta la reforma de agosto de 2010) y esto

despierta como mínimo un doble interés: el de conocer a fondo las instituciones, y el de conocer algunas curiosidades de la contratación que en unos casos se han perdido y en otros casos han aparecido a lo largo del tiempo y de las normas.

Puede verse cómo se ha llegado desde las pujas a la llana a la subasta electrónica, o cómo de la adjudicación directa al procedimiento negociado o al diálogo competitivo.

En definitiva, estamos convencidos de que ésta será a partir de ahora una obra de obligada consulta y referencia en la contratación pública española. La publicación viene avalada, además, por dos textos preliminares de gran valor. En primer lugar, el prólogo del libro es del profesor Luciano PAREJO ALFONSO; y la presentación, del profesor José Antonio MORENO MOLINA. Ambos destacan muchos aspectos del libro de CARBONERO y su valor añadido. No me queda más que añadir que tras su lectura se confirma lo que escribe el propio PAREJO en esas páginas, y es que tras todos los análisis, planteamientos y opiniones ofrecidos por el autor, éste llega a resultados en su abrumadora mayoría compartibles y en todo caso serios y rigurosos.

Ginés Valera Escobar
Técnico Superior de Administración General
del Ayuntamiento de El Ejido

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre Derecho Autonómico Enero-Agosto 2010

- AA.VV.: *Reformas Estatutarias y Organización Institucional* (Dir. Francisco Balaguer Callejón; Coords. Luis Ortega Álvarez, Gregorio Cámara Villar y Jose Antonio Montilla Martos), Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010. ISBN: 978-84-8333-469-0.
- AA.VV.: *Derecho Urbanístico de Canarias* (Coord. Francisco José Villar Rojas), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010. ISBN: 978-84-9903-439-3.
- ALBERDI BIDAGUREN, J.: *El futuro de la cooperación autonómica al desarrollo*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2010. ISBN: 978-84-7777-355-9.
- ALLI ARANGUREN, J.C.: *El derecho forestal de Navarra*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2010. ISBN: 978-84-235-3184-4.
- CARBALLO ARMAS, P.: *Nacionalidad, nacionalismo y autonomía en Canarias*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. ISBN: 978-84-987-6763-6.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: *Curso de derecho urbanístico de Navarra*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2010. ISBN: 978-84-235-3188-2.
- FAJARDO LÓPEZ CUERVO, I.; MARTÍN MARTÍN, J.: *Manual de protección legal de la biodiversidad para los agentes de la autoridad ambiental en Andalucía*, Ed. Junta de Andalucía-Consejería de Medio Ambiente, Sevilla, 2010. ISBN: 978-84-92807-34-5.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V.: *Régimen jurídico estatal y autonómico del patrimonio municipal de suelo*, Ed. Bayer, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-702-8394-9.
- KAHALE CARRILLO, D.T.: *La violencia de género en el contenido de los estatutos de autonomía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-9849-846-2.
- MONASTERIO ESCUDERO, C.: *El laberinto de la Hacienda Autonómica* (Prólogo de Francisco Sosa Wagner), Ed. Civitas, Pamplona, 2010. ISBN: 978-84-470-3447-5.

- PONS-ESTEL TUGORES, C.: *Derecho autonómico y religión. El caso balear*, Ed. Civitas, Pamplona, 2010. ISBN 978-84-470-3434-5.
- RODRÍGUEZ TEN, J.: *Régimen jurídico del arbitraje deportivo: los jueces y árbitros deportivos en la normativa estatal, autonómica y federativa*, Ed. Bosch, Madrid, 2010. ISBN: 978-84-9790-741-5.
- ROLÍN RODRÍGUEZ, C.: *Comentarios al reglamento de la asamblea de Melilla*, Ed. Ciudad Autónoma de Melilla – Consejería de Cultura, Melilla, 2010. ISBN: 978-84-95110-83-1.
- SANTANA RODRÍGUEZ, J.J.: *Diez años de la Ley de Ordenación del territorio de Canarias*, Ed. Tirant lo Blanch – Biblioteca Urbanística Canaria, Valencia, 2010. ISBN: 978-84-987-6728-5.

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